

## *TO WHOM IT MAY CONCERN*

# DEN OFFENTLIGA MARKNADENS FUNKTIONALITET<sup>1</sup>

ETT WHITE PAPER MED OPEN SOURCE METOD FÖR ATT DEFINIERA DEN OFFENTLIGA MARKNADEN

## THE FUNCTIONALITY OF THE PUBLIC MARKET

WHITE PAPER WITH AN OPEN SOURCE METHOD TO DEFINE THE PUBLIC MARKET

By: Founder and CEO, Fredrik Tamm<sup>2</sup> and

LL.M. Per Hammarstedt<sup>3</sup>

### ABSTRACT

Tomorrow's economic and political conditions are already today challenging our attitude to the public market, public procurement included. Increasingly tough economic environment with changing needs due to higher proportion of elderly people, free movement of capital and people also places very different demands on all levels of the public market. From politicians, buyers and clients to the ultimate purchaser as the supplier management, marketing, business strategist and the so-called Bid Manager.

The challenge is to understand and adjust our business processes to the fact that the public market is more extensive, both in possible terms of value and number of involved actors and thus far more complex than often claimed. The public market should not be limited to and understood as the short formal process we call procurement and routinely use as a description of what is government business. The public procurement process is, as this document address, only a limited portion of the public market at large, with a very limited role for the public sector market in general. The Market has not yet been defined clearly enough and therefore not at all been used to its full potential. Instead, the focus has been on the procurement of services and goods limited to the bidding process and what is defined as a contract under procurement laws. I.e. the processes covered by the services for monitoring of procurement announcements, quality inspections off procurement documents and tenders or legal counseling in trials and litigations. Common to these parts and areas of knowledge is that they all are dominated by legal issues.

The public market, as the owner of welfare services, is also growing in importance and impact on our economy as studies made shows that the need for these services substantially increases together with the proportion of an older population. According to the statistic numbers from the Swedish Central Statistic Bureau, the amount of 80 year olds and older people will increase with more than 60 % within the year of 2030, i.e. within less than 20 years. According to

---

<sup>1</sup> White Paper, Version 1.0, 2013-04-08

<sup>2</sup> Fredrik Tamm is the founder and CEO of DoubleCheck, an organization specialized in the Public Market. Fredrik act as a Public Business Strategist and an advisor to both public and private sectors. He is a frequent commentator in media and moderator in events for the public sector. Fredrik is also co-founder of FSOL, the Association for Sweden's Public Suppliers.

<sup>3</sup> Per Hammarstedt, legal counsel and Chairman of Olga Produktion AB, earlier at for instance the Stockholm Chamber of Commerce, SCC, is dedicated to bring public and private affairs more closely together as initiator in projects such as the late National Procurement Counsel (Upphandlingsrådet) or developer and architect of new procurement methods in food for elderly people in Sweden today largest project in innovation procurement, "Innovation X".

“The Commission on the Future” recent interim the analysis is crystal clear: proportion of elderly population has begun to increase already and it also takes longer time for young people to enter the labor market. Therefore, the welfare equation is hampered significantly by the fact that fewer people will work and pay taxes in relation to the size of the groups that is not working or need support through market services such as health care and education. The effective use of taxpayers' money in the public market is thus of extreme importance and can probably not be overemphasized. Demands and the way to define these in the public sector is therefore also a key component in future public market and an addressed issue in the realm of this document.

The formal and by many ways legally controlled procurement process, as defined both in the procurement laws as in the compendiums of public procurement courses, is first and foremost a proclamation of ground principals to protect companies business interests within the European market. The procurement process is covered by EU-directives and national procurement laws to protection suppliers against arbitrary treatment and is in this sentence a complementary institution against corruption and bribery. It protects market suppliers equal treatment and prevent the public officer in his role as a purchaser/buyer from extraneous pressures and the emergence of economic or other offerings that do not have proper connection with the transaction or in any other way is in breach with the founding principles of the EU. When these features of the formal process become the solely rulings for the work of a good affair, the role within a public entity is shifting from being an ambassador for the good business to one focusing on legal texts and rigor from the risk of unnecessary trials. Hence, we can estimate that the distance between the purchasing procurers and clients, as well as the distance to the purchaser is to far to guarantee a well-performed and successful affair. With no close cooperation between these central actors in a successful business there are no incitements to use the purchased contract in practice and subsequently the financial departments to clarify that the billing is also consistent with the key contract terms. With ever more complex agreements, which few people within the purchasing organization fully understand and apply, reduces the potential to develop a sound business process with an optimal use of taxpayers funds in each situation.

The procurement process, defined and regulated by the procurement laws, bears of course a vital role to play. However, in Sweden and maybe also some other member states, it has lost its proportion, with unwanted consequences to follow such as exaggerated interpretation of the legal rules, underdevelopment of definitions and misunderstanding of effective marketing and business processes. The public market includes a variety of important processes that begins long before the announcement of the procurement and ends much later than the procurement termination through a contract signing.

The public market is a management issue for both buyers and sellers, and not just a one-dimensional tender and contract process intended for procurement experts and lawyers. What we are talking about here is the understanding of the fact that the bidding process, which appears in the middle of the business process, is also a part of something bigger. This understanding is a paradigm shift in which the short process is put in relation to the business in its consummate meaning and function. A paradigm shift in which the somewhat outdated and outmoded concept of Business to Government, B2G, is replaced with a perspective where the market's major players agrees on a market description in a broad sense, in both form and function.

The business process is today exclusively for one-way contracts with major suppliers and where the only opportunity to influence the individual transaction has been through lobbying or, in its extreme, through bribery and corruption. This is wrong and directly harmful to public activity. Instead, both parties should be engaged in the business process and accept that public sector procurement is a market and serves as a market. I.e. we should speak from now on about Business to Public, B2P, compared to Business to Business, B2B or Business to Consumer, B2C. It's time for the providers, their marketing departments and the rest of the public market to realize with full understanding that this shift in perspective is needed and necessary. Yet it is essential that the management of public clients accept that public procurement is a strategic concern for doing good business and achieves effective management of our tax money.

This document, the public market 1.0, is an invitation to participate as the analogy of the open source methodology to jointly define and visualize the public market in order to involve the decision makers to understand and take an interest in what in each country by far is the largest single market.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> For further information in english about this White Paper, please contact [www.doublecheck.se](http://www.doublecheck.se)

## INNEHÅLLSFÖRTECKNING

<b>1</b>	<b>SAMMANFATTNING</b> .....	<b>4</b>
1.1	Den offentliga marknadens betydelse.....	4
1.2	Den offentliga marknaden är Business to Public, B2P .....	5
<b>2</b>	<b>BAKGRUND</b> .....	<b>6</b>
2.1	Definitionen av den offentliga marknaden.....	6
2.2	Oklar bild av den offentliga marknadens storlek .....	6
2.3	Traditionellt fokus på den klassiska upphandlingsprocessen .....	7
2.4	Instruktion om terminologin.....	7
2.5	Avsaknad av affärsmodell.....	8
2.6	Den endimensionella formeln för en offentlig affär .....	9
2.7	Mytbildningen om förbjuden påverkansmöjlighet .....	9
2.8	Låg statusnivå hos centrala befattningar .....	10
2.9	En heltäckande upphandlingsprocess - finns den?.....	11
2.10	Att se det offentliga köpet som en affärsprocess.....	11
<b>3</b>	<b>DEN OFFENTLIGA MARKNADENS FRAMVÄXT</b> .....	<b>12</b>
3.1	Hur stor är den offentliga marknaden? .....	12
3.2	Marknadsbegreppets framväxt – B2G blir B2P.....	12
3.3	Varför är det viktigt att synliggöra hela den offentliga marknaden? .....	14
<b>4</b>	<b>DEN OFFENTLIGA MARKNADENS AFFÄRSPROCESS</b> .....	<b>14</b>
4.1	"Presale" .....	14
4.2	Bevakning under s.k. Presale.....	16
4.3	Affärs- och marknadsanalys.....	17
4.3.1	Marknadsföring.....	18
4.4	Ett typexempel på en offentlig affärs framväxt.....	19
4.4.1	Exempel 1 .....	19
4.4.2	Kommentarer till exempel 1 .....	19
4.5	Försäljning ("Sale") och anbudsprocess.....	20
4.6	Avtalsprocessen – det offentliga kontraktet .....	21
4.7	"Aftersale" - eftermarknad .....	21
4.8	Marknadsföring i samband med avtalstecknande.....	23
4.9	Affärsanalys - Avtalsuppföljning 6 månader efter att avtal ingåtts.....	23
4.10	Bevakning – ca nio månader in på avtalet .....	23
<b>5</b>	<b>KONSEKVENSER AV EN NY MARKNADSDEFINITION</b> .....	<b>25</b>
5.1	Politiska och ekonomiska effekter .....	25
5.2	Kontroll- och sanktionssystemet .....	25

## 1 Sammanfattning

Morgondagens ekonomiska och politiska förutsättningar utmanar redan idag vår förhållning till den offentliga marknaden, den offentliga upphandlingen inkluderad. Ett allt hårdare ekonomiskt klimat med förändrade behov till följd av större andel äldre personer, fri rörlighet av kapital och av människor ställer också helt andra krav inom alla nivåer på den offentliga marknaden. Från politiker, inköpare och beställare till den enskilde upphandlaren eller leverantörens ledningsgrupp, marknadsavdelning, affärsstrateg samt den s.k. Bid Managern.

Utmaningen ligger i att förstå och justera våra affärsprocesser efter att den offentliga marknaden är mer omfattande, både vad det gäller faktiska värden och antalet aktörer, men också mer komplex än vad som görs gällande i den idag gängse definitionen av den offentliga marknaden. Marknaden är inte längre och har egentligen aldrig varit begränsad till den korta formella process vi idag kallar upphandling och allt för ofta slentrianmässigt likställer med den offentliga sektorns affärsverksamhet. Den offentliga upphandlingsprocessen utgör en begränsad del av den offentliga affären och har en nog så viktig men trots allt begränsad betydelse i den offentliga sektorns affärsverksamhet i stort. Marknaden har dock ännu inte definierats tydligt nog och därför inte heller kommit till användning i dess fulla potential. Istället ligger fokus idag på upphandling av tjänster och varor hänförliga till anbudsprocessen och vad som definieras som upphandling enligt upphandlingsrätten. Dvs. de delar som omfattas av tjänster för annonsbevakning av upphandlingar, kvalitetsgranskning kring förfrågningsunderlag eller anbud samt konsult hjälp vid överprövningar eller talan om skadestånd. Gemensamt för dessa delar och kompetensområden är att de samtliga domineras av juridiska spörsmål.

### 1.1 Den offentliga marknads betydelse

Den offentliga marknaden får som ägare av välfärdstjänster också allt större betydelse och påverkan på vår samhällsekonomi eftersom behovet av marknads tjänster väsentligen ökar i takt med att andelen äldre befolkning blir allt fler. Enligt siffror från Statistiska centralbyrån SCB kommer andelen 80-åringar och äldre att öka med ca 60% år 2030, dvs inom mindre än 20 år. Enligt framtidskommissionens senaste rapport<sup>5</sup> är analysen solklar, t.ex. andelen äldre befolkning har börjat öka redan nu och det tar längre tid för de yngre att komma ut på arbetsmarknaden. Detta medför alltså att välfärdsekvationen försvårats markant genom att det idag är och i framtiden blir allt färre som arbetar och betalar skatt till statskassan i relation till de som står utanför arbetslivet och behöver försörjning genom marknads tjänster i form av vård, skola och omsorg. Betydelsen av *effektiv användning av skattemedel* inom den offentliga marknaden gör sig således ytterst påmind och kan inte nog understrykas. Behoven och sättet att fastställa hur denna effektivitet kan uppnås är därför också en nyckelfaktor i välfärdsekvationen och en central föresats i detta dokument.

Den formella och i hög grad juridiskt styrda upphandlingsprocessen, såsom den definieras och tillämpas såväl i upphandlingsrätten som i upphandlaren kurskompendium, utgör först och främst ett skydd för leverantörer mot godtycklig hantering och ett skydd för upphandlaren i form av ett avancerat komplement till institutet mot mutor. Upphandlingsprocessen tjänar som bekant därför till att mer värna marknads leverantörers likabehandling samt skydda den offentliga tjänstemannen i sin roll som inköpare/beställare från ovidkommande påtryckningar och uppkomsten av ekonomiska eller andra erbjudanden som saknar egentligt samband med affären och som träder de grundläggande EU-principerna för när. När de formella prövningarna blir styrande funktioner i arbetet för den goda affären har också upphandlaren roll övergått från att vara en ambassadör för

---

<sup>5</sup> Framtidskommissionen, Svenska framtidsutmaningar, (Statsrådsberedningen) DS 2013:19

verksamhetens goda affärer till att fokusera på lagtext och formell stringens utifrån risken för onödiga överprövningar.

Vi bedömer att avståndet är allt för stort från den inköpande organisationens upphandlare till dess beställare, men också till inköparen som ska nyttja det upphandlade avtalet och sedermera även ekonomiavdelningarna som ska klargöra att den fakturering som sker överensstämmer med avgörande avtalsvillkor. Med allt mer komplexa avtal, som få personer inom organisationen till fullo kan förstå och tillämpa, minskar möjligheterna till utveckling av en sund affärsprocess med ett optimalt nyttjande av skattemedel i var situation.

Den av upphandlingsrätten reglerade upphandlingsprocessen har naturligtvis en viktig funktion att fylla men har förlorat i proportion, med följder som övertolkning av juridiska regler och underutveckling av definitioner och bristande förståelse för fungerande marknads- och affärsprocesser. Den offentliga affären och marknaden omfattar en mängd olika viktiga processer som inleds långt före själva annonseringen av upphandlingen och är avklarad långt senare än när upphandlingen bedöms avslutad i form av själva kontraktsskrivningen.

Den offentliga marknaden är en ledningsfråga för både köpare och säljare, och inte en endimensionell anbuds- och avtalsprocess avsedd endast för upphandlingsexperter och -jurister. Vad vi talar om här är behovet av en vid förståelse för att anbudsprocessen, som verkar mitt i affärsprocessen, också är en del av något större. Ett paradigmskifte där den korta processen ställs i relation till affärer i dess fullödiga mening och funktion. Ett paradigmskifte där det något förlegade och omoderna begreppet Business to Government, B2G, byts ut mot ett perspektiv där marknads huvudaktörer enas om en marknadsbeskrivning i bred mening, i såväl form som funktion. Det är dags att vi talar om Business to Public – B2P.

### *1.2 Den offentliga marknaden är Business to Public, B2P*

Affärsprocessen är idag till uteslutande del mycket enkelriktad där ofta större leverantörer utgör kontraktsparten och där den enda möjligheten till påverkan av den enskilda affären upplevs kunna ske via lobbying eller i extremfall, via mutor och bestickning. Detta är naturligtvis fel och direkt skadligt för tilliten till den offentliga upphandlingen. Affärsprocessen bör istället tillgängliggöras och bör engagera båda parterna i affärsprocessen till att acceptera att den offentliga sektorns inköp är en marknad och fungerar som en marknad. Dvs. vi talar från och med nu om Business to Public, B2P att jämföra med Business to Business, B2B eller Business to Consumer, B2C. Det är dags att leverantörerna och deras marknadsavdelningar samt den offentliga marknaden i övrigt inser och hyser full förståelse för att detta perspektivskifte är behövligt och nödvändigt. Likväl är det av central betydelse att ledningen hos de offentliga beställarna accepterar att offentliga inköp är en strategisk viktig fråga för att göra bra affärer och även en förutsättning för att uppnå effektiv hantering av våra skattemedel.

Detta dokument, Den offentliga marknads funktionalitet 1.0, inbjuder till deltagande enligt analogi av Open Source metod för att gemensamt definiera och visualisera den offentliga marknaden i syfte att engagera de beslutsfattare som bör förstå och intressera sig för det som i varje land utgör den i särklass största enskilda marknaden.

## 2 Bakgrund

### 2.1 Definitionen av den offentliga marknaden

Sättet att göra affärer med en offentlig part skiljer i grunden inte alls mot att göra affärer på den privata marknaden. Alla de roller som beskrivs i ekonomiska modeller för en fungerande marknad finner även sin motsvarighet i den offentliga affären. Vi har beställare, påverkare, inköpare, betalare och brukare. Det som skiljer är att det också finns en upphandlare. En roll vars enda uppgift är att agera på den egna organisationens beställningar för att skapa den bästa affärsmöjligheten utifrån gällande lagstiftning. Den som gör affär med offentlig sektor har därför en anbudsprocess som är formellt styrd enligt centrala principer som skall tillse att alla leverantörer behandlas lika. Denna process är också möjlig att överpröva om man anser sig felaktigt behandlad. Möjligheten att via domstol begära överprövning på köparens beslut om valet av leverantör eller annan omständighet är något som saknar motsvarighet i det privata näringslivet och ofta lockar till stor uppmärksamhet.

Det särpräglade institutet överprövning (och frågan om huruvida upphandlande part gör tillräckligt avskräckande fel som kan motivera en överprövning) är den fråga som tyvärr lägger beslag på övervägande analyser och diskussion i debatten men som också tar stort utrymme i utredningssammanhang och i den praktiska upphandlingen. Vår förmåga att fundera kring och utreda var gränserna går för en komplettering av ett anbud eller exakt vid vilket klockslag avtalspärren upphör får oss kanske att bli mer belästa och kunniga om den formella upphandlingsprocessens alla intrikata juridiska spörsmål. Och möjligen ger det oss bättre kännedom om var gränserna går för respektive parts rättigheter inom den interna marknaden. Men det leder knappast till väsentligen fler och bättre affärer. Dessutom sker denna kunskapsutveckling och djupdykning inte helt kostnadsfritt. Kostnader uppstår i form av bland annat bristande förståelse för vilken funktion och effekter upphandlingsprocessen har inom den offentliga marknaden i vidare mening. Kunskapen om i vilken kontext den formella processen verkar. Vilka beslut och avvägningar, dolda och synliga, som föregår den respektive följer i dess spår.

Diskussionen kring vad som är säreget med den offentliga marknaden stannar därför vid just den offentliga upphandlingen (såsom den definieras enligt upphandlingsrätten) och skillnaderna i form av en formell process och möjligheter till överprövning. Detta blir dessvärre en kostsam avgränsning som varken är framgångsrik eller särskilt gynnsamt för samhället i det långa perspektivet. Vi behöver kort sagt lyfta blicken och skapa förståelse för hur och var någonstans den offentliga affären finns och verkar, för att också förstå hur högt det formella arbetet rimligen skall värderas respektive vilka uppgifter av väsentligt värde som ligger i domänerna runt och kring den offentliga upphandlingsprocessen, dvs. före annonsering och efter kontraktsskrivning. Kort sagt, nå en harmoniserad förståelse av marknadsbegreppet och den offentliga marknadens funktion.

### 2.2 Oklar bild av den offentliga marknadens storlek

Hur den offentliga marknaden ser ut i detalj är dock långt ifrån tydligt. Den statistik som finns tillgänglig är inte nämnvärt detaljerad eller tillförlitlig utan baserar sig på allmänna uppskattningar och värden. Grunden för det marknadsvärde som används idag utgår från en snart fem år gammal beräkning som visar att den offentliga marknadens värde borde uppgå till ca 17-18 procent av BNP vilket utgör ca 550-660 miljarder.<sup>6</sup> Bristen på mer detaljerade och verifierade värden är en av de viktigaste punkterna i Upphandlingsutredningens slutrapport som förklaring till varför inte den offentliga upphandlingen har en högre status hos de offentliga ledarna eller för den skull också att det syntes saknas ett allmänt intresse av att vilja åstadkomma en fungerande marknad. Siffrorna

<sup>6</sup> Se t.ex. konkurrensverket i ”Siffror och fakta om den offentliga upphandlingen”, rapport 2012:6.

stämmer bra överens mellan olika organisationer när det gäller hur många upphandlingar som görs ovan tröskelvärdena och således enligt EG-direktiven.<sup>7</sup> Däremot saknas egentliga uppgifter på hur marknaden ser ut när det gäller antalet upphandlingar över huvud taget. Även när det gäller tillgänglig statistik om upphandling är den hänförlig till och utgår från den klassiska processen. En närmare och adekvat redovisning låter sig dock svårigen göras av antalet upphandlingar och inköp som inte är annonserade och alltså inte blir synliga genom annonseringstjänsterna.

### 2.3 Traditionellt fokus på den klassiska upphandlingsprocessen

En vanligt förekommande definition av upphandlingsprocessen omfattar i den mer utvecklade formen även viss aktivitet *innan* och *efter* själva upphandlingsförfarandet.

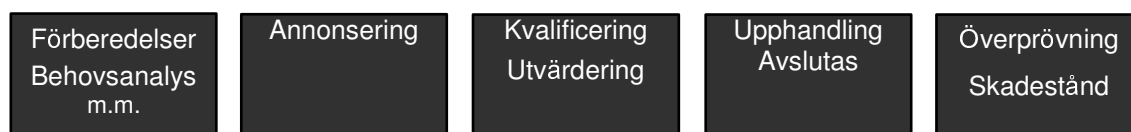


Bild 1. Ett typexempel på hur upphandlingsprocessen och den offentliga marknaden vanligtvis beskrivs

Upphandlingsprocessen omfattar i själva verket och praktiken mycket mer än som den definieras i upphandlingsreglerna (fram till att upphandlingen avslutas genom att avtalsspärren upphör och kontraktsskrivning sker). En affär är en pågående process som startar långt före själva kravställningen vid inköpet och slutar långt senare efter det att kontraktet/avtalet är upprättat. Den lever genom resultatet in i nästa affär och påverkar ofta flera framtida investeringar.

Detta White Paper är ett försök i att presentera väsentliga förutsättningar för och behov av en starkare offentlig verksamhet genom att vidga uppfattningen om och synsättet på den offentliga marknaden och den offentliga affären. I den vidare förståelsen är den offentliga upphandlingen endast den fas i hela processen där den faktiska affärspåverkan är minimal. Detta White Paper vill påvisa att central påverkan av affären kan göras och görs före annonseringstillfället och att affärerna görs och drivs igenom efter det att kontraktet är upprättat. Detta är den stora affären och den viktiga marknaden.

### 2.4 Instruktion om terminologin

Som instruktion till läsaren bör klargöras att här görs ett medvetet val i terminologin genom att mer eller mindre genomgående använda begrepp som köpare och säljare eller företag respektive upphandlande part i stället för anbudsgivare och upphandlande enhet respektive myndighet.<sup>8</sup> Endast om sammanhanget föranleder det används de i upphandlingen annars etablerade begrepp som anbudsgivare och upphandlare osv.

Vad gäller referens till lagutrymmen används genomgående hänvisning till *upphandlingsrätten*, med avsikt på såväl nationell lagstiftning som Lag (2007:1091) om offentlig upphandling, Lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster m.fl. och

<sup>7</sup> A.a.

<sup>8</sup> För den vetgirige använder vi alltså här ett samlingsbegrepp som *upphandlande part* när det i föreliggande perspektivskildring saknas anledning att skilja mellan upphandlande enhet respektive myndighet.

internationella regler i form av EG-direktiv och de s.k. grundläggande EG-principerna (såvida ingen särskild bestämmelse föranleder annat).<sup>9</sup>

Som angreppssätt har vi i detta White Paper valt en Open Source modell, där den som känner sig manad att delta i vidareutveckling av den tes vid här presenterar, får göra så enligt vedertagna principer i analogi med Open Source rörelsen. Open Source modellen påbörjades under 1980-talet med utvecklingen av en gratis programvara "freeware" av LINUX, också känt som GNU eller GPL (General Public License). Designen var i sitt slag nydanande och briljant eftersom man inledningsvis kan förledas tro att avsikten är att kringgå reglerna för systemet (upphovsrätt) när det i själva verket handlar om att använda rättigheterna i systemet för att sanktionera målen med ett alternativt förhållningssätt (därav "Copyleft" som alternativ till *copyright*).<sup>10</sup>

## 2.5 Avsaknad av affärsmodell

Vi som är verksamma inom den offentliga upphandlingen, möter idag ett mer eller mindre linjärt och endimensionellt synsätt på den offentliga affärsprocessen. Fokus har under många år legat på den del av affären där påverkan inte alls är tillåten, framförallt det som ovan beskrivits som den formaliserade upphandlingsprocessen, se bild 1 ovan. Betydande fokus på de formella kraven medför uppenbara risker att andra krav, behov och affärsmöjligheter åsidosätts. Från det att köparen har annonserat sitt behov och sina krav har säljaren många gånger endast behövt uppfylla de formella kraven. Genom att i princip visa sig läs- och skrivkunnig klarar sig anbudsgivaren i dessa fall från att utsorteras pga formaliafel i sin ambition att skapa en affär. De anbudsgivare som uppfyllt de formella kraven har i nästa steg mötts av ett underlag som allt för ofta är baserade på icke marknadsanpassade krav eller utformade efter gamla lösningar. Leverantörer vittnar också om att man, baserat på kunskap om den formella och juridiska processen, enligt rekommendation väljer att följa processen och svara på förfrågningsunderlag såsom det är utformat, även om man vet att det är obsolet och med största sannolikhet kommer behöva omförhandlas i samband med leverans. Eftersom processen inte tillåter att upphandlingen avviker från underlaget tvingas leverantören till att godkänna affären för att i ett långt senare skede, efter kontraktskrivning, omförhandla och presentera mer effektivare och för köparen mer tilltalande lösningar.

I andra fall handlar det om prispressade upphandlingar där priset inte ställts i relation till kvalitet eller att det efterfrågade priset inte anses vara rimligt. Följden av detta har blivit att den offentliga sektorn många gånger fungerat som stimulansfaktor till svart arbetskraft, s.k. social dumpning, eller gynnat anbudsgivare som är mest kreativa på att tolka avtal och avtalsbrister. Dvs. den som känner till att avtalsuppföljning är mycket bristfällig, inte sällan obefintlig, ges goda möjligheter att delta även om denne aldrig haft för avsikt att följa avtalsvilkoren. I de fall det saknas fungerande internkommunikation hos den upphandlande parten kan dess leverantörer upprätta mer eller mindre egna avtalsvillkor och räkna med att de inte kommer upptäckas. Därtill kan även felaktiga fakturor och icke avtalad prissättning användas med minimal risk för upptäckt. Dessa effekter är naturligtvis

---

<sup>9</sup> EG direktiv Offentlig upphandling inom försvars- och säkerhetsområdet, 2009/81/EG; Offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster, 2004/18/EG; Ändring av rådets direktiv vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling, 2007/66/EG; Prövning av offentlig upphandling av varor, bygg- och anläggningsarbeten, 89/665/EEG; Offentlig upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, 2004/17/EG.

Beträffande EG-principerna om icke-diskriminering, likabehandling, proportionalitet, öppenhet och ömsesidigt erkännande, se artiklarna 18, 34, 35, 49 och 56 i EUF-fördraget (om EUs funktionssätt).

<sup>10</sup> Open Source litteraturen är omfattande. Se t.ex. om licensieringsmodellerna och förhållandet mellan slutanvändaren och utvecklaren, vilket i detta sammanhang också är en högst intressant vinkling och ännu inte behandlat område. *Open Source Software Licenses: Perspectives of the End User and the Software Developer*, White Paper By Paul H. Arne; Morris, Manning & Martin, L.L.P.



direkt skadliga för konkurrensen och skapar affärsmöjligheter som inte torde ligga i linje med lagstiftarens avsikt med den offentliga upphandlingsmodellen och dess lagstiftning.

## 2.6 Den endimensionella formeln för en offentlig affär

Den klassiska beskrivningen av den offentliga affären är baserad på en endimensionell och formell upphandlingsprocess där själva anbudsprocessen ställts i fokus. Diskussionen kretsar kring:

1. hur upphandlingen ska annonseras för att anses vara allmänt tillgänglig och vilken information som ska framgå av annonsen,
2. hur ett förfrågningsunderlag ska vara uppställt för att uppfylla grundprinciperna (om transparens, likabehandling, icke-diskriminering och proportionalitet) och vad det ska innehålla för att anbudsgivaren ska kunna förstå vad som efterfrågas och svara på rätt sätt utan och undvika uteslutning pga. av formella fel,
3. att urvalskriteriet "lägst pris" använts alltför ofta och på sådant sätt att den offentliga affären kommit att handla om rena prisupphandlingar där kvaliteten förbisetts, i såväl kvalificerings- som utvärderingskraven,
4. att uppställda formella krav blivit föremål för allt fler överprövningar där upphandlaren inte klarat av att skapa ett förfrågningsunderlag i enlighet med vad lagen föreskriver, eller att överprövningar sker baserade på de konkurrerande anbudens felaktigheter både utifrån lag och ställda krav.

I denna processbild som kommit bli en standard, använd i olika form av de flesta aktörer inom den offentliga upphandlingen de senaste femton åren, är avsaknaden av de affärspåverkande delmomenten tydlig. En väl spridd och ur detta perspektiv riktig uppfattning, är att den offentliga sektorn och dess upphandlingar mer handlar om juridik och eventuella överprövningar än om affärer. Detta understryks också i Upphandlingsutredningens slutrapport, *Den goda affären*, SOU 2013:12. I denna vågar utredningen gå så långt i sin analys att det är juristernas fel att vi inte har en bättre fungerande offentlig marknad. Ett kompletterande perspektiv som bör läggas till detta är att upphandlingsrätten i sig genom sin prioritering och konstruktion också givit utrymme för subkulturer i form av affärsverksamheter som utbildning och konsultering m.m. att verka i dess omedelbara närhet, för att inte säga epicentrum.

## 2.7 Mytbildningen om förbjuden påverkansmöjlighet

En allmän bild som har stärkt denna situation är att den som vill påverka sina möjligheter till en offentlig affär gör sig icke besvär eftersom de som beslutar om vem som ska få bli leverantör till det offentliga "inte ens får föra en dialog". Den offentliga upphandlaren har många gånger bekräftat denna bild genom att inte vara tillgänglig eller delta i aktiviteter där man skulle ha kunnat bli anklagad för att ha blivit påverkad. Återigen av hänsyn till risken för överprövning. Här råder med andra ord en försiktighetsprincip som föranleder en isolering från marknadsnärvaro i syfte att upprätta en tillitsfull roll som representant i en rättvis och likabehandlande organisation. Bäst hålla sig helt ifrån möjligheten till påverkan alltså, även om den skulle vara tillåten, och därigenom visa att ingen leverantör förfördelas och att det därigenom också skulle saknas anledning att begära överprövning.

Denna felaktiga, eller i överkant försiktiga, uppfattning har kraftigt påverkat även beställaren som många gånger hänvisat till att man inte kan eller får diskutera en affär med en potentiell leverantör. Den har också påverkat leverantörerna som inte ansett sig ha anledning att investera i sedvanliga marknads- och affärspåverkande aktiviteter. Konsekvensen av denna felaktiga tolkning har delvis lett till att marknadsavdelningar på både mindre som större företag inte har ansett sig ha anledning att se den offentliga affären som en del av en marknad utan bara som en juridisk upphandlingsprocess. Flera företag investerar därför inte i möjligheterna att vinna en affär. Många

vittnar om att det är främst av denna anledning man också valt att helt stå utanför anbudsgivning i den offentliga sektorn. I denna mening är därför den formella upphandlingsprocessen ett misslyckande.

Främsta skälet härtill är att den utgör - när den likställas med en marknad - ett kontraproduktivt instrument som diskvalificerar det privata näringslivets uppfattning om affärsprocess och marknad (dvs. det utrymme där leverantören annars kanske oftast är verksam). En affärsprocess som inte tar hänsyn till hela bilden kan uppfattas som avvisande och avskräcker från ett annars naturligt intresse av att delta i densamma.

På motsvarande sätt har köparen förletts tro att det egna inköpet är en konsekvens av en juridisk process och därmed en fråga för upphandlingsexperter istället för de affärskunniga - ledningen och verksamhetsstyrningen. Ett tydligt bevis på detta är den omfattande mängden upphandlingsexperter som marknaden erbjuder. Dvs. de konsulter som ska hjälpa leverantörerna att göra affärer på den offentliga marknaden. Dessa konsulter är också i uteslutande grad jurister och inte främst affärsmän eller affärskvinnor. Många är dessutom f.d. upphandlare eller sakkunniga från myndigheter och verk. Deras affärsbakgrund från det icke formellt styrda sättet att göra affärer, eller det privata näringslivet om man så vill, är därmed ringa och förmågan eller erfarenheten av att engagera annan ansvarig hos leverantörerna än den enskilde Bid Managern är därför också begränsad. Leverantörens juridiska avdelning kan vara mottaglig för det språk och de processer som upphandlingsexpertisen beskriver. Däremot ter sig marknadsavdelningens intresse eller förmåga att ta till sig dessa konsulter budskap närmast obefintligt. Alldeles för många beslut tas således med hänsyn till de formella kraven i stället för de affärsmässiga.

## 2.8 *Låg statusnivå hos centrala befattningar*

Det är också därför som de två befattningarna som gör upp om den offentliga affären (upphandlaren och leverantörens Bid Manager) inte har egna resurser att påverka densamma och allt för ofta allmänt uppfattas som att de inte ges en prioriterad roll i den egna verksamheten och ledningsgruppen. Även inom utbildningsväsendet lyser prioriteringen av den offentliga affären med sin frånvaro. Vissa högskolor/universitet ser till att studentuppsatser skrivs kring varierande frågor i ämnet. Men vid sidan om någon enstaka specialkurs vid juridiska eller ekonomiska fakulteter saknas det egentlig högskoleutbildning eller motsvarande både för den som vill bli offentlig upphandlare eller den som vill bli Bid Manager. Det saknas alltså egentliga möjligheter till utbildning på högre akademisk nivå för de två rollinnehavarna som årligen gör upp om affärsmöjligheter till värden långt över 500 miljarder kronor eller närmare 18 % av landets BNP. Det tarvar till inte bara eftertanke utan också skyndsamma åtgärder.

Det är också därför vi ser att många som är verksamma inom offentliga inköp visar sig ha anlag för eller intresse av att vara juridiskt skriv- och läskunniga eller innehar särskild erfarenhet från vissa affärsområden/branscher. Det är dessvärre långt ifrån lika vanligt med utbildning i ekonomi, affärsprocesser, metodik, logistik och övriga centrala affärsrelaterade områden.

En grundförutsättning inom den offentliga upphandlingen är och har länge varit att den ska leda till den goda affären. Detta mål har även varit uttryckligen reglerat i lagtexten fram till senaste lagtextförändringen som skedde år 2010, genom SFS 2010:571 LOU respektive SFS 2010:572 LUF.<sup>11</sup> Vad som närmare avses med "den goda affären" eller hur den skulle kunna mätas har självklart aldrig kunnat beskrivas närmare i lagtext. Det omfattande och subjektiva

---

<sup>11</sup> I LOUs tidigare version angavs (i huvudregeln 1 kap 4§) att upphandlingen skulle vara "affärsmässig".

tolkningsutrymmet av vad som är en god affär har också ansetts vara skälet till att allmänna regler härom har utgått i de senare versionerna av upphandlingslagstiftningen.

### 2.9 *En heltäckande upphandlingsprocess - finns den?*

Man kan verkligen ställa sig frågan om det finns en heltäckande upphandlingsprocess. Kanske är till och med frågan felställd och kan besvaras jakande med den reservationen att frågan i stället bör omfatta hur den egentligen ser ut. En starkt bidragande orsak till osäkerheten om processen är sannolikt alla de överprövningsprocesser och avtalstvister som baseras på att ställda krav inte går att följa upp och som medfört en diskussion kring att avtalen måste ha bättre förankring i den efterfrågade varan eller tjänstens normalsituation på sin marknad. Kravställningen måste med andra ord vara både relevant som uppföljningsbar (vilket ju också klart framgår av gällande domstolspraxis<sup>12</sup>). Det senare är också grunden för att diskussionen kring avtalsuppföljning i allt större utsträckning kopplas ihop med den offentliga affären och en sund offentlig ekonomi. Det räcker inte längre med att prestera ett förfrågningsunderlag som håller för en överprövning utan det måste leda till ett avtal som reglerar att den efterfrågade produkten eller varan verkligen är den som köps in och att detta görs med den kravställda kvaliteten och till rätt pris. Avtalsuppföljning blir därför av ännu större vikt för att inte i efterhand sätta de grundläggande villkoren enligt upphandlingsrätten ur spel och genom undermåliga avtal tillåta att konkurrensen snedvrids till de bolags fördel som har de mest kreativa affärslösningarna.<sup>13</sup> Risken för att den upphandlande parten gör en korrekt avtalsuppföljning med efterföljande hävning pga. brott mot avtalsvillkoren, är närmast minimal. Anledning till att avtalsuppföljningen brister kan dels vara att det sällan finns någon som har denna arbetsuppgift men dels också på att avtalen i sig inte är tillräckligt tydligt utformade. Till affären hörande avtalsfrågor har istället underprioriterats och klarats av tillsammans med övriga frågor i samband med utformningen av det formella förfrågningsunderlaget.<sup>14</sup>

### 2.10 *Att se det offentliga köpet som en affärsprocess*

En normal affärsprocess innehåller, oavsett marknad, omfattande insatser inför själva affären genom att man kartlägger behov, utbud, konkurrens samt aktuella pris- och kvalitetsaspekter. Detta arbete tar olika lång tid beroende på vilken typ av vara eller tjänst som ska köpas in. Affärsbeslutet i sig skiljer sig också åt beroende på vad det är för problem, behov eller idé som ligger till grund för inköpet. Dessa processer är självklara och allmänt kända när det gäller affärer mellan företag eller vid konsumentinriktade affärer. För den offentliga sektorns vidkommande har processerna för dessa moment många gånger saknats. När de någon gång stöts på har de funnits definierade i styrdokument och policier men sällan satts i ett sammanhang där man kopplat dem till en fungerande upphandlingsprocess som resulterat i en god affär. Detsamma gäller beträffande avtalsuppföljning. Oavsett om vi ser till köparen eller säljaren är det allt för ofta så att avtalet, när det väl är skrivet, inte används aktivt på det sätt som är möjligt, nämligen till att bevaka, kontrollera, styra eller "navigera" affären.<sup>15</sup> Dvs. båda parter har en bild av att när väl avtalet är

<sup>12</sup> Se t.ex. EG domarna i Mål C-513/99 Concordia (finska bussmålet) respektive kravet på kontrollbarhet i Mål C-448/01 EVN AG (Krav på el från förnybara energikällor).

<sup>13</sup> kreativa genom att t.ex. medvetet kalkylera kring affärsrisker med att erbjuda leveransvillkor som man ändå inte tänker följa, se avsnitt 2.5 ovan.

<sup>14</sup> Se t.ex. det i media nyligen uppmärksammade fallet där en leverantör av s.k. coachningstjänster till arbetsförmedling genom avsaknad av kontraktsuppföljning kunnat erhålla full ersättning enligt avtal utan att leverans skett enligt reglerade villkor i samma avtal.

<sup>15</sup> Det finns många situationer som vittnar om riskerna med att inte exekvera och praktiskt tillämpa ett ingånget avtal i den praktiska verksamheten. Väl tecknat är den ansvarige upphandlaren ofta nöjd med att lägga in sitt avtal i någon form av intern avtalsdatabas. Leverantören å sin sida ramar in avtalet och gläds över att man är duktigare än övriga leverantörer och sedan sitter man och väntar på att någon skall ringa för att beställa.

klart är också affären avklarad. Istället är det först då upphandlingen eller inköpet kan beskrivas som färdigställd eller avslutad. Detta visar sig också i en modern upphandlingsprocess där den upphandlande organisationen jobbar aktivt med att informera internt om att det finns ett avtal och att man ska avropa enligt villkoren häri. Leverantörer arbetar aktivt med att följa upp sitt avtal både genom att marknadsföra att man har vunnit avtalet som att man följer upp i vilken utsträckning man har fått de affärer man har rätt till. Ett inom den privata sektorn ofta diskuterat tema är processer för s.k. kategoristyrning. Det innebär kortfattat att både köparen och säljaren kontinuerligt följer hur affären – det man kommit överens om enligt avtal – utvecklas. Man har löpande kommunikation, avstämningstidpunkter, tillfällen att korrigera (navigera) affären vilket ger ett självklart fokus på själva genomförandet. Detta förhållningssätt avviker väsentligen från gängse arbetsmetoder och är ytterst sällan ett annekterat förhållningssätt inom den offentliga upphandlingen.

Både den förberedande fasen som den efterföljande fasen i denna mer moderna upphandlingsprocess sträcker sig över en tidsperiod som många gånger överstiger den tid själva upphandling tar, överprövningsprocesserna inberäknade.

### 3 Den offentliga marknadens framväxt

#### 3.1 Hur stor är den offentliga marknaden?

Det är också först på senare år som det har blivit en diskussion kring hur stor den offentliga affären egentligen är. Ett värde som ingen med säkerhet kan säga hur stort det är eller vad det består av. De siffror som används idag utgår från Konkurrensverkets uppskattningar. Konkurrensverkets angivna storlek på den offentliga affären baserar sig på en kombination av ett uppskattat avtalsvärde för de större upphandlingar som svenska upphandlande enheter annonserar i TED-databasen tillsammans med ett framräknat värde i form av en andel om 16-18 % av BNP.<sup>16</sup> Osäkerheten om hur omfattande den offentliga upphandlingen egentligen är och vikten av att få närmare kunskap härom bekräftas bland annat av den statliga upphandlingsutredningen avseende frågan om hur man skulle kunna få fram bättre statistik. Utan korrekt underlag kring hur många affärer som görs, hur stora de är samt vilka som gör dem riskerar alla former av analyser och försök till förbättringsåtgärder att bli felaktiga när de idag fattas på ytterst osäkra eller kanske rent av felaktiga grunder.

Dagens Samhälle har sedan 2011 tagit fram en populärversion i form av en sammanställning över den offentliga affärens värde.<sup>17</sup> Denna utgår från samma underlag som Konkurrensverket avseende grunddata med adderat underlag från kommunala och landstingsägda bolags räkenskaper. Med grund i dessa data kommit fram till att värdet borde uppgå till ca 850 miljarder per år. Ett värde som är ca 200 miljarder större än Konkurrensverkets beskrivning, dvs. en skillnad som utgör ca 5% av hela Sverige BNP. Men fortfarande är båda dessa siffror bara ett antagande. Det är således ingen som med säkerhet vet hur stort det offentliga affärsvärdet egentligen är.

#### 3.2 Marknadsbegreppets framväxt – B2G blir B2P

En anledning till att den offentliga upphandlingen har varit kvar i sin endimensionella modell av en upphandlingsprocess är sannolikt till stor del beroende på att aktörerna som varit berörda av denna process inte har talat om den offentliga sektorn och dess affärer såsom en marknad.

<sup>16</sup> Se Konkurrensverkets rapport 2012:6, sid 63. Noterar att detta är siffror från år 2006.

<sup>17</sup> A.a.

Vad är då en *marknad*? Inom den ekonomiska doktrinen finns en rad beskrivningar och enkelt uttryckt kan man säga att *marknad* är relationen mellan tillgång och efterfrågan. Med *marknad* avses också en abstrakt beskrivning med sikte på den vara eller tjänst som är föremål för handel, eller en överenskommelse mellan två eller fler parter om en sak eller tjänst eller annan uppgörelse.<sup>18</sup>

Sedan 90-talet då definitionerna B2C och B2B blev allt mer använda för att beskriva på vilken marknad ett bolag agerade på, har även sedan en tid definitionen B2G - Business to Government använts. Denna beskrivning har sällan kopplats till den offentliga upphandlingen utan först och främst handlat om att beskriva offentligas affärer inom lobbyingverksamheten i Bryssel. Möjligen har det också kommit till användning för större kontrakt avseende infrastruktur eller andra viktiga samhällsfunktioner. De ca 280 000 leverantörer som varje år gör affärer med offentlig sektor (se t.ex. DoubleChecks rapport<sup>19</sup>) har sannolikt inte identifierat sig med begreppet B2G eller använt sig av denna definition för att beskriva sin egen verksamhet. Däremot är det mer vanligt att dessa företag beskriver att de är ett B2C-företag eller ett B2B-företag som dessutom gör affärer med ”det offentliga”.

Vi vill understryka att det självklart inte är en akronym eller ett enskilt begrepp som är avgörande för om en marknad fungerar eller inte, men det finns en viktig funktion i hur den offentliga sektorns affärer beskrivs för att intressera och attrahera den typ av beslutsfattare och dess resurser, både personella som ekonomiska, som en marknad av den storleken förtjänar. Den offentliga affärens totala värde uppgår sannolikt till över 1 000 miljarder om samtliga köp som görs varje år av de ca 3 800 (siffror från SCB via KKV:s rapport) upphandlingspliktiga enheterna räknas ihop.<sup>20</sup>

Det är dock av vikt att kunna definiera en marknad för att intressera och attrahera de aktörer som normalt är engagerade i affärsprocessen när det gäller B2C och B2B. Ett ökat deltagande stärker och ökar konkurrensen som också är det mest grundläggande intresset för den offentliga marknaden. Marknaden består av inköp som omfattas av upphandlingsrätten och inköp som görs med stöd av andra lagar och förordningar. Som exempel kan nämnas utförande av grundskoleutbildning, inköp av läkemedel och tandvård m.m. Dessa inköp/kostnader är viktiga att inbegripa i definitionen och i *det verkliga värdet* av den offentliga marknaden, även om de vid en första anblick syntes falla utanför upphandlingsreglerna. Framför allt är detta viktigt för att på sikt kunna mäta effekterna av eventuella reformer. Utan kunskap om marknadens storlek och dess aktörer är det omöjligt att kunna mäta effekten av en reform som till exempel LOV.<sup>21</sup> Med mer utförlig och grannliga statistik hade det varit möjligt att mäta effekten av dessa typer av reformer. Oavsett vilket nyckeltal vi hade valt.

I vår definition av den offentliga marknaden ingår därför alla kostnader som hanteras via den offentliga partens leverantörsreskontra oavsett hur denna kostnad är finansierad eller upphandlad. Dvs. affärer som görs med den offentliga sektorn är att klassas som B2P oavsett hur de är upphandlade. Dessa affärer utgör ett värde som är viktigt att synliggöra för att skapa en ökad förståelse för betydelsen av en fungerande offentlig marknad.

---

<sup>18</sup> Se t.ex. Nationalencyklopedin

<sup>19</sup> Se DoubleChecks marknadsinstituts rapport Offentliga marknaden 2013

<sup>20</sup> Se t.ex. Konkurrensverkets rapport *Siffror och fakta om offentlig upphandling*, 2012:6

<sup>21</sup> Lag (SFS 2008:962) om valfrihetssystem (LOV)

### 3.3 Varför är det viktigt att synliggöra hela den offentliga marknaden?

En delvis dold bild av den offentliga marknaden medför risk för ineffektivitet i nyttjandet av resurser men öppnar också möjligheter för mindre seriösa företag att sko sig på bekostnad av de seriösa. Om inte den offentliga marknaden själv förstår vikten av att samtliga affärer och inköp görs tillgängliga och att information om värdet av dessa samt vad man köper in och från vem måste vara transparent, kommer det alltid finnas risker för att den tänkta konkurrensen snedvrids. Detta medför, förutom risk för ökat antal oseriösa leverantörer, även ökade risker för att beslutsfattare missbrukar sin position och accepterar ersättning vid sidan av den egentliga affären. Även om denna förståelse finns är det viktigt att man accepterar att upplåta information till marknadens aktörer för att låta dem själva bidra till uppföljning av att köp görs på rätt sätt av seriösa leverantörer. Med ökad tillgänglighet kring affärsinformation kommer leverantörer i högre grad kunna bidra till ökad avtalstrohet, motverka otillåtna direktupphandlingar, skapa ökad konkurrens och därmed effektivare användning av våra skattemedel. En tjänstemans inställning till hantering av information, som på något sätt kan användas av extern part för att skapa bättre användning av våra skattemedel, måste vara att vilja tillhandahålla informationen i syfte att få hjälp med granskningen. Inte som det många gånger är idag att man försvårar tillgängligheten, kanske pga. rädslan att själv bli granskad och avslöjad att ha gjort fel. Eller i värsta fall, utifrån ett behov av att demonstrera sin makt försvåra processen genom att gömma sig bakom tvetydiga eller omodernt formulerade skrivelser. Frågan om ökad tillgänglighet av information inom EU är därför ytterst viktig i arbetet med att få till en fungerande offentlig marknad. Med ökad tillgänglighet till information kan fler aktörer tillsammans bidra till att synliggöra hur resurser används och var i systemen det råder ineffektivitet samt därmed bidra till en sammantaget väsentligen bättre offentlig ekonomi.

## 4 Den offentliga marknadens affärsprocess

### 4.1 "Presale"

Varje affär tar normalt sitt ursprung i ett behov, i ett problem eller i en idé. Oavsett vilken av dessa tre anledningar som initierar affären är processen ungefär densamma för var typ av offentlig verksamhet. Den inledande fasen av en offentlig affär är i de flesta fall offentlig och pågår under en längre period. De personer som är involverade i besluten som leder fram till anbudsprocessen är, som vi skall se nedan, i högsta grad tillgängliga och därmed också påverkbara för utbyte av relevant och konkret information eller kunskapsöverföring. Dessa personer bör också vara mottagliga för påverkan för att beslutsprocessen ska leda fram till en god affär. Detta gäller oavsett om det handlar om att fatta ett snabbt beslut om direkt åtgärd eller om det handlar om förvärv av kunskap från marknadens aktörer om vilka krav som bör ställas i den kommande upphandlingen. Denna del av affärsprocessen är olika lång beroende på anledning till att ett inköp ska göras eller hur komplex vara eller tjänst som ska köpas in. Ett normalförfarande i en kommun är mellan 6 månader till 4 år. Det finns därmed i nästan alla situationer gott om tid för att påverka vad som ska köpas in samt hur inköpet ska gå till (inklusive utformning av underlag för det som skall upphandlas).

För att en marknadsavdelning ska kunna värdera i vilken typ av process man ska investera för att bäst kunna påverka den offentliga affären måste man först definiera vilka olika delar som ingår i respektive fas. I fasen *Presale* för den offentliga marknaden, ligger huvuddelen på aktiviteter och insatser som kan påverka den kommande affären i att känna till hur beslutsprocessen går till, vem som är påverkare, vem som är beställare och utförare av själva upphandlingen. De två förstnämnda

rollerna kan vara lite svårare att identifiera än de utsedda upphandlarna.<sup>22</sup> Den som är den egentliga inköparen är ofta kopplad till ett verksamhetsansvar. Många gånger är attesträtten dock delegerad långt ut och ned i organisationen vilket innebär att ca 10 % av antalet anställda i en kommun eller i ett landsting har någon form av inköpsfunktion. Påverkarna är i politikerstyrda organisationer lättare att identifiera via olika nämnder som är tillsatta för att se över och utveckla den egna verksamheten genom styrbeslut och granskning. I andra offentliga organisationer kan det vara svårare att identifiera dessa påverkare och beställare. Vilka som har dessa roller beror dels på personlighet och dels på vilken typ av problem eller behov som är aktuellt.

Sammantaget är att dessa olika grupper av personer är i deras roll ytterst viktiga i den offentliga upphandlingen och också påverkningbara. En del nås genom traditionell marknadsföring eftersom de behöver upplysas om alternativa lösningar och leverantörer. En del är öppna för att ta hjälp i behovs- och marknadsanalyser för att de vill ställa bättre krav i den egna upphandlingen. Därmed har vi sammanfattat två av tre delar som är intressanta och relevanta att investera i genom marknadsbudgeten, i syfte att påverka den goda offentliga affären, B2P.

Den tredje aktiviteten är olika former av *bevakning*. Den vanligaste formen, som också ofta tyvärr är den enda investering en leverantör gör idag för att skaffa sig fler offentliga affärer, är bevakning av upphandlingsannonser. Det finns ett stort utbud av olika privata tjänster som sammanställer de annonser som avser offentliga upphandlingar. Som enskild företagare kan man också bevaka offentliga organisationers hemsidor där information ges om affärer, både i form av vanliga annonser om att en upphandling är utlyst som i form av s.k. förhandsannonsering om kommande planerade upphandlingar.

I både upphandlingsutredningen och i upphandlingsstödsutredningen<sup>23</sup> har diskussionen kring att ”förstatliga” dessa annonstjänster förts i syfte att öka tillgängligheten. Upphandlingsutredningen har kommit fram till en gyllene medelväg med ett förslag kring ett auktorisationsförfarande. Dvs. att man från statligt håll godkänner de annonstjänster som ska användas även om de drivs vidare av privata aktörer. Kraven kommer att vara att dessa tjänster delar med sig av varandras information samt att de ställer upp på att lämna statistik till staten. Den delen av bevakning som få använder sig av men som görs med stor framgång är bevakning av beslutsprocesserna. Med stöd av Tryckfrihetsförordningen och reglerna om allmänna handlingars offentlighet (TF 2 kap) är det idag möjligt att både samla in och ta del av viktiga beslut som ligger till grund för kommande upphandlingar. Dessa beslut är i de flesta fall tillgängliga elektroniskt via publicering på den upphandlande partens hemsida. Dessutom är de tillgängliga långt före själva upphandlingsannonsern är ett faktum. Det finns redan idag företag som erbjuder tjänster som hjälper till med denna bevakning på så sätt att man, likt annonsbevakningstjänsterna, prenumererar på information som berör den egna branschen och de varor och produkter som man erbjuder. I många fall kan denna tjänst även fungera som en varumärkesbevakning där man tidigt kan fånga upp om det uppstått problem i en offentlig verksamhet och om detta relateras till ett specifikt företagsnamn.

---

<sup>22</sup> I sammanhanget skall nämnas att det är lätt att förvillas om vem som är vem när till och med intresseorganisationen för Sveriges alla upphandlare kallar sig för Sveriges offentliga inköpare, SOI, trots att de sannolikt till mesta dels utgörs av den grupp av tjänstemän som gör minst antal inköp.

<sup>23</sup> Se Upphandlingsstödet framtid, (SOU 2012:32)

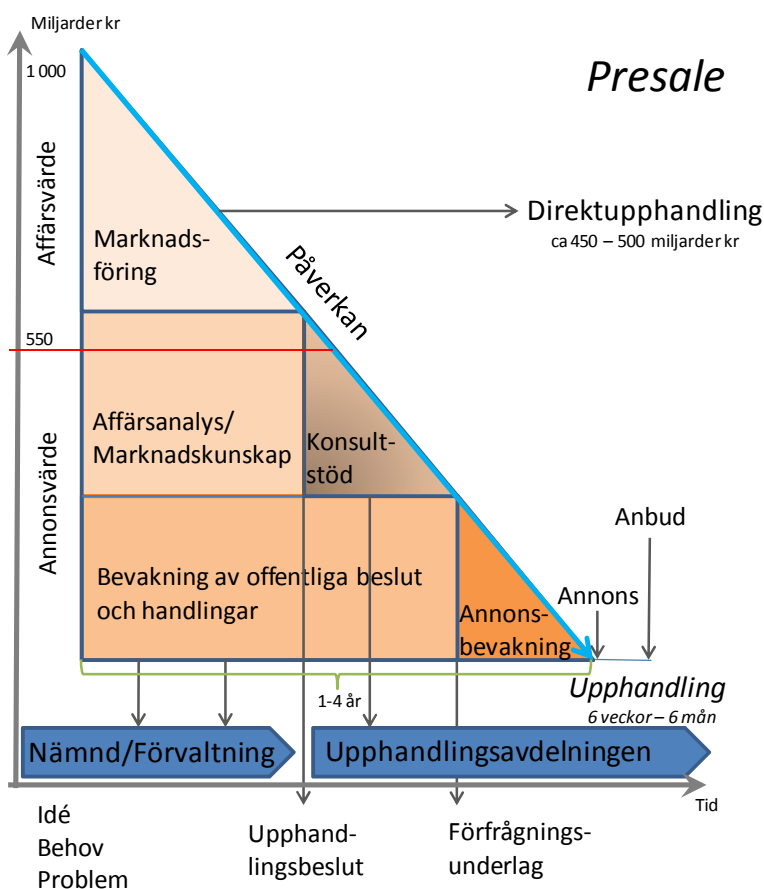


Bild 2 Marknadsföringsåtgärder som föregår den formella upphandlingsprocessen

#### 4.2 Bevakning under s.k. Presale

Den fas som föregår själva upphandlingsprocessen, *Presale*, har det gemensamt med själva upphandlingsprocessen att alla de typer av roller som återfinns i definitioner av privata marknader även återfinns i denna beslutsprocess. Det gäller oavsett typ av vara eller tjänst som ska upphandlas. Dvs processen som leder fram till vad som ska köpas in är näst intill identisk med själva inköpsprocessen i sig. Skillnaden är att de beslut och de personer som är involverade häri i princip alltid är offentliga. Det finns därmed betydligt större möjligheter för en leverantör att genom bevakning, eller *Business Intelligence*, skaffa sig kunskap om vem som har vilken roll i en offentlig beslutsprocess. Därtill även hur besluten fattas och i vilken ordning. Dessutom är själva besluten och de viktiga handlingarna som föregår dem till största delen allmänt tillgängliga. Exempelvis kan de flesta olika offentliga beslutsprotokoll hittas på respektive kommuns eller annat offentlig parts hemsida eller hos registrator. I alla fall i Sverige kan de nästan samtliga begäras ut som utskrifter enligt reglerna om allmänna handlingars offentlighet.<sup>24</sup>

Den andra delen av bevakningsfunktionen är den mer *traditionella bevakningen* av upphandlingsannonser. Denna funktion och dessa tjänster är välutvecklade men också komplexa. Det behövs ofta en djup kunskap om den offentliga marknadens definitioner och aktörer för att kunna ställa in bevakningstjänsterna på bästa sätt. Effekten av en väl inställd tjänst resulterar dock,

<sup>24</sup> TF, Tryckfrihetsförordningen 2 kap.



tack vare det stora antalet upphandlingar, i många dagliga notiser med information om nya möjliga och passande affärer.

### 4.3 Affärs- och marknadsanalys

De företag som på något sätt skaffat sig information kring vad som är kommande behov hos upphandlande part eller vilka problem som behöver lösas kan med en grundläggande kunskap om hur den offentliga beslutsprocessen fungerar göra analyser över hur man på bästa sätt kan påverka att en kommande affär verkligen omfattar den egna varan eller tjänsten. Beslutsprocessen och kravställningen inför en upphandling görs av beställarna i den offentliga verksamheten. Beställaren kan vara den som lägger uppdraget inom organisationen om att genomföra en upphandling, eller vara den som till största del påverkar den som lägger detta uppdrag. Dessa personer är inte svåra att identifiera och de flesta av dem är inte heller svårtillgängliga. Svårigheten ligger i stället i hur och vad man bör eller kan föra fram sitt budskap och sin branschkunskap för att inte tangeras begrepp som otillbörlig påverkan.

Att det är omodernt och icke affärsmässigt korrekt med mutor och bestickning är en självklarhet hos de flesta idag. Anledningen till att de dock fortfarande ändå förekommer är dels att den offentliga upphandlingen i dessa fall dras med en icke fungerande transparens. Bristande transparens uppstår enklast i de situationer där den enskilde tjänstemannen inte ser det som en naturlig del att göra allt man kan för att låta fler parter bistå i saneringen och i bedömningen av om allt gått rätt till. Dels beror det även på att den offentliga affären fortfarande inte utgör en tillräckligt tydlig ledningsfråga. Avståndet är alltså många gånger för långt mellan den som fattar beslut om investering och den som i daglig verksamhet sköter upphandlingen. Denna, låt oss kalla det sanktionsbrist (bristande sanktionering av beslut i organisationen), är vanligt förekommande hos både säljare och köpare. Både den som ska skapa handlingarna för den kommande upphandlingen som den som ska lägga själva anbuden - Bid Managern - är funktioner som ofta bemannas av personer som antingen har visat ett särskilt intresse av och kanske en förmåga för att skriva byråkratisk text snarare än ett huvudintresse av att göra affärer. Med andra ord, den formella upphandlingsprocessen är grunden för att företräde ges för byråkrati framför affärsintresset även när det gäller personalrekryteringsfrågor. Upphandlingsområdet syntes inte heller prioriterat eftersom ingen av dessa funktioner i normala fall har en tydlig akademisk profil eller utbildning till grund för den aktuella professionen.

I det analysarbete ett företag har att göra ingår också att involvera den egna marknadsavdelningen i att fatta strategiska beslut om vilken marknadsandel man vill ha på den offentliga marknaden. Andelstalet kan i högsta grad påverkas och är inte något som bara uppstår eller inte. Idag är det allt för få marknadsavdelningar som besitter kvalificerad kunskap om den offentliga marknaden och hur den fungerar. Flertalet större företag som har en betydande andel av sin omsättning baserad på offentliga affärer har trots det en omedvetet snedvriden marknadsbudget. De investeringar som marknadsavdelningar gör varje år för att påverka det egna företaget möjligheter till ökade affärer eller ökad trovärdighet, på den offentliga marknaden, genom att till exempel försöka stärka det egna varumärket, står inte alls i proportion till de intäkter som de offentliga kontrakten ger. En huvudanledning här till är den i princip totala avsaknaden av sammanställd marknadsinformation. Detta trots att nästan all information är tillgänglig genom insynsskyddet och reglerna om allmän offentlig handling. Tillsammans med en stor okunskap om att den offentliga affären faktiskt är en del av en marknad och inte en konsekvens av juridiska styrdokument gör att de myter som finns kring den offentliga affären faktiskt ändå lever kvar in i de annars så affärskunniga marknadsavdelningarna. Sannolikt består en del av denna situation också av att den offentliga

affären inte är en ledningsfråga på samma sätt som den inte är det i den offentliga sektorn. Därför saknas det oftast strategier och idéer kring hur man kan påverka den egna offentliga marknaden.

Vad bör man då göra som insiktsfull marknadsavdelning? Det första är att ta fram underlag som visar på hur stor den egna marknaden är. Det andra är att sammanställa information om hur affärerna görs och av vem. Vilka konkurrenter finns, hur stor är deras marknadsandel samt vad har varit avgörande för att de vunnit sina affärer? Alla dessa frågor kan besvaras med hjälp av de på marknaden befintliga tjänsterna som sammanställer tillgänglig offentlig marknadsinformation. Med detta tillförlitliga underlag kan strategiska expansionsplaner utformas och ett mer systematiskt affärspåverkande arbete inledas i syfte att öka sin andel affärer på den offentliga marknaden.

#### 4.3.1 Marknadsföring

Den typ av marknadsföring som är aktuell och effektiv i fasen före själva upphandlingen bör vara av varumärkesstärkande karaktär för att skapa en ökad tillit kring en produkt eller vara som kan bli aktuell för en kommande upphandling. Den stora mängd av beställare och inköpare som finns i den offentliga sektorn är både mottagliga för och intresserade av att känna till de alternativ som finns att tillgå på marknaden. Framför allt finns det ett kunskapsbehov som kan mötas med väl genomtänkta kampanjer och marknadsaktiviteter. Det är inte sällan som en beställare har specifika önskemål i de interna beställningar som lämnas till upphandlingsavdelningen inför kommande upphandling. Det är också viktigt att tänka på vilken typ av aktivitet som kan vara lämplig. Traditionell varumärkespositionering via tidningar eller Internet fyller en viss funktion för igenkännandet men oftast har det visat sig effektivare att skapa möjlighet till möte och dela med sig av sin kunskap (genom att till exempel bjuda in till samtal, seminarier eller workshops). Ett annat sätt är att ta fram förslag på förfrågningsunderlagens delar som visar vad som kan vara lämpliga och rimliga krav att utvärdera vid sidan av priset. Inom vissa områden kan det också vara bra att föreslå de skallkrav som bör ställas för att se till att de kvalificerade företagen i värderingsfasen följer marknads och branschens grundkrav. Upphandlande parter saknar oftast kunskap om denna typ av krav och kan därför behöva anlita externa konsulter för att konkretisera sina behov i dessa delar. Om det däremot redan finns en viss kännedom om olika val eller krav att ställa är det nära till hands att den anlitate konsulten tar hänsyn till detta i sitt arbete. Här kan noteras att den omständighet att upphandlande part har lång erfarenhet av en viss typ av upphandling (och genomfört den på liknande sätt flera gånger om) inte nödvändigtvis behöver innebära att kravställningen överensstämmer med den nivå och det sätt som leverantörerna är vana vid genom verksamheten i den privata branschen. Tidpunkten då marknadsföringen inte längre har effekt är när upphandlingsdelen väl har fått uppdraget att göra en upphandling.

För den del av köpen som inte omfattas av en regelrätt annonserad upphandling är marknadsföringen av central vikt. Det som avgör om man som leverantör någon gång ges en direktupphandling beror många gånger på hur välkänd man är hos de enskilda beställarna. Därför är det som säljare viktigt att använda kunskapen om vem som beställer och hur de beställer för att även anpassa sitt marknadsbudskap och utforma lämpliga typer av aktiviteter. Det som är extra intressant i samband med direktupphandlingar är att de personliga värderingar och krav som var och en av beställarna har spelar roll i valet av leverantör. I den mer strukturerade upphandlingsprocessen skall denna funktion sorteras bort med hjälp av de grundläggande principerna inom upphandlingsrätten. I direktupphandlingar är det dock mer vanligt förekommande att man till exempel väljer mer specifika och tydliga krav, som t.ex. ett visst miljömärkningssystem som Svanen eller liknande. Dessa val och krav behöver vid direktupphandling inte närmare beskrivas eller dokumenteras utan det står den enskilde beställaren fritt att göra dem. I dagsläget, med en direktupphandlingsgräns om 284 tkr per år och budget, görs det affärer för ca 200 miljarder bara i den kommunala sektorn och landstingssektorn. Eftersom fribeloppsgränsen föreslås höjas till

600 tkr kr är det alltså högst sannolikt att siffran för omsättningen kommer höjas proportionerligt, till närmare 300 miljarder per år. Observera alltså att denna marknad då står helt öppen för både marknadsföring och påverkan. Dvs. denna del av den offentliga marknaden, B2P, skiljer sig i detta avseende inte från det privata sättet att göra affärer, vare sig det gäller inom marknaden för företag, B2B som för konsumentmarknaden, B2C.

#### 4.4 Ett typexempel på en offentlig affärs framväxt

För att exemplifiera hur det kan gå till beskrivs processen detaljerat nedan i ett fiktivt klassiskt kommunalt förfarande. Exemplet utgör ett kommunalt ärende eftersom våra kommuner står för närmare en fjärdedel av den offentliga marknads värde och således berör flest antal leverantörer.

##### 4.4.1 Exempel 1

Genomförandet av en offentlig affär grundar sig vanligtvis på ett identifierat problem, ett behov eller en mer eller mindre utvecklad ide om en verksamhetsförbättring. Processerna i samband med en upphandling i en verksamhet, i detta fall kommunal sådan, uppmärksammas och genomförs på ett sätt som kan beskrivas i det följande:

1. En skola i en kommun har utsatts för upprepad skadegörelse.
2. Rektorn anmäler skadegörelsen till skolchefen på utbildningsförvaltningen.
3. Skolchefen anmäler detta i sin tur vid kommande möte för utbildningsnämnden där problemställningen tas upp på agendan som en övrig punkt.
4. Utbildningsnämnden beslutar att ge i uppdrag åt en specifik tjänsteman att utreda hur detta problem bäst bör lösas.
5. Tjänstemannen tar sig an uppgiften och utreder olika alternativa lösningar. Den lösning man finner och presenterar på nämndmötet är att införa elstängsel runt skolan.
6. Nämnden tar upp förslaget på lösning i nämnden och kan konstatera att elstängsel runt skolorna inte är förenliga med bland annat etiska regler. Eftersom man misstänker att lösningen inte heller kommer åtgärda problemet beslutas att tjänstemannen ånyo ges i uppdrag att ta fram ett nytt förslag.
7. Tjänstemannen som inte vill göra fel en gång till genom att presentera ett förslag som avslås, kontaktar aktörer på marknaden och kommer härefter fram till en lösning med kombinerad kameraövervakning och webbtjänst. Denna idé är en direkt konsekvens av marknads debatter och kunskapsspridning.
8. Förslaget presenteras i nämnden som fattar beslut om att genomföra en upphandling och uppdrag ges till upphandlingsavdelningen att ta fram ett förfrågningsunderlag.
9. Upphandlingsavdelningen tar kontakt med marknads aktörer för att säkerställa aktuella juridiska aspekter med kameraövervakning och vilka tekniska funktioner och prestandakrav som bör ställas. Härefter utformas ett adekvat förfrågningsunderlag som presenteras vid följande nämndmöte.
10. Nämnden tar del av förslaget och fattar beslutet om att genomföra upphandlingen enligt förslaget förfrågningsunderlag.
11. Inom någon vecka från nämndens beslut annonseras upphandlingen både på kommunens hemsida och i tillgängliga annonsdatabaser på upphandlingsmarknaden.

##### 4.4.2 Kommentarer till exempel 1

Den inledande processen som föregår upphandlingen ovan tar i normala fall ca 1 år från rektorns anmälan om skadegörelse till dess att upphandlingsannonsen är publicerad. Under denna tid finns det flera möjligheter att påverka den kommande affären. Redan inför det första mötet med utbildningsnämnden kan man ta del av den kommande dagordningen och där hitta information om problemet med skadegörelsen. Efter sammanträdet publiceras nämndens protokoll på kommunens

hemsida och det går därmed också att ta del av den problematiska situation som råder samt vilket beslut nämnden har fattat. Redan här skulle ett bevakningsföretag alltså kunna närma sig kommunen och föreslå att man anlitar en väktare i avvaktan på den kommande upphandlingen. Detta görs då som en direktupphandling och sannolikt endast mot de företag som ansvarig beställare känner till just då. Finns det en policy på att man måste fråga minst tre leverantörer i dessa fall, kanske beställaren dessutom kontaktar näringslivschefen, säkerhetschefen eller upphandlingsavdelningen för att få alternativ till aktuellt företag.

I stadiet mellan nämndens första beslut om utredning och själva fastställandet av lösningen med kameraövervakning finns det stor möjlighet att påverka såväl den uppdragstagande tjänstemannen som nämndledamöterna direkt om att kameraövervakning utgör den bästa lösningen. Dvs. föregå den långa och kostsamma utredningsprocessen och snabbare komma fram till rätt lösning. Kommunen slipper tillkommande kostnader i form av tillfälliga väktare anlita under onödigtvis lång tid, men även tjänstemannens utredningstid kortas ned och eventuellt kommer leverantören som föreslagit lösningen med kameraövervakning också kunna påverka en del av de krav som ska ställas.

När nämnden väl har beslutat att upphandla just kameraövervakning kan initierade leverantörer med fördel söka påverka upphandlingsavdelningen i dess arbete med att utforma relevanta krav i ett förfrågningsunderlag. Detta innebär inte att man ska skapa en upphandling avsedd för en specifik leverantör på ett sätt som strider mot upphandlingsrätten. I stället handlar det om att upphandlaren bör ta hjälp av kunskap och kompetens på marknaden för att göra en så bra upphandling som möjligt.

Det som hittills beskrivits om marknaden är de delar som både medelbart och omedelbart föregår till affären direkt kopplade aktiviteter för försäljning och anbudsinhämtning.

#### 4.5 Försäljning ("Sale") och anbudsprocess

Anbudsprocessen inleds normalt med en annons om att upphandlingen har påbörjats. Ibland sker även en viss förannonsering för att öka möjligheten till en god konkurrenssituation med många anbudsgivare. Marknaden erbjuder idag flertalet tjänster för både säljaren och köparen att relativt enkelt sammanställa och tillgängliggöra information kring en kommande affär. Dessa, vanligen IT-tjänster, innebär att en leverantör kan ställa in sin egen profil för att dagligen få information om var det kommer att göras affärer, av vem samt när. Många gånger anges även det tilltänkta affärsvärdet i annonsen.

Själva anbudsprocessen innebär som bekant att en eller flera leverantörer skall konkurrera om att erbjuda bästa vara/tjänst enligt de krav som framgår av förfrågningsunderlaget. Denna process är reglerad av upphandlingsrätten och dess tillämpning skall avgöras vid varje respektive upphandling. Denna tillämpning av reglerna ställer särskilt betungande krav på deltagande leverantör. Det räcker normalt inte för en enskild leverantör att vara kunnig om hur lagen är utformad utan han eller hon måste dessutom vara insatt i och förstå hur ansvarig upphandlare kommer tolka densamma för att inte misslyckas med att få sitt anbud bedömt på ett korrekt sätt. Detta kompetenskrav är sällan åskådliggjort, trots att det utgör en central funktion i upphandlingssystemet. I denna del av försäljningen finns det en rad aktörer som erbjuder sina kunskaper och tjänster för att skapa så bra anbud som möjligt. Eftersom förfrågningsunderlagen och reglerna kring denna process är starkt relaterade till juridiska frågor är också de flesta upphandlingskonsulter antingen själva är jurister eller i frekvent behov av att anlita juridisk expertis. Och man kan därmed också med fog hävda att det är systemets utformning i sig, med den formella upphandlingsprocessen och upphandlingsrättens löpande tillämpning i anslutning härvid, som leder fokus bort från affärens

nyttograd och effektivitet utefter gällande behov för att istället hamna i en juridisk värdering enligt formella systemkrav. Det är därför inte heller konstigt att det i allt för hög utsträckning handlar om avtal och överprövningar av dessa upphandlingar som är långt ifrån en bra affär för vare sig upphandlaren lokalt eller för skattebetalaren.

När väl anbudet är inlämnat kan man som leverantör inte göra så mycket mer än att vänta. Vänta på tilldelningsbeslutet, beskedet om vem som har vunnit och varför. Insiktsfulla leverantörer tar vara på denna information och analyserar varför vinnaren av denna upphandling har vunnit (inte bara varför man förlorat) och begär självklart också ut dessa anbud för att läsa in sig inför kommande upphandlingar.

#### 4.6 *Avtalsprocessen – det offentliga kontraktet*

Avtalsprocessen inleds i slutfasen av upphandlingen i samband med att tilldelningsbeslutet är fattat och tillkännagivet. Då inträder en avtalsspärr inom vilken leverantörerna kan kontrollera att inga fel har begåtts, som att någon leverantör t.ex. behandlats i strid med upphandlingens grundläggande krav om likabehandling. Har allt skett korrekt tecknas ett avtal med den eller de vinnande anbudsgivarna. Informationen om vem eller vilka som tecknat avtal ska egentligen efterannonseras för att ge så många som möjligt att få del i hur och mellan vilka den enskilda offentliga affären har gjorts upp.

Om någon av deltagarna i anbudsprocessen anser att det begåtts något fel kan man under en kort period, då det råder avtalsspärr, eventuellt påverka utfallet via dialog med den upphandlande parten genom att påtala direkta fel. Här finns alltså en tydlig möjlighet för den upphandlande enheten att själva rätta ett felaktigt tilldelningsbeslut före avtalsskrivandet utan att behöva gå via domstolsförfarande. Denna möjlighet används alltför sällan. I den tidigare versionen av lagen om offentlig upphandling fanns denna funktion såsom en medling inskriven och det är också ett förslag som Upphandlingsutredningen har lagt för att effektivisera upphandlingsprocessen. Om det trots allt föreligger en situation där någon finner sig icke korrekt behandlad kan avtalsprocessen hamna i en rättslig prövning. Denna granskningsprocess, normalt hos förvaltningsrätten, kan dessvärre ta tid. Allt från sex veckor upp till i värsta fall flera år. Oavsett längd finns det alltid en risk att de förutsättningar som rådde vid ingången av denna del av den offentliga affären inte längre råder när väl avtalsprocessen är avgjord. I vissa rättsfall uppstår problemet med att anbudens giltighet upphör under prövningstiden och att accept av ett nytt anbud efter en avslutad prövning, egentligen inte är möjlig och kan medföra ny överträdelse av de formella reglerna.

Viktigt att poängtera med denna fas, som vi ändå väljer att kalla för *Sale*, är att ingen av parterna gjort någon faktisk affär ännu. Köparen har säkerställt sig om möjligheten att göra en affär med en utvald part baserat på konkurrensriktiga förutsättningar. Säljaren å sin sida har ökat möjligheterna till att göra en välkommen affär enligt fastställda kriterier under en längre period.

#### 4.7 *"Aftersale" - eftermarknad*

När avtalet väl är tecknat skulle man kunna tänka sig att affärerna kommer av sig självt. Dessvärre är det sällan så och de leverantörer som har lagt mycket tid och pengar på att vinna ett offentligt kontrakt men inte har förstått att definiera vad som är affären, när den görs eller hur man kan påverka att man verkligen får affären, riskerar att stå där med endast ett fint referenskontrakt som man ramat in och satt upp på väggen.

En viktig detalj i en affär är att informationen om att ett avtal är upprättat och om vilka affärsmässiga förutsättningarna som råder, också sprids till de tjänstemän som har beställarrätt. Dvs de som genomför de faktiska inköpen. Upphandlaren som har handlagt slutfasen av *presale* och

själva anbuds- och avtalsprocessen har själv sällan någon budget och tillhör sannolikt den skara tjänstemän som gör minst antal inköp. Dessvärre är systemen för avtalsinformation, avropsstöd och inköpsstyrning väsentligt underutvecklade i jämförelse med de moderna annonstjänsterna men även upphandlingsstödssystemen. Dessvärre är dessa system ofta också helt isolerade från ekonomisystemen och avtalssystemen vilket medför att arbetet som är nedlagt för att skapa förutsättningar för den goda affären lätt faller i glömska när det väl blir dags att genomföra den. Fungerande intern kommunikation i den köpande organisationen är härvid helt centralt för att systemet skall fungera som lagstiftaren tänkt sig. De som har rätt att beställa varor och tjänster uppgår normalt till ca 10% av antalet anställda i en offentlig enhet och måste för att kunna beställa på de upphandlande avtalen i första hand ha kännedom om att det finns avtal. Om informationen om avtalet finns tillgänglig är nästa steg att presentationen av avtalet måste vara så tydlig att den som ska beställa/avropa på avtalet också förstår att följa avtalets villkor. Dvs ju mer komplexa avtal som upprättas desto svårare för en inköpare att inte göra avsteg från avtalsvillkoren. När så sker uppstår dels risken för otillåtna direktupphandlingar och i värsta fall utgör det även otillåtet statsstöd till enskild leverantör.<sup>25</sup> Ingen av dessa situationer är självklart inte önskvärd när man försöker upprätta ett bra avtal och genomföra en god affär.

Det krävs med anledning härav både moderna system som är integrerade med varandra och transparenta, men också en avtalsutformning som är juridiskt anpassad så att beställarna förstår sin funktion och vikten av att reflektera över varje inköp de gör.

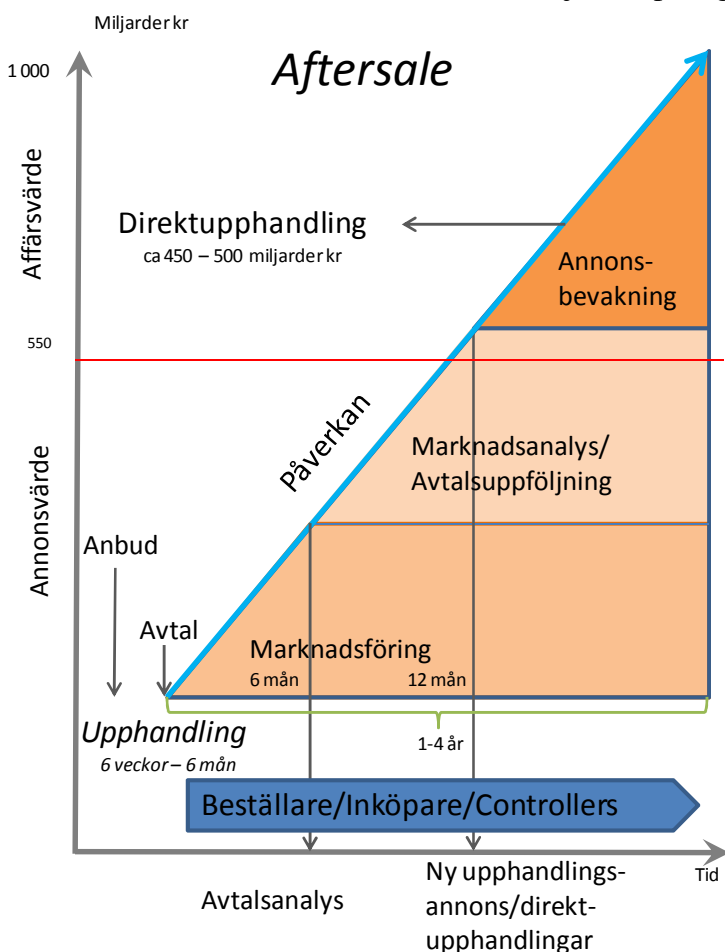


Bild 3 Marknadsföringsåtgärder som följer efter den formella upphandlingsprocessen

<sup>25</sup> Statsstödsreglerna återfinns i artiklarna 107-109 i EUF-fördraget.

#### 4.8 *Marknadsföring i samband med avtalstecknande*

För den enskilde leverantören med ett ingånget avtal gäller det att uppmärksamma inköparna om de affärsmöjligheter som föreligger. Leverantören gör härvid bäst i att inte lita till att den ansvarige upphandlaren delar sin detaljerade information om avtalets innehåll med organisationen i allmänhet samt till alla beställarna med attesträtt i synnerhet. Därför bör en leverantör som lyckats vinna ett kontrakt via en upphandlingsprocess informera om detta själv och i stor utsträckning även marknadsföra detsamma. Genom att identifiera vilka som har inköpsrätt i organisationen som har tecknat avtalet är det kostnadseffektivt att genomföra en direktriktad marknadsföring mot dessa. Sådan insats bör även kompletteras med någon form av annons i lokal- eller riksmidia. Detta beror självklart på typen av avtal och värdet på det som kan avropas under avtalsperioden. Görs inte denna insats riskerar den nedlagda tiden/investeringen som företagaren har gjort i att uppnå ett affärskontrakt med den offentliga marknaden gå om intet bara på grund av att ingen har egentlig kännedom om de affärsmöjligheter som råder för båda parter.

#### 4.9 *Affärsanalys - Avtalsuppföljning 6 månader efter att avtal ingåtts*

Ett sätt för en leverantör att öka påverka den egna affären är att själv följa upp de inköp och avrop som görs. Denna process bör inledas redan efter sex månader från det att avtalet är tecknat. En avtalsuppföljning sker enklast genom att begära ut underlag från den köpande organisationens leverantörsreskontra för de tänkta konkurrenter som skulle kunnat få göra affärer utan aktuellt avtal. Med denna åtgärd skapar man dels en bättre egenkontroll över att man får de affärer man har gjort sig förtjänt av genom att vinna upphandlingen men den bidrar dessutom till att uppmärksamma den köpande organisationen om att använda de avtal som de ingått. Risker för dem är annars att onödiga stämningssprocesser uppstår och belastar den upphandlande parten med merkostnader endast pga. av dålig interninformation och avtalstrohet. Detta ger i sin tur ett oerhört dåligt nyttjande av skattemedel då ingenting behöver levereras relaterat till att dessa skadestånd uppstår. En enkel lösning men om än så viktig debatt är att alla upphandlande parter ser positivt på transparensen. Dvs. att tillgängliggöra information kring vem man köper av och för hur mycket samt vad man köper. Om denna information blir allmänt tillgänglig kan också leverantörerna bidra till en ökad avtalstrohet och ett effektivare nyttjande av våra skattemedel. Det vill säga fler goda affärer.

Dessa görs genom att löpande göra denna typ av analys eller genom att köpa in marknadsrapporter som marknadsavdelningen kan använda sig av både för att bedöma utfallet av förändrad marknadsandel relaterat till det gångna årets marknadsinvesteringar och för att fatta beslut om nya insatser. Beslut som är av strategisk karaktär och därmed höjs också statusen även för den offentliga affären på den offentliga marknaden.

#### 4.10 *Bevakning – ca nio månader in på avtalet*

Upphandlingar som genomförs för att lösa nya problem eller behov tenderar att återkomma med andra upphandlande parter inom 9-18 månader. Flertalet kommuner och landsting men framför allt olika upphandlingspliktiga bolag kopierar andras upphandlingar och tom återanvänder andras förfrågningsunderlag för lösa sin egen upphandling av liknande vara/tjänst. Det är därför viktigt att en leverantör som vill säkerställa sig om att fortsätta ta marknadsandelar efter ett vunnet kontrakt bevakar liknande områden via någon form av upphandlingsannonstjänst. Dessutom bör man för att vara så bra förberedd som möjligt ha begärt in tidigare anbud och gjort sin hemläxa så att tiden som är tillgänglig från annonsens publicering kan användas till att skapa ett vinnande anbud istället för att då börja med insamling av marknads- och konkurrentinformation för analys.

Med en allt större kännedom om värdet av den offentliga marknadens direktupphandlingar i kombination med att tröskelvärdet för direktupphandlingar förväntas höjas till mer än det dubbla mot idag kommer också flertalet bevakningstjänster att växa fram. Tjänster som inbegriper upphandlingsannonser för direktupphandlingar och som kommer användas av de ca 100 000 inköparna/beställarna med egna budgetar. Dessa köpare kommer behöva hjälp att göra tillåtna direktupphandlingar och en hel del av dessa kommer dessutom bli annonspliktiga. Med en fungerande efterannonsering kommer dessa tjänster också att bidra till en mer genombelyst marknad där alla parter på marknaden bidrar till att både definiera och värdera landets största och viktigaste marknad.

Med dessa grundförutsättningar är det inte konstigt att det krävs en statlig upphandlingsutredning med ett uppdrag som sträcks sig över två år för att komma fram till att den offentliga upphandlingen inte är fungerande såsom den ser ut.

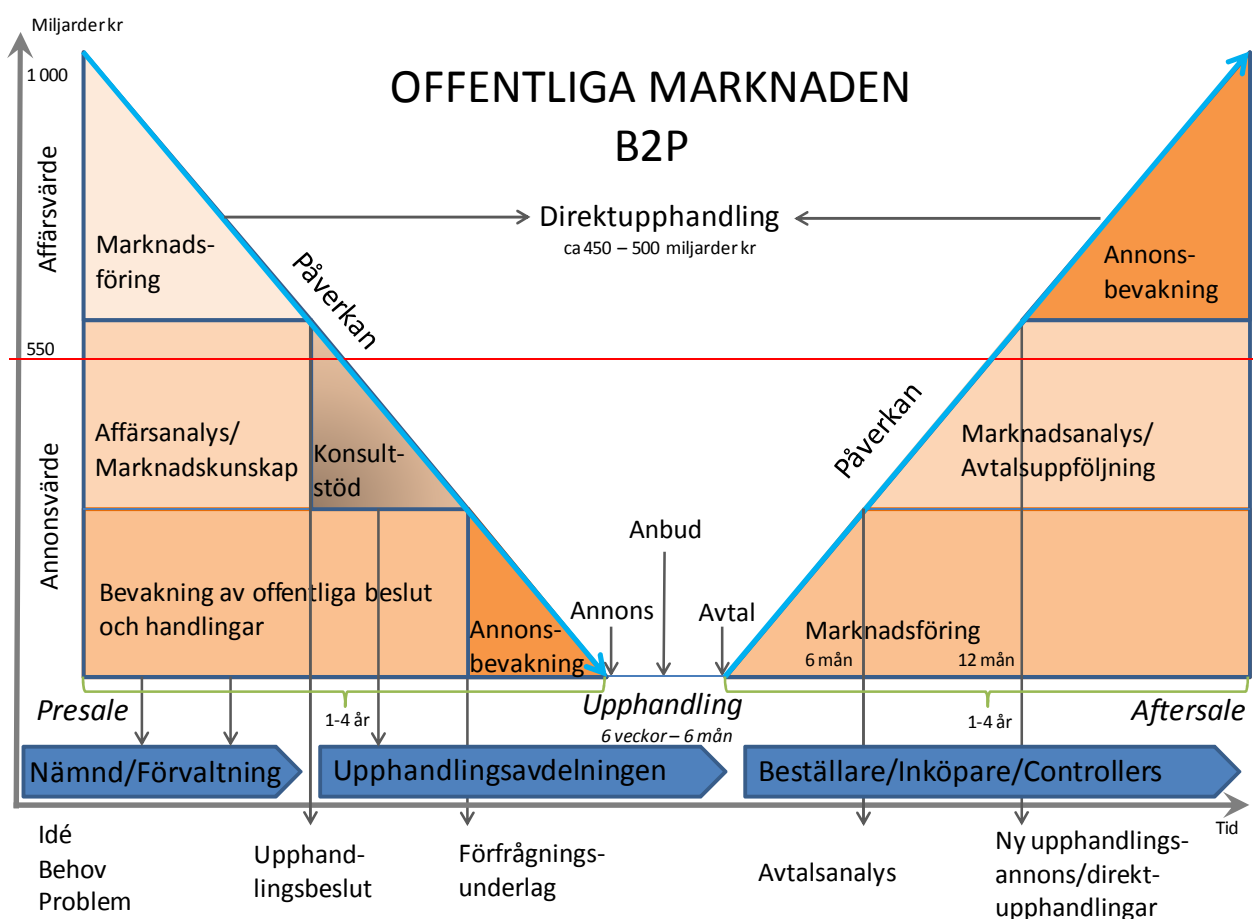


Bild 4 Den offentliga marknaden i ett vidare perspektiv

Den offentliga marknaden är betydligt mer omfattande och betydande än endast den formella upphandlingsprocessen såsom den beskrivs i upphandlingsrätten. Marknaden består av ca 3 800 upphandlande enheter, ca 20-25 000 annonserade upphandlingar per år till ett värde om ca 550 miljarder (övriga 450-600 miljarder är direktupphandlingar), ca 100 000 inköpare och 3 500 upphandlare samt ca 250 000 leverantörer.



## 5 Konsekvenser av en ny marknadsdefinition

### 5.1 Politiska och ekonomiska effekter

Medför då införandet av en ny marknadsdefinition någon egentlig förändring av sättet att göra affärer eller förändring av sättet att se på de affärer som görs inom marknaden? En ren semantisk justering i en ny teoretisk definition av begreppet offentlig marknad som inte vinner förankring, naturligtvis inte per automatik utan att aktiviteter och roller inom marknaden också måste förändras. Det tämligen dunkla behovet av ett perspektivskifte som detta White Paper vill emancipera, visar också på ett behov av en marknadsdefinition som är grundläggande och ytterst central genom att den innehåller ett, med historiska mått mätt, närmast revolutionerande förändringsarbete. Ett arbete som dock inte behöver vara särskilt komplicerat.

Om den offentliga marknaden analyseras, bedöms och definieras på det sätt som vi ovan beskrivit - helt eller åtminstone till övervägande del - kommer den offentliga marknaden och dess affärer också tillhöra de mest prioriterade frågorna i arbetet med statsbudgeten. Dvs. frågorna kommer att hamna högst på många politiska agendor. En anledning till denna troliga effekt är att statsbudgetarbetet redan innehåller krav som bör ställas för att skapa en fungerande marknad. Det borde vara en självklarhet att den marknad som omfattar i storleksordningen en fjärdedel av landets BNP också är adekvat definierad, prioriterad och med fördel också används i näringslivs- och arbetsmarknadspolitiska beslutsprocesser. Genom den nya definitionen involveras både Riksrevisionen och Ekonomistyrningsverket tydligare i att löpande bistå den offentliga verksamheten med en affärsmässig controllerfunktion.

### 5.2 Kontroll- och sanktionssystemet

Idag kontrolleras den offentliga affären i princip endast med hjälp av marginella fall av sanktioner och eftermälen. Sanktioner må ha effekt på de allra grövsta övertrampen och utgör bra och avskräckande generalexempel på mer eller mindre uppsåtliga missbruk av upphandlingsrätten. I övrigt synes det saknas stöd för att översynen av de offentliga affärerna i form av sanktioner som upphandlingsskadeavgift, enligt den tillsynsmodell som nu föreligger, ensamt utgör den mest effektiva skötseln av den offentliga marknaden i ett vidare nationellt intresse. Sanktioner behövs vad avser s.k. *worst case scenarios*. Men de verkar endast i marginalen av en marknad och utgör knappast en ursäkt (varken sanktionen i sig eller det fall den träffar) för att avstå från ett förebyggande och proaktivt arbete som får effekter för den övervägande delen av marknaden. Att lyfta fram de som gör fel i efterhand må således vara statuerande och effektivt i undantagsfall. Sett till marknadens behov i sin helhet medför det dock stora kostnader för samhällskassan i det att dessa åtgärder lätt leder till att också det proaktiva arbetet till stöd för alla offentliga enheter att använda våra skattemedel på ett effektivare sätt uteblir. Genom att bötfälla några mindre bra utförda upphandlingar har man så att säga stämt i bäcken och skapat ordning och reda på marknaden. Detta är givetvis en både naiv och osann föresats men inte desto mindre en väl spridd uppfattning som utgör ett tydligt hinder för väsentliga och viktiga åtgärder för en fullt fungerande marknad.

En accepterad definition medför sannolikt också större krav på högt uppsatta befattningshavare och ledningspersoner i varje offentlig verksamhet. Det ger utökad stöd men också ett ansvar att äga problemen och i alla delar ansvara för den goda affären. Å andra sidan medför fler intresserade leverantörer också att belastningen kan öka för alla offentliga parter. Ett ökat intresse för den offentliga marknaden som också medför ett ökat deltagande. Fler antal anbud vid varje upphandling. Ökad användning av den grundlagsreglerade insynsskyddet och praktisk tillämpning av reglerna om allmänna handlingars offentlighet (TF 2 kap). Större krav på effektiva och moderna

IT-tjänster inom 24-timmarsmyndigheten. Ökad belastning på myndighetens serviceskyldighet m.m. Listan på rimliga effekter av en offentlig marknad i blomning kan göras lång. Fler intresserade skapar en ökad öppenhet som också inbjuder till ökad kunskap och förståelse för och kontroll av den offentliga marknaden. Andra liknande erfarenheter till stöd härför är till exempel den senaste versionen av konkurrenslagen som anses ha medfört att ett ökat antal kommuner och andra myndigheter mycket mer ingående studerat hur man sköter sina affärer.<sup>26</sup> Att bygga in möjligheter och stöd för självsanerande effekter i ett system utgör en grannliga uppgift men ger ofta också ett mycket lyckat resultat. En riktig och i centrala delar förankrad definition av den offentliga marknaden utgör, vad vi kan se, en grundläggande tes för detta fortsatta arbete.

Med ökad öppenhet och transparens där varje enskild tjänsteman ser det som sin uppgift och har organisatoriskt gehör för att bidra till en godare affär kommer vi också få en marknadskraft som bidrar till en självsanering där de som fortsatt försöker lura systemet eller uppträda otillåtligt, oetiskt eller oseriöst kan offentliggöras och kastas ut av marknaden själv. Fler aktörer kan därför delta och bistå den offentliga verksamheten i en central kontrollfunktion av marknaden (avseende bland annat marknadsmässiga affärsprocesser) där alla ingående parter bidrar till en bättre och effektivare offentlig marknad.

---

<sup>26</sup> Det finns en rad exempel där självsanering framhålls som ett positivt regleringsinstrument. Inom konkurrensområdet se t.ex. debattartikel från Konkurrensverkets Generaldirektör Dan Sjöblom, *Kommunal självsanering gynnar mindre företag*, Dagens Industri den 22 augusti 2011.

## KÄLLOR

Dagens Samhälle, Offentliga Marknaden 2012

DoubleCheck Marknadsinstitut, Offentliga marknaden 2013

### *EG direktiv*

Offentlig upphandling inom försvars- och säkerhetsområdet, 2009/81/EG;

Offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster, 2004/18/EG;

Ändring av rådets direktiv vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling, 2007/66/EG;

Prövning av offentlig upphandling av varor, bygg- och anläggningsarbeten, 89/665/EEG;

Offentlig upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, 2004/17/EG.

### *EUF-fördraget*

Artiklarna 18, 34, 35, 49 och 56

Artiklarna 107-109 i EUF-fördraget (Statsstödsreglerna)

### *EG domar*

Mål C-513/99 Concordia (finska bussmålet),

Mål C-448/01 EVN AG (Krav på el från förnybara energikällor)

Framtidskommissionen, *Svenska framtidsutmaningar*, Slutrapport Statsrådsberedningen, DS 2013:19.

Konkurrensverkets (D. Sjöblom) artikel, *Kommunal självsanering gynnar mindre företag*, Dagens Industri den 22 augusti 2011.

Konkurrensverkets rapport, *Siffror och fakta om offentlig upphandling*, rapport 2012:6.

### *SFS*

Lag (2007:1091) om offentlig upphandling

Lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster m.fl.

Lag (2008:962) om valfrihetssystem

Nationalencyklopedin, [www.ne.se](http://www.ne.se)

*Open Source Software Licenses: Perspectives of the End User and the Software Developer*, White Paper By Paul H. Arne; Morris, Manning & Martin, L.L.P.

Upphandlingsstödsutredningen, Upphandlingsstödet framtid, (SOU 2012:32)

Upphandlingsutredningens slutrapport, *Den goda affären*, SOU 2013:12