

# Den balanserade beställaren

Upphandling24 – Executive Seminar

# Agenda

- > Allmänt om avtal och upphandling.
- > Olika egenskaper hos föremålet för upphandlingen och hur de kan beaktas.
- > Balanserade avtal.
- > Avtalsuppföljning.
- > Påföljder och incitamentsstrukturer.

# Allmänt om avtal och offentlig upphandling

# Allmänt om avtal och offentlig upphandling



< kahn  
> pedersen

---

15 november 2016

Den balanserade beställaren

4

# Allmänt om avtal och offentlig upphandling

- > Behovsanalysen visar vad som ska anskaffas.
- > Hur det ska anskaffas?
- > Vilken kommersiell modell ska användas?
- > På vilka villkor ska det anskaffas?

## fi Avtalet

- > Först därefter kan fastställas hur upphandling ska ske.
  - > Hur bör förfrågningsunderlaget vara utformat (krav, kriterier, etc.)?
  - > Vilka bestämmelser i LOU blir tillämpliga?

# Olika egenskaper och hur de kan beaktas

# Olika egenskaper och hur de kan beaktas i en upphandling

- > Objektiva egenskaper.
  - > Kan konstateras/ bevisas vid upphandlingen.
  - > Kan avtalas i sak.
- > Subjektiva egenskaper som kan mätas.
  - > Kan testas/mätas vid upphandlingen.
  - > Kan mätas/testas under avtalstiden.
- > Subjektiva egenskaper som är beteenden.
  - > Kan inte utvärderas vid upphandlingen.
  - > Måste hanteras under avtalstiden.



# Balanserade avtal



## Balanserade avtal

- > Möjligheten att diktera villkoren innebär att den upphandlande myndigheten måste säkerställa att villkoren är rimliga för båda parter.
- > Den upphandlande myndigheten måste skapa förutsättningar för en balanserad avtalsrelation genom att beakta leverantörens intressen.
- > Många upphandlande myndigheter utnyttjar LOU för att binda leverantörer vid "tuffa" avtalsvillkor.
  - > Bra avtal  $\neq$  tuffa villkor för leverantören.
- > Leverantörernas val är "take it or leave it".
- > Konsekvensen kan bli högre priser, eller att leverantörer tvingas till osunda beteenden.



## Balanserat avtal

- > Vad ska vara balanserat?
  - > Förpliktelsens innehåll
  - > Konsekvenser av icke-fullgörelse
- > Skapa rimliga förutsättningar för båda parter
- > Formell ./.. reell balans
- > Avtal blir föremål för tolkning
- > Jämkning av oskäligen avtalsvillkor (36 § Avtalslagen)



## Varför är det så vanligt med obalanserade avtal i offentlig upphandling?

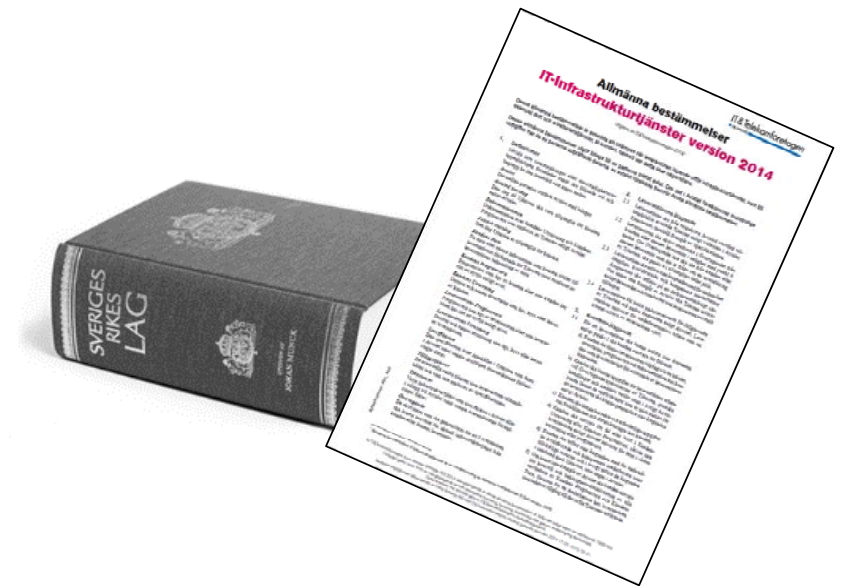
- > De som skriver avtalen är inte de som använder dem
- > Copy/paste-sjukan
- > Det kräver större mod att ta bort än att lägga till
- > Att leverantörer "accepterar villkoren" innebär inte att de är marknadsmässiga – men uppfattas så
- > Allt för ensidiga avtal skapar/bidrar till en "vi mot dom"-kultur
- > Gamla problem/oförrätter leder till delvis fel slutsatser
- > Spelbenägna leverantörer premieras medan riskaversiva leverantörer stängs ute – ond cirkel

## Exempel på obalanserade regleringar i offentliga avtal

- > Sned riskfördelning
  - > För höga vitesnivåer
  - > Obegränsat skadeståndsansvar
  - > Ansvar även för indirekt skada (annat än i undantagsfall)
- > Uppsägningsrätt vid "vanligt" avtalsbrott
- > Skönsmässig rätt till vite/sanktion
- > "All inclusive" avtal

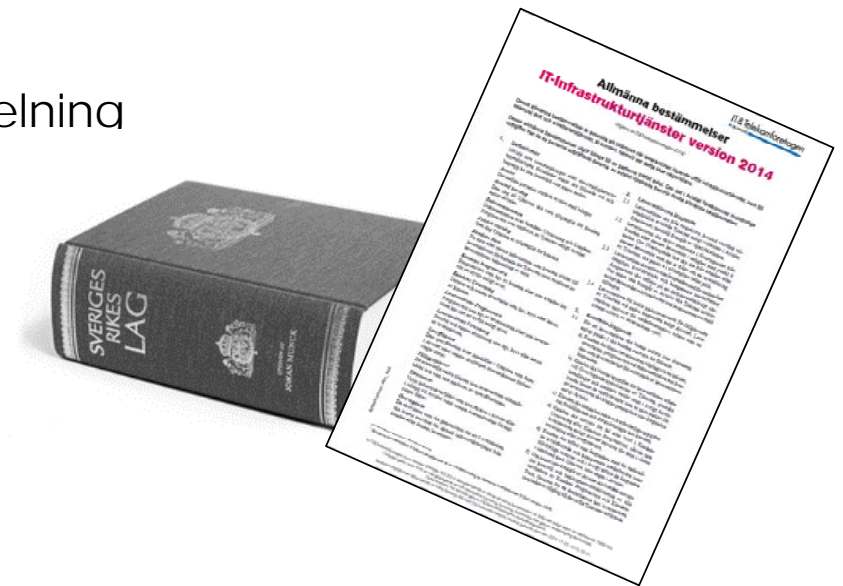
# Hur åstadkomma balans i upphandlingsprocessen

- > Branschpraxis och erfarenhet hos beställaren avgörande
- > Riskanalys
  - > Vilka risker finns?
  - > Vem hanterar risken "billigast"
- > Branschnormer ./.. dispositiv rätt
  - > Våga ifrågasätt men...
- > Använd tekniska standarder för att beskriva vad som ska åstadkommas/levereras (inte bara hänvisa till)



## Hur åstadkomma balans i upphandlingsprocessen (forts.)

- > Identifiera de bestämmelser som påverkar leverantörens risk, t.ex.:
  - > Otydlighet om scope
  - > "Ovanliga" krav eller avvikande ansvarsfördelning
  - > Ev risk för volymminskning under avtalstiden
  - > Betalningsvillkor
  - > Avtalstid
  - > Uppsägningsgrunder
  - > Ansvarsbegränsningar
  - > Viten (och vitesnivå) samt övriga sanktioner



## Praktiska åtgärder för ökad balans

- > Se över avtalsmallar och granska utifrån praxis för motsvarande avtal/tjänst
- > Skriv inget ni inte har för avsikt/resurser att använda
- > Överväg om s.k. scope sweepers verkligen behövs/skapar värde
- > I problematiskt område – gör annorlunda för annorlundas skull.
  - > Kommunicera omtaget med marknaden (innan upphandlingen annonseras.
- > Går minimivolym på "ofarlig" nivå att använda i större utsträckning?

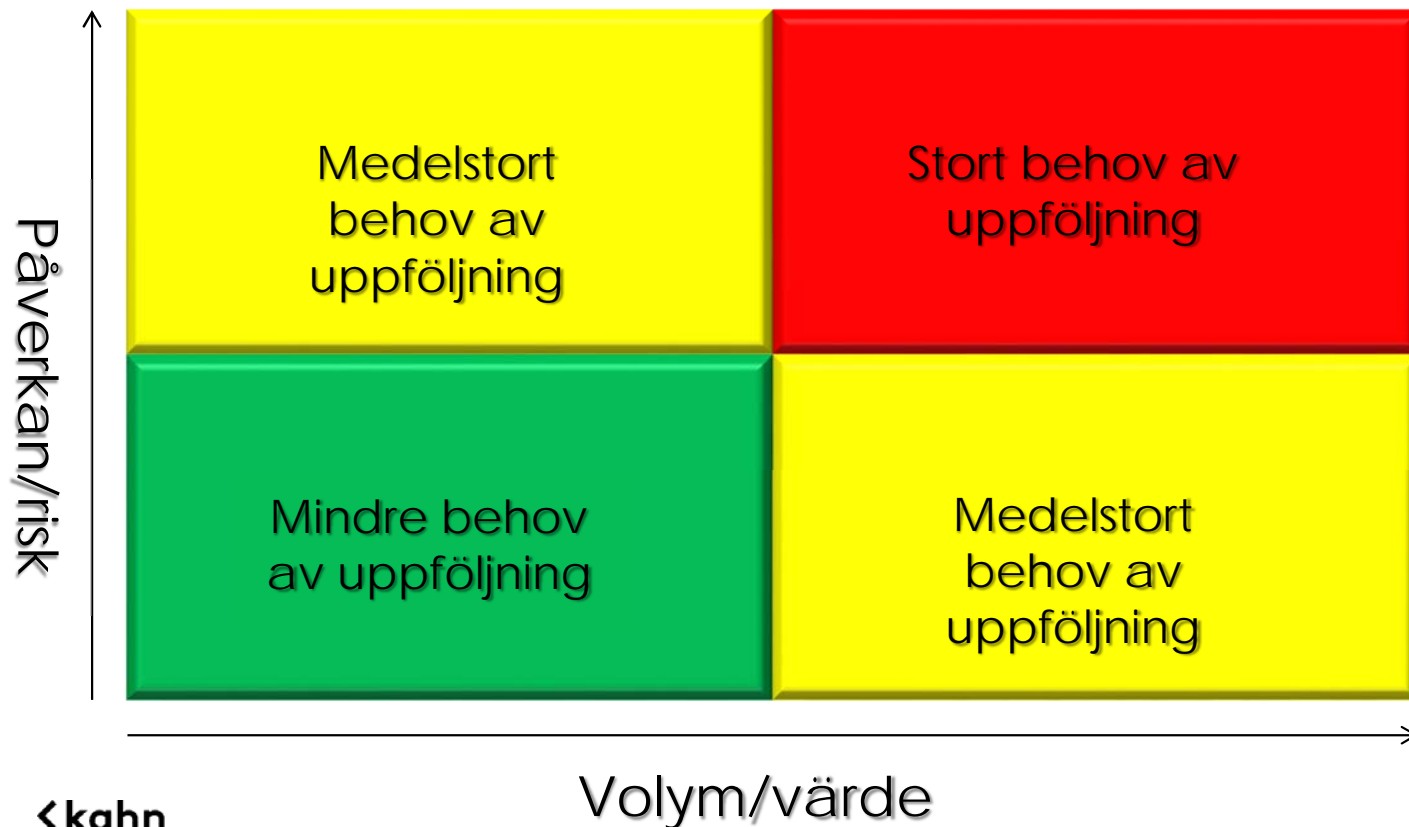
# Avtalsuppföljning



## Varför avtalsuppföljning?

- > Upphandlingen är en ögonblicksbild, både av marknaden och enskilda leverantörer.
- > Syftet med upphandlingen är att teckna ett avtal som tillgodoser verksamhetens behov.
- > Motverka oseriösa anbud och leverantörer – premiera seriösa.
- > Måttet på lyckad upphandling är alltför ofta om överprövning sker eller inte, men bör vara om det blev en lyckad affär.
  - > Fick verksamheten det som behövdes?
  - > Var priset och övriga villkor rimliga (marknadsmässiga)?
  - > Hur upplevde beställaren avtalet?

# Uppföljning – identifiering och prioritering av behov av åtgärder



< kahn  
> pedersen

## Hur åstadkomma en effektiv avtalsuppföljning?

- > Intern organisation och interna processer
- > Beteende styrs av risk. Risk styrs av avtalsinnehåll!
- > Ett "bra" avtal bör vara balanserat och även innehålla:
  - > Verktyg för avtalsuppföljning
  - > Samverkan och löpande informationsutbyte
  - > Kontrollfunktioner och "varningssystem"
  - > Handlingsutrymme vid diskussion/förhandling under avtalet

## Viktiga avtalsregleringar – översikt



- > Rapporteringsåtaganden
- > Samverkansmodell (governance)
- > Revision (audit)
- > Benchmarking
- > "Förhandlingskilar"
- > Sanktioner/incitament

## Förhandlingskilar

- > Vad avgör vid diskussion om avtalets tillämpning?
- > Se till att avtalet innehåller verktyg/lösningar som inte kan hindras av leverantören, t.ex.:
  - > Tolkningsföreträde
  - > Avhjälpning från tredje part på leverantörens bekostnad
  - > Benchmarking med tvingande prisjustering
  - > Automatiska sanktioner med rätt för beställaren att fakturera
  - > (Uppsägning)

# Påföljder och incitamentsstrukturer

# Avtalsrättsliga sanktioner

- > Vid naturaförpliktelse
  - > Fullgörelse av specifikt åtagande
  - > Avhjälpande
  - > Omleverans
- > Ekonomisk ersättning
  - > Prisavdrag
  - > Avtalsvite
  - > Skadestånd
- > Innehållande av betalning
  - > Avhjälpande på leverantörens bekostnad (Eng. Step-In)
  - > Uppsägning eller hävning



## Vilka sanktioner är effektiva?

- > De som ger verktyg för beställaren att hantera situationen/kravet utan hinder från leverantören
- > "Automatiska" sanktioner (exempel)
  - > Vite eller prisavdrag
  - > Innehållande av betalning
  - > (Termination for convenience)
- > Typiska "icke-automatiska" sanktioner
  - > Skadestånd
  - > Avhjälpande/omleverans
  - > Uppsägning/hävning



# När kan (får) man påkalla icke-automatisk sanktion?

## Avtalsbrott

- Konstaterat
- Anticeperat
- Inom leverantörens ansvar

## Rättelsefrist?

- Avtalad eller skälig tid

## Reklamation

- Avtalad eller skälig tid

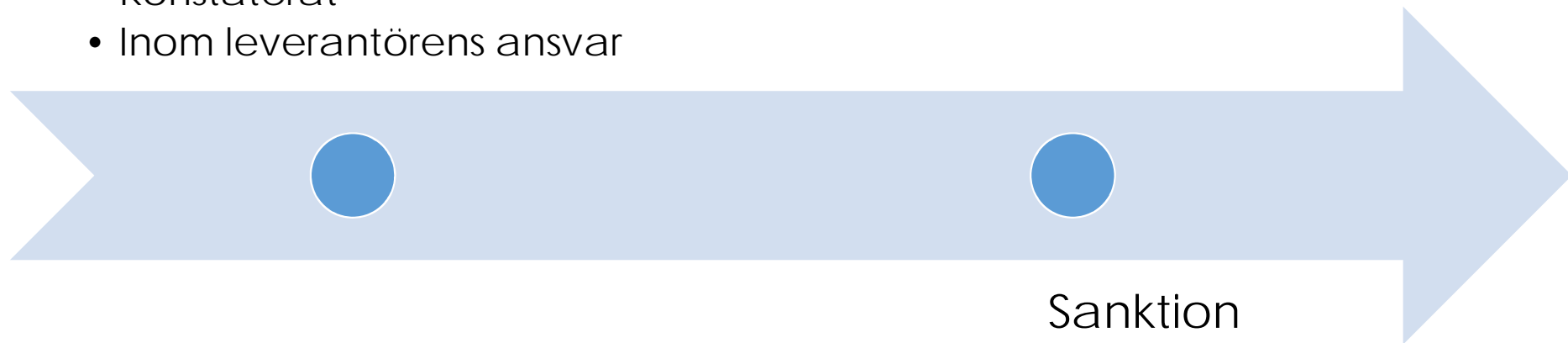
## Sanktion

- Om ej rättat och ej preskriberat
- Bevisad skada

# När kan (får) man påkalla automatisk sanktion?

## Avtalsbrott

- Konstaterat
- Inom leverantörens ansvar



# Automatiska sanktioner, risk och avtalsändring

- > Riskdrivande = prisdrivande
- > Om automatiska sanktioner inte tillämpas förändras avtalets risk = förutsättning för prissättning
- > Riskförändring kan utgöra ändring av avtalsvillkoren
- > Automatiska sanktioner i upphandlade avtal måste därmed tillämpas!



## Finns alternativ till avtalsrättsliga sanktioner?



# Incitamentbaserad avtalsuppföljning

- > Exempel på verktyg
  - > NKI-mätning
  - > "Verksamhetsanknutna" KPI:er
  - > "Proaktiva" KPI:er
  - > Innovationsgrad, t.ex. antal förbättringsförslag
- > Konsekvenser och incitament
  - > Åtgärdsplaner
  - > Ibland även ekonomisk konsekvens (t.ex. prisavdrag/rabatt)
  - > (Bonus vid "överprestation")
  - > Möjlighet för leverantören att "tjäna tillbaka" erlagda viten vid förbättrad leverans (Eng. earnback)
  - > Poängmodeller kopplat till totalt pris (Eng. scorecard)

