



Jon Kilman, advokat, jur.dr, Gärde Wesslau advokatbyrå

Förenkling av LOU och förenkling av upphandlingar

I början av april gav regeringen tilläggsdirektiv till Upphandlingsutredningen, syftande inte minst till att medföra förenklingar av den offentliga upphandlingen. Men behövs det så mycket förenkling? Är det inte snarare så att regleringen egentligen är ganska bra, om den bara efterlevs? Och är den verkligen så svår att efterleva?



De komplikationer som uppkommer vid offentlig upphandling kan i endast ringa omfattning skyllas på LOU:s reglering. Merparten av komplikationerna – åtminstone om man därmed menar rättsprocesser – torde i stället uppkomma i anslutning till huvudregeln i 1 kap. 4 § LOU om affärsmässighet, och den därmed beslätade bestämmelsen i 1 kap. 22 § att en upphandlande enhet skall anta antingen det anbud som har lägst pris eller som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Dessa tämligen självklara krav borde inte vålla så många problem.



Varför blir det då så många rättsprocesser? Ett skäl är att urvalskriterierna alltför ofta är alltför vagt formulerade. Ett annat är att urvalskriterierna i alltför stor utsträckning inte är objektiva, utan i större eller mindre utsträckning ger utrymme för värdeomdömen.

Ibland är detta ofrånkomligt, men många gånger beror det på att den som utformat kriteriet inte har frågat sig om

det istället går att använda objektiva kriterier, eller flytta kriteriet till de kommersiella villkoren eller till definitionen av upphandlingsobjektet.

Ett tredje skäl är att de kriterier som används inte uppfyller kravet att utgöra underlag för valet av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. För att ett kriterium skall leda till ett sådant val måste det rimligtvis kunna åsättas ett ekonomiskt värde. Åtskilliga urvalskriterier klarar inte en sådan test och borde därför vara otillåtna.



Även skallkraven och de kommersiella villkoren är underkastade kravet på affärsmässighet. Skallkrav måste således vara affärsmässigt motiverade för att vara tillåtna. Kommersiella villkor måste vara affärsmässigt utformade, innebärande att de så långt det är möjligt skall säkerställa att det avtal som upphandlingen skall resultera i faktiskt medför avsedd nytta för den upphandlande enheten.

I detta hänseende torde åtskilliga upphandlingar ske i strid mot LOU, inte för att den avsedda nyttan uteblir, utan för att de kommersiella villkoren inte är ändamålsenliga och följaktligen inte heller affärsmässiga.



Det är sällan affärsmässigt att uttrycka sig otydligt. Det är sällan affärsmässigt att basera sina affärsbeslut på subjektiva värderingar snarare än på objektiva

fakta. Det är aldrig affärsmässigt att välja ett annat anbud än det som är det ekonomiskt mest fördelaktiga (när anbudet med lägst pris skall väljas är detta naturligtvis alltid det ekonomiskt mest fördelaktiga utifrån hur förfrågningsunderlaget i övrigt är utformat).

Att sätta upp omotiverade skallkrav är inte affärsmässigt. Detsamma gäller användandet av kommersiella villkor som inte är ändamålsenliga. Allt detta är självklarheter som inte har direkt med LOU att göra utan som är allmängiltiga.

Om det är kravet på affärsmässighet som är problemet, då hjälper det inte att förenkla LOU. Då är det snarare fråga om ett behov av information och utbildning om vad kravet på affärsmässighet innebär.

Och många gånger är nog politiker och andra interna beställare en minst lika angelägen målgrupp som inköpare för sådan information och utbildning.



Visst kunde lagen i enskilda delar vara "enklare". I första hand skulle det kunna innebära att utrymmet för direktupphandlingar vidgades och förtydligades, dels beloppsmässigt, dels för upphandling av sådant som inte på ett affärsmässigt sätt kan beskrivas i objektiva termer. Det är inte minst dessa frågor som behandlas i tilläggsdirektivet.

Möjligheten att genom lagstiftning förenkla de offentliga upphandlingarna är ändå begränsad, eftersom de situationer där det är LOU som skapar problem torde vara i klar minoritet. I huvudsak är det upphandlingarna snarare än lagen som behöver förenklas.