



Dela upp eller motivera i upphandlingen

Rapport om motiveringsskyldigheten i LOU

RAPPORT 2018:8

Dela upp eller motivera i upphandlingen

Rapport om motiveringsskyldigheten i LOU

Konkurrensverkets rapportserie 2018:8

Konkurrensverket november 2018

Utredare: Ann Fryksdahl, Carl-Henrik Bergh och Axel Asp

ISSN-nr 1401-8438

Elanders Sverige AB, 2018

Foto: Mostphotos

Förord

Ökad konkurrens och mångfald gynnar samhället och i vår roll som tillsynsmyndighet för offentlig upphandling i Sverige ingår att verka för bättre förutsättningar för små och medelstora företag att delta i offentliga upphandlingar.

Ett av syftena med direktiven om offentlig upphandling är att öka förutsättningarna för små och medelstora företag att delta i offentliga upphandlingar. Regeln om den så kallade *motiveringsskyldigheten* är ett utflöde av detta. Det är därför angeläget att granska hur regeln tillämpas. Särskilt då vi kan se att det genomsnittliga antalet anbud per upphandling sjunker.

Jag hoppas att den här rapporten väcker funderingar kring motiveringskyldighetens syfte och varför det är viktigt att ge goda förutsättningar för att små och medelstora företag kan delta i offentliga upphandlingar.

Stockholm november 2018

Rikard Jermsten
Generaldirektör

Innehåll

Sammanfattning	5
Motiveringsskyldigheten	5
Granskningen.....	6
Summary	8
1 Inledning	11
1.1 Varför är det viktigt att underlätta för SME?.....	12
2 Motiveringsskyldigheten	14
2.1 Upphandlingar som omfattas av motiveringsskyldigheten.....	16
2.2 När inträder motiveringsskyldigheten?	16
2.2.1 Vad omfattar motiveringsskyldigheten?	17
2.2.2 Var ska motiveringen redovisas?	18
2.2.3 Skäl för att inte dela upp	19
2.2.4 Motiveringens innehåll.....	19
2.3 Förhållandet till förbudet att dela upp kontrakt i syfte att kringgå upphandlingsreglerna.....	20
3 Granskningens genomförande	23
3.1 Frågor till kommunerna.....	24
3.2 Svar och synpunkter från kommunerna	24
3.3 Åtgärder som de granskade kommunerna har vidtagit	27
4 Våra slutsatser, reflektioner och förslag till vidare åtgärder	28
5 Referenser	31

Sammanfattning

Motiveringsskyldigheten

Upphandlande myndigheter har en skyldighet att ta ställning till om det går att dela upp en upphandling i flera delkontrakt, eller separata delar. Detta framgår av 4 kap. 14 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU).¹ Regeln har funnits sedan den 1 januari 2017.

Bestämmelsen återspeglar ett av syftena med direktiven om offentlig upphandling² för att underlätta för små och medelstora företag att delta i offentliga upphandlingar.

Motiveringsskyldigheten omfattar alla upphandlingar över tröskelvärdena utom tjänster enligt bilaga 2 till LOU.³ Skyldigheten gäller enbart sådana överväganden som leder till att ett kontrakt inte ska tilldelas i separata delar. En upphandlande myndighet måste därför som regel inte motivera beslut att dela upp upphandlingar i separata kontrakt. Syftet med motiveringsskyldigheten är enbart själva övervägandet.

Skälen för att inte tilldela ett kontrakt i separata delar ska lämnas i något av upphandlingsdokumenten eller i den individuella rapport som den upphandlande myndigheten som huvudregel är skyldig att upprätta. Den upphandlande myndigheten bestämmer själv om

¹ Motsvarande gäller i lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF). Det framgår av 4 kap. 12 § LUF.

² Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

³ Bilaga 2 gäller sociala tjänster och andra särskilda tjänster.

det finns skäl för att inte dela upp ett kontrakt och vilka grunder som är relevanta vid denna bedömning.

Vissa uppfattar att regeln om motiveringsskyldighet går stick i stäv med förbud mot att i vissa fall dela upp ett kontrakt.⁴ Reglerna har dock olika syften. I förhållande till beräkningen av värdet på upphandlingen och i förlängningen tröskelvärdena får ett kontrakt endast delas upp i olika delar om en sådan uppdelning är objektivt motiverad. En upphandlande myndighet som väljer att dela upp sitt behov och annonsera detta i olika delar måste kunna visa att uppdelningen görs av andra skäl än för att komma under tröskelvärdet.

Motiveringsskyldigheten tar i stället sikte på en upphandling men där tilldelning sker genom separata delkontrakt. Det vill säga olika avtal i en upphandling. Allt i syfte att underlätta tillträde till upphandlingen för små och medelstora företag.

Granskningen

Granskningen omfattar 20 kommuner av varierande storlek spridda över hela landet. Urvalet har skett slumpmässigt genom lottning. Samtliga av de utvalda kommunerna har redogjort för hur de tillämpat bestämmelsen om motiveringsskyldighet vid sina tio senaste avslutade upphandlingar över tröskelvärdena, det vill säga upphandlingar där de tecknat avtal. Resultatet visade uppenbara brister.

⁴ Jmf 4 kap. 14 § LOU och 5 kap. 7 § LOU.

Av de kommuner som ingått i granskningen har mer än hälften uppvisat brister vid tillämpningen av bestämmelsen. Totalt finns brister hos 11 av de 20 kommuner som studien omfattar. Fler kommuner (8 stycken) har brustit i samtliga genomförda upphandlingar än de kommuner som har gjort rätt vid samtliga upphandlingar (7 stycken).

Bristerna ser ut på olika sätt. Från att en kommun över huvud taget inte har uppmärksammat att det finns en motiveringsskyldighet till att en kommun försökt göra rätt men angett skälen i fel dokument. Av vår granskning är det dock tydligt att motiveringsskyldigheten ännu inte har fått tillräckligt genomslag i det praktiska upphandlingsarbetet.

Många av kommunerna har inte uppmärksammat bestämmelsen och därmed inte tillämpat den. Av detta kan dock inte slutsatsen dras att överväganden om uppdelning inte sker. De flesta kommunerna har även gjort konkreta förändringar i och med vår granskning.

Tänk på det här:

- Överväg om upphandlingen kan delas upp i mindre delar.
- Skriv i upphandlingsdokumenten eller den individuella rapporten varför det är olämpligt att dela upp upphandlingen.
- Säkerställ att rutiner finns för var och hur det ska anges att en upphandling inte har delats upp.
- Kontakta Konkurrensverket eller Upphandlingsmyndigheten om ni har frågor om uppdelning av upphandlingar.

Summary

The obligation to state reasons

Contracting authorities have an obligation to determine if a procurement can be subdivided into several subcontracts or separate lots. This is stated in Chapter 4 Section 14 of the Public Procurement Act (2016:1145; LOU).⁵ The rule has been in place since 1 January 2017.

The provision reflects one of the purposes of the Directive on public procurement,⁶ to facilitate the participation of small and medium-sized enterprises (SMEs) in public procurement.

The obligation to state reasons encompasses all procurements above the threshold amounts except services included in Annex 2 to LOU.⁷ The obligation only applies to such deliberation that results in a contract not being awarded in separate lots. Therefore, a contracting authority does not, as a rule, need to justify decisions to subdivide procurements into separate contracts. The sole target of the obligation to state reasons is the deliberation.

The reasons for not awarding a contract in separate lots shall be given in the procurement documents or in the individual report that the contracting authority as a rule must draw up. The contracting authority itself determines if there are reasons not to subdivide a contract and which grounds are relevant in making this assessment.

⁵ The same applies in the Act on Public Procurement in the Utilities Sectors (2016:1146; LUF). This is stated in Chapter 4 Section 12 LUF.

⁶ Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC.

⁷ Annex 2 relates to social services and other special services.

Some believe that the rule on the obligation to state reasons is in contravention of the prohibition against subdividing contracts in certain cases.⁸ However, the rules serve different purposes. In relation to estimating the value of the project and, by extension, the threshold amounts, a contract may only be subdivided into lots if such a subdivision is objectively justified. A contracting authority that chooses to subdivide its needs and advertise them in lots must be able to show that this subdivision was performed for reasons other than keeping below the threshold amounts.

The obligation to state reasons instead focuses on procurements in which award is made of separate sub-contracts, or in other words: several different contracts within a single procurement. The purpose is to facilitate the participation of SMEs in procurements.

The review

The review encompasses twenty municipalities of varying sizes, located in different parts of the country. The selection was made at random, through drawing of lots. All of the selected municipalities have presented how they have applied the provision on the obligation to state reasons in their ten most recently performed procurements above the threshold amounts, i.e., procurements in which they have concluded contracts. The results reveal significant flaws.

Among the municipalities included in the review, more than half have flaws in their application of this provision. In all, flaws are seen from eleven of the twenty municipalities encompassed by this study. More municipalities (eight in total) have made errors in all of

⁸ Cf. Chapter 4 Section 14 LOU and Chapter 5 Section 7 LOU.

the procurements performed than have performed all the procurements correctly (seven municipalities).

The flaws differ in their characteristics, from a municipality having entirely overlooked the fact that there is an obligation to state reasons to a municipality trying to do the right thing, but giving its reasons in the wrong document. Our review makes it clear that the obligation to state reasons has not gained sufficient effectiveness in the practical work with procurements.

Many of the municipalities have not been aware of the provision and therefore not applied it. However, the conclusion cannot be drawn from this that deliberation regarding subdivision has not occurred. Most municipalities have also made concrete changes as a result of our review.

Keep this in mind:

- Consider if the procurement can be subdivided into smaller lots.
- Write in the procurement documents or the individual report why it is not suitable to subdivide the procurement.
- Ensure that there are routines regarding where and how it should be stated that a procurement has not been subdivided.
- Contact the Swedish Competition Authority or the National Agency for Public Procurement if you have any questions on subdivision of procurement.

1 Inledning

Vi är tillsynsmyndighet för den offentliga upphandlingen, vilket innebär att vi ska kontrollera att upphandlande myndigheter följer lagarna om offentlig upphandling. Men det innebär också att vi ska uppmärksamma hinder mot en effektiv offentlig upphandling.

Inom ramen för vårt uppdrag har vi ett särskilt ansvar för att öka förutsättningarna för små och medelstora företag, så kallade SME, att delta i offentliga upphandlingar. Som ett led i detta arbete har vi valt att granska om och hur 20 olika kommuner motiverat sina val att inte dela upp upphandlingar i mindre delar. I de fall där en motivering har saknats har vi bett om en förklaring.

Syftet med motiveringsskyldigheten är att underlätta för små och medelstora företag att delta i offentliga upphandlingar.⁹ I rapporten presenteras resultatet från granskningen om hur de 20 kommunerna har tagit hänsyn till den nya bestämmelsen¹⁰ om motiveringsskyldighet i 4 kap. 14 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU).

Vid granskningen har vi inte gjort någon närmare bedömning av de enskilda motiveringarnas innehåll eller om det har varit fråga om upphandlingar som redan varit uppdelade.

I granskningen har det framkommit en övergripande vilja att underlätta för dessa företag att få tillträde till den offentliga marknaden. Där det funnits brister i tillämpningen har de flesta kommuner vidtagit åtgärder för att göra rätt framöver.

⁹ Prop. 2015/16:195 s. 449 f.

¹⁰ Lagen började gälla den 1 januari 2017.

1.1 Varför är det viktigt att underlätta för SME?

Ett ökat deltagande av mindre företag i offentliga upphandlingar kan leda till fler anbud och därmed bättre möjligheter för upphandlande myndigheter att dra nytta av den befintliga konkurrensen. Fler aktörer i anbudsgivningen innebär också att den upphandlande myndigheten får bättre förutsättningar för att göra goda affärer och därigenom ökar möjligheterna att skattemedlen används effektivt. I Sverige finns det en vikande trend när det gäller det genomsnittliga antalet anbud per upphandling.¹¹

I Sverige används Europeiska kommissionens definition för vad som utgör mikroföretag, små och medelstora företag.¹² Klassificeringen baseras på antalet anställda i företaget samt antingen nettoomsättning eller balansomslutning. SME-företagen utgör 99 procent av alla företag i EU och de står för två tredjedelar av arbetstillfällena inom den privata sektorn och bidrar till mer än hälften av det totala mervärde som företagen skapar i EU.¹³ Det betyder att de små företagen i praktiken är avgörande för den europeiska ekonomin.

I Sverige finns ca 1,2 miljoner företag.¹⁴ Flertalet av dessa, närmare 97 procent, är småföretag med färre än 10 anställda. Små och medelstora företag (0–249 anställda) utgör tillsammans 99,9 procent av samtliga företag. De stora företagen (250 eller fler anställda) utgör endast en promille av det totala antalet företag.

¹¹ Konkurrensverket, (2017) *Statistik om offentlig upphandling 2017*, Konkurrensverkets rapportserie 2017:11

¹² Kommissionens rekommendation 2003/361, art. 2.

¹³ http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/sv/displayFtu.html?ftuId=FTU_2.4.2.html

¹⁴ SCB:s företagsregister innehåller samtliga juridiska personer i Sverige. Förutom olika former av bolag ingår även t.ex. bostadsrättsföreningar, ideella föreningar, kommuner, statliga myndigheter och andra organisationer som inte alltid avses med begreppet företag. Omkring hälften av de 1,2 miljonerna juridiska personer i företagsregistret utgörs av fysiska personer, dvs. enskilda näringsidkare med F-skattsedel.

Om utgångspunkten i stället är antalet anställda, omsättningen och förädlingsvärdet förändras bilden. Trots att storföretagen bara utgör en mycket liten andel av antalet företag så står de för cirka 40 procent av omsättningen och förädlingsvärdet i näringslivet, samt en dryg tredjedel av antalet anställda. Småföretagen (0–49 anställda) står för cirka 40 procent av antalet anställda, omsättningen och förädlingsvärdet. Motsvarande siffra för de medelstora företagen (50–249 anställda) är 20 procent.¹⁵

Kommissionens definition av mikroföretag samt små och medelstora företag

Mikroföretag är företag med färre än tio anställda och en årsomsättning eller balansomslutning som understiger två miljoner euro.

Små företag är företag med färre än 50 anställda och en årsomsättning eller balansomslutning som inte överstiger tio miljoner euro.

Medelstora företag är företag med färre än 250 anställda och en årsomsättning som inte överstiger 50 miljoner euro eller en balansomslutning som inte överstiger 43 miljoner euro.

¹⁵ <https://tillvaxtverket.se/statistik/foretagande/basfakta-om-foretag.html>

2 Motiveringsskyldigheten

Skyldighet att motivera att ett kontrakt inte ska tilldelas i separata delar, 4 kap. 14 § LOU:

Om en upphandlande myndighet beslutar att inte tilldela ett kontrakt i separata delar, ska skälen för detta anges.

Skälen ska lämnas i något av upphandlingsdokumenten eller i en sådan individuell rapport som avses i 12 kap. 15 §.

Genom att dela upp kontrakt i mindre delar, och på så sätt anpassa storleken efter små och medelstora företag, underlättas sådana företags tillträde till den offentliga marknaden. Upphandlande myndigheter har därför en skyldighet att ta ställning till om det går att dela upp en upphandling i flera delkontrakt, eller separata delar. Det framgår av 4 kap. 14 § LOU. Det innebär inte att upphandlande myndigheter *måste* dela upp kontrakt, utan det är ett sätt att *uppmuntra* dem att göra det.¹⁶

Om en upphandlande myndighet väljer att inte dela upp en upphandling måste den i vissa fall motivera varför den valt att inte göra det. Skälen måste finnas med i upphandlingsdokumenten eller i den individuella rapporten. Detta är den så kallade *motiveringsskyldigheten*.

Motiveringsskyldigheten gäller vid upphandlingar över tröskelvärdena utom tjänster enligt bilaga 2 till LOU. Någon sanktion mot en upphandlande myndighet som försummar motiveringsskyldigheten finns dock inte.

¹⁶ Prop. 2015/16:195 s. 450.

I artikel 46.1 i LOU-direktivet slås det fast att upphandlande myndigheter självständigt får besluta att tilldela ett kontrakt i separata delar och fastställa storleken på och föremålet för dessa delar. I bestämmelsens andra stycke anges också att en upphandlande myndighet ska ange huvudskälen till samt förklara varför ett kontrakt inte har delats upp. I förarbetena till LOU har detta uttryckts som att bestämmelsens innebörd är "apply or explain".¹⁷

Enligt artikel 46.4 i direktivet finns en frivillig möjlighet för medlemsstaterna att gå längre och göra det obligatoriskt att tilldela kontrakt i separata delar. Det har dock inte införts i svensk rätt. Det finns därmed ingen skyldighet för svenska upphandlande myndigheter att dela upp kontrakt. Bestämmelserna syftar enbart till att uppmuntra upphandlande myndigheter att överväga saken och motivera sitt ställningstagande att inte dela upp en upphandling.¹⁸

Under lagstiftningsarbetet kritiserades bestämmelsen om motiveringsskyldighet av Lagrådet. Lagrådet menade att bestämmelsen är ett exempel på en så kallad *lex imperfecta*. Lagrådet menade att bestämmelsen har formen av ett åliggande, men som i själva verket inte är något åliggande därför att det saknas en sanktion om bestämmelsen överträds. Åliggandet kan inte genomdrivas och det kan ifrågasättas om bestämmelserna alls föreskriver någon skyldighet.¹⁹ Lagrådet ansåg dock att regleringen fick godtas eftersom den följer av direktivet.²⁰

¹⁷ Prop. 2015/16:195 s. 449.

¹⁸ Prop. 2015/16:195 s. 450.

¹⁹ Prop. 2015/16:195 s. 1020.

²⁰ Prop. 2015/16:195 s. 1053.

2.1 Upphandlingar som omfattas av motiveringsskyldigheten

Motiveringsskyldigheten omfattar alla upphandlingar över tröskelvärdena utom tjänster enligt bilaga 2 till LOU.²¹ Detta framgår av 19 kap. 2 § strecksats 4 LOU där det står att bestämmelserna i 4 kap. 13–17 §§ LOU om uppdelning av kontrakt i separata delar inte gäller för upphandlingar enligt 19 kap. LOU.

Det finns således ingen skyldighet att motivera ett val att inte dela upp en upphandling vid upphandlingar som genomförs enligt 19 kap. LOU. Däremot finns det inget som hindrar att en sådan motivering anges.

2.2 När inträder motiveringsskyldigheten?

Den upphandlande myndigheten är skyldig att motivera varför den inte väljer att dela upp en upphandling när det rent faktiskt finns förutsättningar för en uppdelning.

Att det finns förutsättningar att dela upp en upphandling, vilket det bör göra i de allra flesta fall, måste skiljas från frågan om det är lämpligt att dela upp en upphandling. Det senare kan sägas vara något som myndigheten får ta ställning till när den gör sitt övervägande.

Med hänsyn till bestämmelsens utformning går det inte att exakt ange i vilka fall denna skyldighet att överväga inträder. Ytterst är det den upphandlande myndigheten som får ta ställning till detta utifrån omständigheterna i det enskilda fallet, till exempel vad det

²¹ De tjänster som avses i bilaga 2 till LOU är sociala tjänster och andra särskilda tjänster.

är som ska köpas och hur den aktuella marknaden ser ut. Ett exempel där det kan tänkas att det saknas förutsättningar att dela upp en upphandling är om myndigheten bara ska köpa en vara, exempelvis en grävmaskin. Om det finns en skyldighet att överväga en uppdelning finns det dock alltid en korresponderande skyldighet att motivera ett beslut att inte dela upp.

2.2.1 Vad omfattar motiveringskyldigheten?

Motiveringskyldigheten omfattar enbart sådana överväganden som leder till att ett kontrakt inte ska tilldelas i separata delar. En upphandlande myndighet måste därför som regel inte motivera beslut att dela upp upphandlingar i separata kontrakt.

En central fråga blir därmed när en upphandling kan anses uppdelad eftersom detta medför att det inte inträder någon motiveringskyldighet. Frågan bör enligt vår mening ses i ljuset av att syftet med motiveringskyldigheten inte är att den upphandlande myndighetens bedömning ska kunna underkastas någon rättslig kontroll.²² Ytterst blir det därför den upphandlande myndighetens uppfattning som blir avgörande för om en upphandling kan anses uppdelad eller inte.

²² Skäl 78 direktiv 2014/24/EU.

2.2.2 Var ska motiveringen redovisas?

Skälen för att inte tilldela ett kontrakt i separata delar ska lämnas i något av upphandlingsdokumenten eller i den individuella rapport som den upphandlande myndigheten som huvudregel är skyldig att upprätta.²³ Ett muntligt övervägande som inte dokumenterats i någon av dessa handlingar, till exempel en diskussion under upphandlingsprocessen, är därför inte tillräckligt.

En fråga som framkommit under utredningen är om det räcker att den upphandlande myndigheten anger skälen i en anteckning som är avsedd endast för internt bruk men som sparas i upphandlingsärendet, till exempel i ett kommunalt delegationsbeslut. Vår bedömning är att ett sådant dokument i regel inte utgör en del av upphandlingsdokumenten.

Med upphandlingsdokument avses varje dokument som en upphandlande myndighet använder för att beskriva eller fastställa innehållet i upphandlingen. Det framgår av 1 kap. 23 § LOU. Med ledning av artikel 2.1.13 i LOU-direktivet kan vi konstatera att det ska röra sig om handlingar som myndigheten offentliggör i samband med upphandlingen, till exempel meddelandet om upphandling, tekniska specifikationer eller kontraktsvillkor. Att dokumentera skälen i en anteckning som inte blir en del av upphandlingsdokumenten eller den individuella rapporten är därför inte tillräckligt för att uppfylla motiveringsskyldigheten.

²³ När det gäller kontrakt som tilldelats på grundval av ett ramavtal enligt 7 kap. 4 och 6 §§ LOU, det vill säga tilldelningar utan förnyad konkurrensutsättning, finns ingen skyldighet att upprätta en individuell rapport. I sådana fall är den upphandlande myndigheten hänvisad till att fullgöra motiveringsskyldigheten genom upphandlingsdokumenten.

2.2.3 Skäl för att inte dela upp

Den upphandlande myndigheten bestämmer själv om det finns skäl för att inte dela upp ett kontrakt och vilka grunder som är relevanta vid denna bedömning.

I skäl 78 i LOU-direktivet lämnas några exempel på vad som kan utgöra skäl för att inte dela upp en upphandling. Sådana skäl kan vara att den upphandlande myndigheten anser att en uppdelning kan riskera att begränsa konkurrensen eller att det blir orimligt tekniskt svårt eller dyrt att genomföra kontraktet, eller att behovet av att samordna de olika leverantörerna av delarna allvarligt kan riskera att underminera ett korrekt genomförande av kontraktet.

2.2.4 Motiveringens innehåll

Enligt lagtextens ordalydelse är det *skälen* för myndighetens val att inte dela upp ett kontrakt som ska anges i upphandlingsdokumenten eller i den individuella rapporten. Vad som i praktiken avses med att "*ange skälen*", exempelvis hur omfattande motiveringen behöver vara, framgår inte uttryckligen av lagtexten. Viss vägledning angående hur bestämmelsen bör tolkas finns i artikel 46.1 andra stycket i LOU-direktivet. Där framgår att det är *huvudskälen* till valet att inte dela upp ett kontrakt som ska anges. Någon mer ingående beskrivning av skälen behöver alltså inte lämnas. Det viktigaste är att den upphandlande myndigheten kan visa att den seriöst övervägt konsekvenserna av att dela upp upphandlingen.²⁴

²⁴ Prop. 2015/16:195 s. 450.

Ett bra exempel på motivering:

Malmö stads upphandling av spolbilstjänst

Upphandlingen har inte delats upp eftersom upphandlingens volym är relativt liten, en uppdelning inte bedömts lämpligt utifrån beställarens resurser och förutsättningar samt att det skulle kunna leda till en ökad risk för fel under avtalsperioden. I tillägg fanns inte något fördelaktigt sätt att dela upp upphandlingen på och en uppdelning bedömdes inte innebära några ekonomiska fördelar för beställaren.

2.3 Förhållandet till förbudet att dela upp kontrakt i syfte att kringgå upphandlingsreglerna

Det har under arbetet med denna rapport framkommit att vissa uppfattar att regeln om motiveringskyldighet går stick i stäv med förbudet mot att i vissa fall dela upp ett kontrakt.²⁵ Vi vill därför klargöra hur dessa regler förhåller sig till varandra. Reglerna har olika syften.

Tröskelvärdet avgör vilka regler i lagstiftningen som ska tillämpas, det vill säga de direktivstyrda reglerna eller de nationella reglerna. Tröskelvärdet avgör om en upphandling är gränsöverskridande och därmed av intresse för leverantörer i övriga EU-länder.

Metoden för att uppskatta värdet på en upphandling får inte väljas med avsikt att undvika att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena blir tillämpliga. Det framgår av 5 kap. 6 § LOU. En uppdelning som görs så att bestämmelserna om upphandling över

²⁵ Se 5 kap. 6–7 §§ LOU.

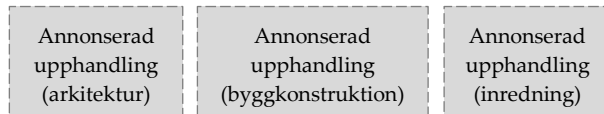
tröskelvärdena inte blir tillämpliga måste vara berättigad av objektiva skäl. Detta kallas förbud mot kringgående av LOU och framgår av 5 kap. 7 § LOU. Förbudet kan jämföras med uppdelningsförbudet i 19 kap. 8 §. Där ett större behov inte får delas upp i ett antal inköp för att komma under direktupphandlingsgränsen.

En upphandlande myndighet som väljer att dela upp sitt behov och annonsera detta i flera upphandlingar måste därför kunna visa att det är av andra skäl än för att komma under tröskelvärdet.

Typfall 1

En myndighet ska upphandla en byggentreprenad.

Den anser sig ha objektiva skäl för att dela upp byggentreprenaden och dess olika arbeten i flera annonserade upphandlingar



De streckade linjerna visar den totala anskaffningen som annonseras och som kontraktvärdeberäkningen baseras på.

Motiveringsskyldigheten gäller i sin tur när en upphandlande myndighet valt att inte dela upp ett kontrakt när den i praktiken har haft möjlighet att göra det.

Som exempel kan ges en större anskaffning av en vara, tjänst eller byggentreprenad som i och för sig kan göras genom tilldelning av ett enda kontrakt, men det finns en möjlighet att dela upp kontraktet på antingen kvantitativ eller kvalitativ grund. I förarbetena ges

som exempel på en kvalitativ uppdelning att en planerad byggentreprenad, som skulle kunna upphandlas genom tilldelning av ett enda kontrakt som en totalentreprenad, i stället delas upp i en del som avser arkitektarbeten, en del som avser byggkonstruktionen och en del som avser inredning.²⁶

Det rör sig således om en upphandling men där tilldelning sker genom separata delkontrakt. Det vill säga olika avtal i en upphandling. Att dela upp kontrakt i delar är ett sätt för den upphandlande myndigheten att underlätta tillträde till upphandlingen för små och medelstora företag vilket är en av målsättningarna med direktivet.²⁷ I 4 kap. 13–17 §§ LOU regleras därför den upphandlande myndighetens möjlighet att dela upp kontrakt i separata delar samt skyldigheten att motivera varför ett kontrakt inte ska delas upp.

Typfall 2

En myndighet ska upphandla en byggentreprenad.

Den anser sig ha objektiva skäl för att dela upp byggentreprenaden och dess olika arbeten i flera annonserade upphandlingar



De streckade linjerna visar den totala anskaffningen som annonseras och som kontraktvärdeberäkningen baseras på.

Den uppdelning som motiveringsskyldigheten tar sikte på måste därför särskiljas från förbjuden uppdelning av upphandling.

²⁶ Prop. 2015/16:195 s. 451.

²⁷ Skäl 78 i LOU-direktivet.

3 Granskningens genomförande

Granskningen omfattar 20 kommuner av varierande storlek spridda över hela landet.²⁸ 20 kommuner har bedömts utgöra ett tillräckligt antal för att kunna urskilja eventuella mönster.

Urvalet har skett slumpmässigt genom lottnings. Det finns totalt 290 kommuner i Sverige vilket innebär att urvalet motsvarar cirka sju procent av landets kommuner. Samtliga kommuner som vi tillfrågat har svarat på våra frågor. Granskningen är begränsad till kommuner dels för att få en geografisk spridning, dels för att få ett urval av granskningsobjekt som genomför många olika typer av upphandlingar.

De 20 kommuner som omfattas av granskningen:

Boxholm	Skara
Gislaved	Solna
Hammarö	Storfors
Hofors	Strängnäs
Malmö	Ulricehamn
Nacka	Umeå
Nordmaling	Vallentuna
Nässjö	Åmål
Perstorp	Örebro
Sala	Östra Göinge

²⁸ Granskningen omfattade i ett inledande skede enbart 10 kommuner. Eftersom en så stor andel av de granskade kommunerna uppvisade brister i efterlevnaden av motiveringsskyldigheten valde vi att utöka granskningen till 20 för att få ett bredare underlag.

3.1 Frågor till kommunerna

Samtliga kommuner fick redogöra för hur de hade tillämpat bestämmelsen om motiveringsskyldighet i 4 kap. 14 § LOU vid sina tio senaste avslutade upphandlingar över tröskelvärdena, det vill säga upphandlingar där de tecknat avtal. Om de inte hade avslutat tio sådana upphandlingar som påbörjats efter den 31 december 2016 fick de redogöra för de upphandlingar som avslutats.

Enligt skrivelsen till kommunerna skulle redogörelsen omfatta följande:

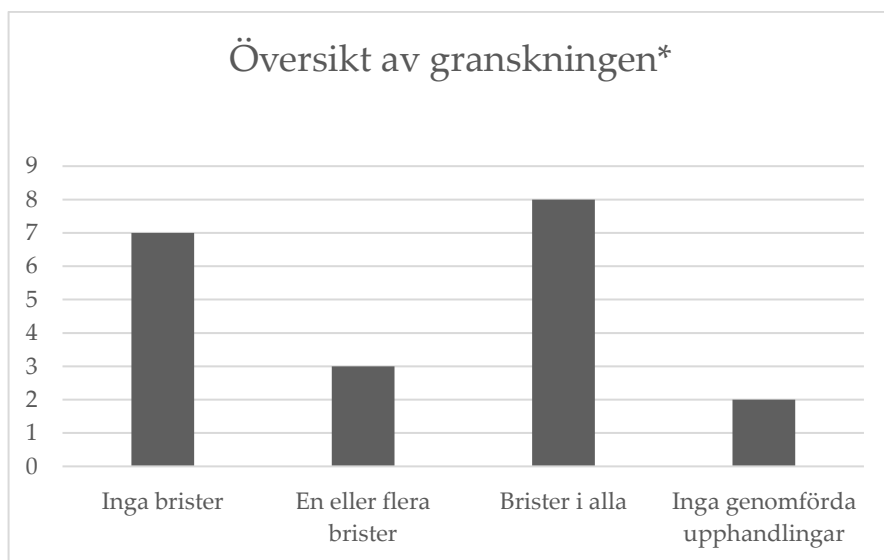
1. Vilka upphandlingar redogörelsen omfattar?
2. Vid vilka av dessa upphandlingar ni anser att ni har uppfyllt kravet på motivering i 4 kap. 14 § LOU?
 - Bifoga dokumentation där det framgår hur och var ni har förklarat varför ingen uppdelning skett.
 - Om ni inte har förklarat varför ingen uppdelning skett vill vi att ni berättar varför.
3. Hur ni säkerställer att ni uppfyller kravet på motivering enligt 4 kap. 14 § LOU i er kommun? Bifoga eventuellt skriftligt underlag.

3.2 Svar och synpunkter från kommunerna

Vid granskningen har vi inte gjort någon närmare bedömning av de enskilda motiveringarnas innehåll eller om det har varit fråga om upphandlingar som redan varit uppdelade. I detta avseende har vi utgått från kommunernas egna bedömningar. Vi har begränsat oss till att kontrollera om det funnits en motivering där kommunerna

själva anser att det borde ha funnits en sådan samt om motiveringen har angetts på rätt ställe, det vill säga i något av upphandlingsdokumenten eller i den individuella rapporten.²⁹

Av de kommuner som ingått i granskningen har mer än hälften uppvisat brister vid tillämpningen av bestämmelsen. Totalt finns brister hos 11 kommuner av de 20 som studien omfattar. Fler kommuner (8 stycken) har brustit i samtliga genomförda upphandlingar än de kommuner som har gjort rätt vid samtliga upphandlingar (7 stycken). Det bör dock noteras att två av kommunerna inte hade genomfört några upphandlingar som omfattades av motiveringskyldigheten under den aktuella tidsperioden.



* Diagrammet tjänar som en illustration. En upphandlande myndighet som har "brister i alla" har rätteligen även "en eller flera brister" men är endast införd i "brister i alla".

²⁹ Skälet för detta är att kommunernas egen bedömning inte ska kunna underkastas någon rättslig eller administrativ kontroll, se avsnitt 2.2.1.

Bristerna ser ut på olika sätt. Från att en kommun överhuvud taget inte har uppmärksammat att det finns en motiveringsskyldighet till att en kommun försökt göra rätt men angett skälen i fel dokument. Av vår granskning är det dock tydligt att motiveringsskyldigheten ännu inte har fått tillräckligt genomslag i det praktiska upphandlingsarbetet. Nedan följer några exempel:

"Vi har inte förklarat i någon av våra upphandlingar varför ingen uppdelning skett. Vi har missat att göra detta."

"Då andra kapitel och paragrafer i den nya LOU varit mer i fokus har vi förbisett denna paragraf."

"Anledningen till att skälen inte dokumenterats enligt 4 kap. 14 § är att kommunen prioriterat tillämpningen av andra förändringar i den nya lagstiftningen."

"Det är klart att vi med anledning av KKV:s granskning kan reflektera ytterligare över hur 4 kap. 14 § LOU egentligen ska förstås och om vi verkligen uppfyller alla krav."

"[X] kommun har inget skriftligt underlag för uppfyllnad av kravet i 4 kap. 14 §, utan vi arbetar med utgångspunkt att så många upphandlingar som möjligt ska kunna indelas i flera olika avtal."

"Anledningen till att motivering hittills inte har lämnats i upphandlingsdokumentet eller i en särskild rapport i fler än ett (1) fall beror på att [X] kommun under föregående år bytt inköpssystem."

"Dessvärre har detta missats att göra på de upphandlingar som föregick mallarna då de är gjorda i dokument som inte uppdaterats med alla nya lagkrav."

"Hur detta sker avgörs från fall till fall och efter en noggrann genomgång av marknaden och behoven i staden för en viss vara eller tjänst, däremot sker inte någon systematisk dokumentation i upphandlingsdokumentet."

Många av kommunerna framhåller dock att det i regel görs en bedömning av om det är möjligt att dela upp en öppen upphandling i separata kontrakt i samband med uppstart av upphandlingen.

3.3 Åtgärder som de granskade kommunerna har vidtagit

Kommunerna har angett olika åtgärder som de har vidtagit för att efterleva bestämmelsen om motiveringsskyldighet. Sammantaget är de flesta av kommunerna som deltog i granskningen positiva till att öka medvetenheten bland upphandlingsansvariga gällande motiveringsskyldigheten.

En stor del av dessa kommer att lägga till ett krav på motivering i de mallar som används vid utformning av förfrågningsunderlaget för upphandlingarna. Genom att ha en tydlig informationstext vid själva upphandlingsförfarandet vill kommunerna underlätta processen för beställaren och därigenom undvika att motiveringsskyldigheten inte efterlevs.

Några av kommunerna har tillsatt arbetsgrupper för att ta fram interna rutiner för hur de ska gå vidare och säkerställa att motiveringsskyldigheten följs. Vissa kommuner ingår i samarbeten med andra kommuner avseende deras upphandlingssystem.

Resterande kommuner har svarat att de inte har något system för att säkerställa att motiveringsskyldigheten efterlevs. Av dessa uppger några att de inte upplever ett problem med att de inte har ett sådant system eftersom de kontinuerligt arbetar med att dela upp så många upphandlingar som möjligt.

4 Våra slutsatser, reflektioner och förslag till vidare åtgärder

När det finns förutsättningar att dela upp en upphandling, men den upphandlande myndigheten väljer att inte göra det, är den skyldig att motivera detta. Det är den upphandlande myndigheten som bestämmer om det finns skäl för att inte dela upp ett kontrakt och vilka grunder som är relevanta vid denna bedömning. Motiveringen ska återfinnas i något av upphandlingsdokumenten eller i den individuella rapport som den upphandlande myndigheten som huvudregel är skyldig att upprätta.

Värdet av motiveringsskyldigheten är att den verkar handlingsdirigerande i frågan om att överväga om ett kontrakt kan delas upp i mindre delar. Allt för det övergripande syftet att underlätta för små och medelstora företag att delta i offentliga upphandlingar.

Vi kan genom vår granskning konstatera att motiveringsskyldigheten inte alltid iakttas och inte har fått tillräckligt genomslag i det praktiska upphandlingsarbetet. Många av kommunerna har inte uppmärksammat bestämmelsen och därmed inte tillämpat den. Av detta kan dock inte slutsatsen dras att överväganden om uppdelning inte sker. Även om motivering saknas kan uppdelningsaspekter ha tagits med som ett resultat av marknadsanalysen i enskilda upphandlingar och därmed utformningen av olika upphandlingar.

Även om det funnits brister när det gäller dokumentationen visar granskningen att kommunerna i princip genomgående visat en vilja att underlätta små och medelstora företags tillträde till den offentliga marknaden.

Vår utredning har väckt frågor kring motiveringsskyldigheten i det praktiska arbetet. Till exempel var gränsen går för sådant som uppenbart inte går att dela upp. Lagen ställer inte heller några krav på hur motiveringen ska se ut och därmed inte heller hur djup analysen ska vara. Det är svårt att ange exakt i vilka fall skyldighet att överväga inträder. Ledning får tas i vad det är som ska köpas och hur den aktuella marknaden ser ut.

Vår utredning visar också att det inte är tydligt vilka dokument som räknas till upphandlingsdokument enligt 1 kap. 23 § och 12 kap. 15 § LOU. Till upphandlingsdokument räknas enbart handlingar som den upphandlande myndigheten offentliggör i samband med upphandlingen, i princip i annonsen, de tekniska specifikationerna eller i kontraktsvillkoren. Att dokumentera skälen i en anteckning som inte blir en del av upphandlingsdokumenten eller den individuella rapporten som görs i samband med tilldelning är därför inte tillräckligt för att uppfylla motiveringsskyldigheten.

Ett bra sätt att påminna om motiveringsskyldigheten och därmed få fler upphandlande myndigheter att överväga uppdelning av kontrakt kan vara att införa ett obligatoriskt fält i e-verktygen för upphandlingar (till exempel Visma eller liknande verktyg) där man antingen fyller i en motivering till varför man inte delar upp eller kryssar i en ruta att en uppdelning har gjorts.

De flesta kommunerna har gjort konkreta förändringar i och med vår tillsyn. Vissa kommuner har tillsatt utredningar och arbetsgrupper för att undersöka hur de ska gå till väga för att efterleva motiveringsskyldigheten. Andra kommuner har justerat i upphandlingsdokumenten så att en motivering till varför kommunen inte väljer att dela upp en upphandling skrivs in direkt.

Tänk på det här:

- Överväg om upphandlingen kan delas upp i mindre delar.
- Skriv i upphandlingsdokumenten eller den individuella rapporten varför det är olämpligt att dela upp upphandlingen.
- Säkerställ att rutiner finns för var och hur det ska anges att en upphandling inte har delats upp.
- Kontakta Konkurrensverket eller Upphandlingsmyndigheten om ni har frågor om uppdelning av upphandlingar.

5 Referenser

Proposition 2015/16:195 *Nytt regelverk om offentlig upphandling.*

Kommissionens rekommendation av den 6 maj 2003 om definitionen av mikroföretag samt små och medelstora företag (Text av betydelse för EES) [delgivet med nr K(2003) 1422] (2003/361/EG).

<https://tillvaxtverket.se/statistik/foretagande/basfakta-om-foretag.html>

I vår roll som tillsynsmyndighet för offentlig upphandling i Sverige ingår att verka för bättre förutsättningar för små och medelstora företag att delta i offentliga upphandlingar. I lagen om offentlig upphandling finns det en skyldighet för upphandlande myndigheter att ta ställning till om det går att dela upp upphandlingen. En uppdelad upphandling kan underlätta för små och medelstora företag att lämna anbud.

I den här rapporten redovisar vi resultatet av en granskning av 20 kommuners redogörelser för hur de tillämpat bestämmelsen om motiveringsskyldighet vid sina tio senaste avslutade upphandlingar över tröskelvärdena.



Adress 103 85 Stockholm

Telefon 08-700 16 00

Fax 08-24 55 43

konkurrensverket@kkv.se

www.konkurrensverket.se