

Kommentar till Jörgen Hettne & Stig Montin: ”Politik och juridik inom offentlig upphandling”

Sebastian Marx,
Självständig EU konsult och
f.d. chef för Göteborg Stads
Brusselskontor

De offentliga investeringarna i EU:s ekonomi (EU 28 – ca 14 % av EU:s samlade BNP), sker genom offentlig upphandling. I Sverige upphandlar den offentliga sektorn varor och tjänster för över 600 miljarder kronor varje år. Detta visar på den stora betydelsen av EU:s upphandlingsregler för att förverkliga den inre marknaden och att säkerställa att offentliga upphandlingar sker inom likartade ramar i alla medlemsstater.

I debatten kritiserar EU:s upphandlingsdirektiv ofta för att leda till komplexa förfaranden och osäkerheter hos både upphandlare och leverantörer. Minskningen av politiskt handlingsutrymme genom juridifiering diskuteras också, inte minst på lokal och regional nivå.

I artikeln ”Politik och juridik inom offentlig upphandling” beskriver Hettne & Montin hur EU:s upphandlingsdirektiv är uppbyggt och belyser med hjälp av tre exempel hur det politiska handlingsutrymmet påverkas av upphandlingsreglerna. Hettne & Montin argumenterar för att möjligheterna för den svenska lagstiftaren att skapa tydlighet snarare ligger inom tolkningsutrymmet än i själva implementeringen av EU:s direktiv i svensk lagstiftning genom LOU, LUF och LUK.

Det är dock svårt för den svenska lagstiftaren att precisera upphandlingsreglernas svenska innebörd och själv reducera de vagheter som finns i det EU-gemensamma regelverket. Den svenska lagstiftaren förfogar inte över ett stort handlingsutrymme när ett mycket detaljerat direktiv ska genomföras. En stor del av handlingsutrymmet finns istället enligt vår mening vid tillämpningen av reglerna, dvs. i tolkningsutrymmet.

Artikeln speglar väl diskussionen i Sverige om EU:s upphandlingsregler och dess nationella

implementering. Man bör självklart diskutera hur den svenska implementeringen av EU:s regelverk sker och i vilken mån detta regelverk tolkas snävare i Sverige än i andra medlemsstater. Det är också klart att en viss juridifiering kan ske. Hettne & Montin resonerar om att den offentliga sektorn kan åter skapa ett politiskt handlingsutrymme genom att testa tolkningsutrymmet. Dock måste då den offentliga sektorn vara beredd på de juridiska och ekonomiska risker detta innebär.

SKAPA POLITISKT HANDLINGSUTRYMME FÖR LOKAL NIVÅ

Förutom att skapa politiskt handlingsutrymme genom att ”testa” regelverket skulle jag förespråka ett bredare och starkare engagemang av lokal, regional och nationell svensk offentlig sektor i ett tidigt skede av *policyutvecklingen* på EU-nivå.

EU har som ambition med upphandlingsdirektivet att skapa ett regelverk som bidrar till en effektiv inre marknad och som stärker den strategiska dimensionen. Man vill med andra ord öka det politiska handlingsutrymmet för den offentliga sektorn att styra upphandlingar utifrån sociala eller miljömässiga mål. Om denna ambition inte stämmer överens med verkligheten i Sverige så måste detta kommuniceras till EU-kommissionen inför stundande revideringar av upphandlingsregelverket.

I meddelandet från oktober 2017 ”Offentlig upphandling i och utanför EU (COM(2017) 572 final)” beskriver EU-kommissionen sina ambitioner:

Strategisk offentlig upphandling bör få en större roll hos centrala och lokala myndigheter i deras respons på samhälleliga, miljömässiga och ekonomiska mål, exempelvis den cirkulära ekonomin. Integreering av innovativa, gröna och sociala kriterier, mer omfattande användning av marknadsundersökningar eller kvalitativa bedömningar (det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet) och upphandling av innovativa lösningar i ett förkommersiellt skede kräver inte bara en reserv av mycket kompetenta offentliga inköpare utan framför allt en politisk vision och politisk delaktighet.

EU-kommissionen är väl medveten om att det finns fortsatt stora utmaningar inom upphandlingsområdet. Man försöker definiera regelverk som ska kunna omsättas i 28 olika rättssystem på ett likartat sätt och det säger sig självt att detta är en komplex uppgift. Det är därför viktigt för EU-kommissionen att få inspel från lokala, regionala och nationella upphandlande myndigheter om konkreta problem och utmaningar.

Svenska kommuner engagerar sig mer och mer i den europeiska policyutvecklingen men mer kan göras för att säkerställa att ramarna som sätts på EU nivå är praktikabla och effektiva.

EU har lanserat EU:s Urbana Agenda som skapar möjligheter för städer att diskutera policyfrågor direkt med EU-kommissionen, andra städer och nationella regeringar. Flera svenska kommuner är idag engagerade i olika tematiska diskussionsfora under EU:s urbana agenda; dock är i dagsläget ingen svensk kommun involverad i den tematiska arbetsgrupp, som diskuterar offentliga upphandlingar. Vill man från kommunalt håll påverka framtida upphandlingsdirektiv, så bör man också engagera sig i detta forum.

EU finansierar också projekt där kommuner och regioner kan utbyta erfarenheter, testa upphandlingsmodeller och formulera förbättringsförslag. Svenska kommuner som Borlänge, Falun och Stockholm har engagerat sig i projekt som tittar på möjligheter för gemensamma landsöverskridande upphandlingar eller på frågor som berör innovationsupphandlingar och miljökriterier. Dessa projekt belyser de konkreta utmaningar som upphandlande organ står inför och kan ge viktiga bidrag till policydebatten.

EU-kommissionen ställer också samman goda exempel t.ex. på hur miljökriterier kan användas i offentliga upphandlingar. Stockholm, Göteborg och Malmö har alla visat på exempel hur detta kan ske och vilka erfarenheter man samlat. Detta är också viktiga inspel till utformningen av framtida regelverk.

Dessutom har ledamöterna i Europaparlamentet och Regionkommittén och de svenska regionkontoren i Bryssel och Sveriges Kommuner och Landsting (SKL) en viktig roll att spela.

EU-arbete på lokal och regional nivå bör inte längre handla om att enbart *följa* debatten på EU-nivå utan att faktiskt *påverka* och *gestalta* den utifrån ett lokalt och regionalt perspektiv genom att proaktivt belysa problem och föreslå lösningar.

De svenska storstäderna Stockholm, Göteborg och Malmö har t.ex. genom EURO CITIES agerat proaktivt för att stärka möjligheten att tilldela kontrakt baserat på principen om *ekonomiskt mest fördelaktigt anbud* där anbuden värderas utifrån dimensioner som pris, kvalitet, social hänsyn och miljöhänsyn och det gällande upphandlingsdirektivet har tagit stora steg åt detta håll. Samtidigt ser EU-kommissionen att det finns potential att öka användandet av dessa kriterier. Därför kommer EU-kommissionen under 2018 att lägga fram förslag på uppdateringar av riktlinjerna för grön och social upphandling samt ge vägledning för innovationsupphandling:

Den befintliga handledningen för social offentlig upphandling kommer att uppdateras med hjälp av en samarbetsinriktad strategi. Först lanseras ett samråd med berörda parter för att samla in förslag på handledningens omfattning och vilka frågor den bör ta upp, inklusive hur man bäst integrerar efterfrågesidan för social innovation och socialt entreprenörskap. Den föreslagna europeiska rättsakten om tillgänglighet har som mål att fastställa gemensamma funktionella tillgänglighetskrav för funktionshindrade och äldre. I fråga om innovation är en översikt över politik- och genomföranderamarna och en handledning i innovationsvänliga offentliga upphandlingsförfaranden under utarbetande (EU (COM(2017) 572 final).

Det är av betydande vikt att svensk offentlig sektor utvecklar sitt engagemang i denna och kommande debatter genom konkreta inspel till EU-kommissionen och den svenska regeringen. EU-kommissionen är lyhörd och mycket intresserad av

erfarenheter från den lokala och regionala nivån. De hämtar i ett tidigt skede av förslagsberedningen in synpunkter från intressenter genom samrådsprocesser, hearings, konferenser och dialogmöten. Inkomna synpunkter inarbetas därefter i de förslag som EU-kommissionen presenterar. Det är med andra ord hög tid att på lokal och regional nivå utvärdera upphandlingsdirektivet och den nationella lagstiftningen utifrån de erfarenheter som kunnat samlas sedan LOU trädde i kraft och förmedla dessa genom att formulera konkreta ändringsförslag till EU-kommissionen.

EU:s upphandlingsdirektiv är alldeles för viktigt för svensk offentlig sektor för att utvecklingen av regelverket skall överlämnas till medlemsstaternas och specifika industriaktörers intressen. Den lokala och regionala nivån kan och bör ta en plats vid förhandlingsbordet genom att konsekvent utnyttja de kanaler som finns och arbeta för att skapa fler möjligheter att påverka ramverket. Genom ett förbättrat EU-direktiv kan också det politiska handlingsutrymmet på lokal och regional nivå tillta och bidra till att andelen strategiska upphandlingar inom EU och Sverige kan ökas på ett effektivt och rättssäkert sätt.