

AB Storstockholms Lokaltrafik
105 73 Stockholm

SL:s upphandling av konsultmäklare

Beslut

Konkurrensverket avskriver ärendet från vidare handläggning.

Ärendet

Efter att ha mottagit ett flertal klagomål har Konkurrensverket granskat AB Storstockholms Lokaltrafiks (SL) upphandling av konsultmäklare. De klagande anför sammanfattningsvis att SL kringgår upphandlingslagstiftningen genom att i stället för att upphandla konsulter – som är det verkliga behovet – upphandla en mäklartjänst.

SL har upphandlat en neutral konsultmäklare, dvs. en som inte tillhandahåller egna konsulter, för att administrera och hantera SL:s konsultbehov. Enligt SL är syftet med upphandlingen att få ett ramavtal med en helhetsleverantör av konsulttjänster för att effektivisera avropsprocess, leverantörshantering samt kunna följa upp konsulter och sänka konsultkostnader på ett effektivt sätt.

I skriftväxling med Konkurrensverket har SL uppskattat att den totala omsättningen av konsultanvändningen uppgår till mellan 600-800 miljoner kronor årligen.

Skäl för beslutet

Tillämplig lag

Eftersom SL:s verksamhet utgörs av transporttjänster är lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF) tillämplig.

Adress 103 85 Stockholm
Besöksadress Torsgatan 11
Telefon 08-700 16 00
Fax 08-24 55 43
konkurrensverket@kkv.se

Enligt 1 kap. 24 § LUF ska upphandlande enheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 1 kap. 2 § LUF gäller lagen då dessa verksamheter upphandlar byggentreprenader, varor och tjänster.

Med upphandling avses enligt 2 kap. 23 § LUF de åtgärder som vidtas av en upphandlande enhet i syfte att tilldela ett kontrakt eller att ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster eller byggentreprenader.

Begreppet upphandlingskontrakt definieras i 2 kap. 10 § LUF som ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som sluts mellan en eller flera upphandlande enheter och en eller flera leverantörer, avser utförande av byggentreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster och undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur.

Begreppet upphandlingskontrakt ska tolkas vidsträckt och omfattar såväl alla former av ersättning som kan kvantifieras i pengar och som en upphandlande myndighet åtar sig att betala till en leverantör, som alla olika sätt på vilka en leverantör, i utbyte mot ersättning, kan åta sig att ställa varor till den upphandlande myndighetens förfogande, samt utföra tjänster eller utföra bygg- och anläggningsarbeten för den upphandlande myndighetens räkning.

Med ramavtal avses enligt 2 kap. 16 § LUF ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande enheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren för senare tilldelning av kontrakt under en given tidsperiod.

Enligt 4 kap. 1 § LUF ska vid upphandling öppet, selektivt eller förhandlat förfarande användas. Tilldelning av kontrakt skall föregås av annonsering enligt 7 kap. 1 § om inte något annat följer av 2 §.

Enligt 4 kap. 2 § p. 9 LUF får en upphandlande enhet tilldela ett kontrakt utan föregående annonsering om kontraktet grundar sig på ett ramavtal som upphandlats enligt denna lag.

Enligt 5 kap. 1 § LUF får en upphandlande enhet ingå ramavtal med tillämpning av bestämmelserna om upphandling av bl.a. tjänster. LUF innehåller inte några närmare bestämmelser om ramavtal.

I enlighet med 7 kap. 1 § LUF ska en upphandlande enhet som avser att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal annonsera upphandlingen, om inte något annat följer av 4 kap. 2 §.

I 7 kap. 2 § LUF anges att annonsering om upphandling kan ske bl.a. genom annonsering om att det finns ett kvalificeringssystem enligt 5 §, eller annonsering om upphandling som skall ske genom öppet, selektivt eller förhandlat förfarande.

Upphandlingsunderlagen

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande. Upphandlingsobjektet omfattar ett åtagande att säkerställa SL:s behov av konsulter och andra externa tjänster genom att leverantören antar rollen av konsultmäklare. Resurser kan avropas enligt de kompetenser och kompetensnivåer som beskrivs i förfrågningsunderlaget. Syftet med upphandlingen är att få en helhetsleverantör som förenklar SL:s administration i samband med anskaffning av konsultresurser av olika slag. Ett annat syfte är att få en god kontinuitet när det gäller individer och kompetenser som svarar för konsultstöd till SL till bättre villkor. All fakturering, alla kontakter och all dialog med SL avseende försäljning och uppföljning av uppdrag sker mellan konsultmäklaren och SL om inte annat överenskommits. Priset som SL ska betala per konsult är även det fastställt genom ett takpris mellan SL och konsultmäklaren. Det finns även en incitamentslösning, som utgår när timpriser förhandlas ned under SL:s prislista.

Av avtalshandlingarna framgår bl.a. att avrop från avtalet föregås av att avropande enhet skickar en avropsförfrågan till konsultmäklaren som ombeds komma in med mer än ett anbud gällande efterfrågad konsulttjänst. Detta görs för att avgöra vilken av underleverantörerna (konsulterna) som kan erbjuda det för SL bästa anbudet utifrån kriterier som anges i förfrågan. Parterna kommer i samband med utformning av avropsförfrågan, prissättning av konsulttjänst och kompetensklassning av konsult följa definitionen av kompetensområdet och konsulters kompetensnivåer angivna i bilaga. Konsultmäklaren ansvarar för underleverantörers arbete så som för sitt eget arbete med några undantag.

Avtalet mellan SL och konsultmäklaren reglerar full kostnadstransparens och ger SL möjlighet till att med oberoende part utföra revision hos konsultmäklaren.

Konkurrensverkets bedömning

Frågan i ärendet är om SL kan anses kringgå LUF genom att i stället för att upphandla konsulter, upphandla en mäklartjänst som tillhandahåller konsulter. SL har i aktuellt ärende, inom ramen för ett kvalificeringssystem, inbjudit ett antal leverantörer att lämna anbud i upphandling avseende konsultmäklare. Konkurrensverket har granskat upphandlingsunderlag och efterföljande avtal med utgångspunkt från själva upphandlingens konstruktion.

Den upphandlande enheten har stor möjlighet att välja vad som ska upphandlas

Regelverken för den offentliga upphandlingen har som primärt syfte att slå vakt om konkurrensen och se till så att de upphandlande myndigheterna och enheterna lever upp till principerna om likabehandling och ickediskriminering.

Som utgångspunkt ska understrykas att den upphandlande enheten har en tämligen långtgående möjlighet att själv välja *vad* som ska upphandlas. Av Högsta förvaltningsdomstolens praxis framgår dock att behovet inte får definieras på ett sätt som är diskriminerande.¹ Friheten för en myndighet att bestämma föremålet för upphandlingen begränsas således av de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling. En upphandlings konstruktion får vidare inte utgöra ett konstlat upplägg *i syfte att* kringgå gemenskapsbestämmelserna på området.²

SL får i aktuellt fall anses ha identifierat organisationens behov till, förutom tillhandahållandet av konsulter, administration, kontroll och uppföljning m.m. Med anledning av det identifierade behovet har en upphandling av konsultmäklare gjorts. Denna upphandling har resulterat i ett ramavtal med en helhetsleverantör av konsulttjänster.

Ramavtal definieras i 2 kap. 16 § LUF. En upphandlande enhet kan ingå ett sådant avtal som reglerar anskaffning av visst slag från en eller flera leverantörer under en viss period. Ramavtal ska upphandlas på samma sätt som ett entreprenadkontrakt eller ett varu- eller tjänstekontrakt. De bestämmelser som gäller för sådana kontrakt ska alltså äga motsvarande tillämpning på upphandling som skall leda till att ett ramavtal ingås.

Enligt 4 kap. 2 § p. 9 LUF behöver tilldelning av kontrakt som grundar sig på ett ramavtal som upphandlats enligt lagens bestämmelser inte föregås av annonsering. Kontraktstilldelningen föregås i stället av förhandlingar med berörd leverantör. (Det bör här noteras att SL upphandlar inom ramen för LUF). Kontrakt som grundar sig på ett sådant ramavtal kan således upphandlas utan krav på särskilt förfarande, under förutsättning att villkoren i ramavtalet tillämpas.

Konstruktionen med konsultmäklare liknar andra lösningar på marknaden

Det finns en rad olika modeller på marknaden idag som i viss mån kan liknas vid SL:s upphandling. Exempelvis är det statliga ramavtalet avseende annonsförmedlingstjänster konstruerat på ett liknande sätt. En annonsbyrå upphandlas och denna sköter sedan alla kontakter, fakturering m.m. med de annonsörer som väljs ut av de upphandlande myndigheterna. Likaså kan liknade konstruktioner återfinnas vid rese-, hotell- och konferensbokningar. (Därmed inte sagt att enskilda upphandlingar nödvändigtvis är i linje med de grundläggande principerna). Situationen är heller inte helt olik en upphandling av grossistverksamhet (priset är avtalat mellan parterna och grossisten införskaffar den avtalade varan) eller totalentreprenad där endast en leverantör ansvarar för

¹ Likabehandlingsprincipen utgör inte något hinder mot att beakta kriterier som endast ett fåtal företag som kan uppfylla. Se EU-domstolens dom i mål C-513/99, Concordia.

² Jmf EU Mål C-573/07 *Sea*, punkt 48, Mål C-480/06 *Kommissionen mot Tyskland*, punkt 48 och Mål C-451/08 *Helmut Müller*, punkt 82.

projektering, material samt eget arbete och arbeten som utförs av underentreprenörer. Vilka villkor och vilka förhandlingar som föregår kontrakt mellan totalentreprenören och dennes underleverantörer har den upphandlande myndigheten eller enheten i allmänhet ingen insikt i. För att konsultmäklaren ska kunna leverera den upphandlade tjänsten krävs att denne på liknande sätt har underleverantörer (konsulter). Lyckas inte konsultmäklaren knyta till sig rätt kompetens kommer inte tjänsten kunna utföras i enlighet med vad som avtalats.

SL:s upphandling står inte i strid med de grundläggande principerna

Enligt Konkurrensverkets mening får upphandlingens föremål anses vara en helhetslösning för tillhandahållande och administration m.m. av konsulter.

Upphandlingsunderlagen reglerar *vad som kan avropas* genom avtalet. Det är den *totala inköpsvolymen* (omsättningen) som annonserats.³ *Priset är reglerat* genom s.k. takpriser för olika kompetenser. Härtill finns en incitamentslösning inbyggd för leverantören att förhandla ner takpriset. Konsultmäklaren *svarar i princip för utfört arbete såsom för eget arbete*. Alla dessa delar syftar till att garantera att leverantören, precis som förväntas av vinstdrivande företag, inte kan ta några andra hänsyn än marknadsmässiga sådana, utan kommer att ställa relevant kompetens till SL:s förfogande i enlighet med vad som är överenskommet i avtalet mellan parterna. Dessa mekanismer är enligt Konkurrensverkets mening viktiga för att uppfylla direktivens syfte, dvs. fri rörlighet för tjänster och icke snedvriden konkurrens i alla medlemsstater.

Till skillnad från LOU finns det inget krav i LUF att ett ramavtal som upphandlats med endast en leverantör fastställer alla villkor för avrop. Detta framgår även av att ett avrop kan föregås av förhandling i enlighet med 4 kap. 2 § p. 9. Så länge ramavtalet innehåller uppgifter om vad en sådan förhandling ska innehålla. Detta följer av transparensprincipen. Såvitt gäller transparensen vill dock Konkurrensverket särskilt påtala följande. Enligt förfrågningsunderlaget har SL möjlighet att träffa de tilltänkta konsulterna för intervju innan överenskommelse om uppdrag ingås med mäklaren. Mäklaren ska även enligt avtalet offerera mer än en underkonsult. Konkurrensverket förutsätter att mötet med underkonsulterna syftar till att säkerställa att SL får det alternativ som bäst överensstämmer med avropsförfrågan och att detta är ett led i förhandlingarna *med SL:s avtalspart (konsultmäklaren)*.

³ Noteras kan dock att omsättningen angetts felaktigt i annonsen.

BESLUT

2013-06-26 Dnr 155/2013 6 (6)

Konkurrensverket avskriver ärendet.

Detta beslut har fattats av generaldirektören. Föredragande har varit upphandlingsrådet Ann Fryksdahl.

Dan Sjöblom

Ann Fryksdahl

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats

Kopia

Svenska teknik- och designföretagen