



Inom ramen för ramavtal

– lärdomar från fyra tillsynsärenden

INFORMATION FRÅN KONKURRENSVERKET



KONKURRENSVERKET
Swedish Competition Authority

Innehåll

Om rapporten	4
1. Ramavtal – vad är det och vilka regler gäller?	5
1.1 De unionsrättsliga principerna	6
1.1.1 Principen om icke-diskriminering	6
1.1.2 Principen om likabehandling	6
1.1.3 Principen om öppenhet	6
1.1.4 Proportionalitetsprincipen	6
1.1.5 Principen om ömsesidigt erkännande	6
1.2 Vad säger det nya direktivet (klassiska sektorn) om ramavtal?	7
1.2.1 Tilldelning av kontrakt i ramavtal med flera leverantörer	7
1.2.2 Tilldelning av kontrakt utan en förnyad konkurrensutsättning	7
1.2.3 Tilldelning av kontrakt delvis utan och delvis med en förnyad konkurrensutsättning	8
2. Väsentliga ändringar av villkor	9
2.1 Förutsättningar för ändringar av villkor i kontrakt	9
2.2 Effekt av väsentliga ändringar	10
2.3 Nya bestämmelser om ändring i kontrakt	11
3. Upphandla inom eller utom det direktivstyrda området?	12
3.1 Tröskelvärden	12
3.2 Kontraktsvärdesberäkningen är central	13
3.3 Vikten av en omsorgsfull marknadsanalys	14
3.4 Vad händer om det verkliga kontraktsvärdet visar sig överstiga tröskelvärdet?	14
3.5 Särskild försiktighet om upphandlingen avser ramavtal	14
4. Kombinerade ramavtal	16
4.1 Tillämpliga bestämmelser	16
4.2 Effekter av kombinerade ramavtal	17
4.3 Kombinerade ramavtal i praxis	18
5. Tilldelning av kontrakt i ramavtal med flera leverantörer med alla villkor fastställda	19
5.1 Rangordning	20
5.1.1 Begreppet annan fördelningsnyckel	20
5.1.1.1 Enskilds behov och val	21
5.1.1.2 Volymfördelning	22
5.1.1.3 Närhetsprincip	23
5.1.1.4 Prisjusteringsklausul	23
Bilagor	
Bilaga 1 Försvarets materielverk	25
Bilaga 2 Kriminalvården	28
Bilaga 3 Bostads AB Poseidon	32
Bilaga 4 Region Skåne	35

Om rapporten

Bakgrund och syfte

I genomsnitt avser en tredjedel av annonserade upphandlingar i Sverige upphandlingar av ramavtal.¹ En stor del av de offentliga inköpen sker därför genom avrop från ramavtal. I Konkurrensverkets tillsyn över upphandlingslagstiftningen har vi identifierat problem kring tillämpningen av ramavtal. Syftet med denna rapport är att sprida kunskap om tillämpningen av ramavtal för att bidra till en ökad regel- efterlevnad. Texten riktar sig främst till upphandlande myndigheter.

Under hösten 2013 uppmanade vi intressenter att inkomma med tips, erfarenheter och synpunkter via ett formulär på bland annat Konkurrensverkets webbplats. Vi har även inhämtat information till rapporten genom omvärldsbevakning och djupintervjuer. Utifrån de tillämpningsproblem vi ringade in valde vi ut fyra stycken tillsynsärenden. Till respektive tillsynsbeslut finns en fördjupande text där vi redogör för rättsläget samt lämnar stöd kring vad upphandlande myndigheter särskilt bör tänka på i liknande situationer.

De ärenden som ingår i rapporten berör beräkning av kontraktswärde, annonseringsskyldighet, avvikelser från villkor i ramavtal, tillämpning av fördelningsnycklar och brott mot de unionsrättsliga principerna.

Omfattning

Projektet är avgränsat till de frågeställningar som respektive tillsynsärende behandlar. Projektet omfattar lag (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Vi har valt att redogöra för relevanta delar i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling (klassiska sektorn).

¹ Se Konkurrensverkets rapportserie 2014:1 "Siffror och fakta om offentlig upphandling" s. 38 f.

1. Ramavtal – vad är det och vilka regler gäller?

Ett ramavtal är ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer med syfte att bestämma villkoren för senare tilldelning av kontrakt, så kallade avrop, under en given tidsperiod. Detta framgår av 2 kap. 15 § LOU.

Den största skillnaden mellan ett ramavtal och ett upphandlingskontrakt är att det i ett ramavtal inte är bestämt vilka volymer som den upphandlande myndigheten kommer att köpa av det som omfattas av ramavtalet.

Reglerna om ramavtal finns i 5 kap. LOU. En upphandlande myndighet får ingå ramavtal av både varor, tjänster och byggtjänster. Detta anges i 5 kap. 1 § LOU.

Ramavtal får inte användas på ett olämpligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen hindras, begränsas eller snedvrids. Detta tar inte sikte på den upphandlande myndighetens *syfte* vid användning av ramavtalet, utan på den *effekt* som kan konstateras. Detta följer av artikel 32.2 i direktiv 2004/18/EG. Det innebär att upphandlande myndigheter vid upphandling av ramavtal måste tänka igenom hur konkurrens bäst kan utnyttjas vid avrop från ett ramavtal.

Det finns tre olika typer av ramavtal.

- » Ramavtal med en leverantör där alla villkor för avrop är fastställda.
- » Ramavtal med flera leverantörer där alla villkor för avrop är fastställda.
- » Ramavtal med flera leverantörer där alla villkor för avrop *inte* är fastställda.



1.1 De unionsrättsliga principerna

De grundläggande unionsrättsliga principerna för offentlig upphandling anges i 1 kap. 9 § LOU och gäller för all upphandling av varor, tjänster och byggentreprenader. Principerna innebär bland annat att upphandlande myndigheter inte får tilldela kontrakt på ett godtyckligt sätt.

1.1.1 Principen om icke-diskriminering

Principen om icke-diskriminering innebär att det är förbjudet att direkt eller indirekt diskriminera leverantörer på grund av nationalitet. Även om den upphandlande myndigheten inte förväntar sig några utländska anbud får den vid utformningen av förfrågningsunderlaget inte införa krav som enbart svenska företag känner till eller kan utföra. Den upphandlande myndigheten får till exempel inte ge ett lokalt företag företräde.

1.1.2 Principen om likabehandling

Principen om likabehandling innebär att alla leverantörer ska behandlas lika och ges lika förutsättningar. Alla måste exempelvis få samma information vid samma tillfälle.

1.1.4 Proportionalitetsprincipen

Med proportionalitetsprincipen menas att kraven på leverantören och kraven i kravspecifikationen måste ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till det som upphandlas. De krav som ställs ska vara både lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet med upphandlingen. Om det finns flera alternativ bör det alternativ väljas som är minst ingripande eller belastande för leverantörerna.

1.1.3 Principen om öppenhet

Principen om öppenhet innebär en skyldighet för den upphandlande myndigheten att skapa öppenhet genom att lämna information om upphandlingen och hur den kommer att genomföras. För att anbudsgivarna ska ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget vara klart och tydligt och innehålla samtliga krav på det som ska upphandlas. Därmed blir det förutsebart för leverantörerna vad som är av störst vikt vid valet av leverantör.

1.1.5 Principen om ömsesidigt erkännande

Principen om ömsesidigt erkännande innebär att intyg och certifikat som har utfärdats av en medlemsstats behöriga myndigheter ska gälla också i övriga EU/EES-länder.

1.2 Vad säger det nya direktivet (klassiska sektorn) om ramavtal?

I februari 2014 antogs Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling (klassiska sektorn) och om upphävande av direktiv 2004/18/EG. Det nya direktivet kommer att ersätta 2004 års direktiv som ligger till grund för nuvarande lagstiftning. Direktivet ska vara implementerat hos medlemsstaterna senast under våren 2016.

I det nya direktivet är avsikten att behålla regleringen för ramavtal i stort sett som den är. Detta uttalas i skäl 60 till det nya direktivet. Direktivet syftar dock att klargöra vissa aspekter som rör ramavtal.

I det nya direktivet finns, till skillnad från det gamla direktivet, ingen bestämmelse om att antalet leverantörer i ett ramavtal med flera leverantörer som huvudregel måste vara tre till antalet. Det kommer därför att vara möjligt att ingå sådana ramavtal med endast två leverantörer även om det finns flera leverantörer som har lämnat godtagbara anbud.

1.2.1 Tilldelning av kontrakt i ramavtal med flera leverantörer

Regler för ramavtal med flera leverantörer med alla villkor fastställda finns angivna i artikel 33.4 i det nya direktivet.

Tilldelning av kontrakt i ramavtal med flera leverantörer kan enligt det nya direktivet ske på tre olika sätt. Kontrakt kan för det första tilldelas enligt villkoren i ramavtalet utan en förnyad konkurrensutsättning. För det andra kan kontrakt tilldelas med förnyad konkurrensutsättning. Det tredje sättet att tilldela kontrakt är genom en kombination av de två förstnämnda metoderna.

1.2.2 Tilldelning av kontrakt utan en förnyad konkurrensutsättning

I det nya direktivet finns uttryckliga bestämmelser om hur tilldelning av enskilda kontrakt ska gå till i ramavtal med flera leverantörer med alla villkor fastställda. Detta är en skillnad jämfört med 2004 års direktiv. Av det nya direktivet framgår att upphandlande myndigheter ska använda objektiva villkor för att fastställa vilken av ramavtalsleverantörerna som ska utföra det som avropas. Detta framgår av artikel 33.4 a. De objektiva villkoren ska anges i upphandlingsdokumenten för ramavtalet. Bestämmelsen syftar till att förtydliga att tilldelning av kontrakt under ett ramavtals löptid ska göras objektivt, transparent och i enlighet med de grundläggande principerna. Den nuvarande bestämmelsen i 5 kap. 6 § andra stycket LOU har bedömts motsvara vad som anges i det nya direktivet.² Artikel 33.4 a kan därför sägas vara ett förtydligande av de regler som redan gäller. Det har ändå föreslagits att ordalydelsen i LOU ska ändras för att stämma överens med vad som anges i det nya direktivet.

I det nya direktivet förtydligas att de objektiva villkoren för tilldelning av kontrakt i ramavtal med alla villkor fastställda *får innefatta* de berörda fysiska personernas behov eller val. Detta anges i skäl 61 i det nya direktivet. En fördelningsnyckel i ett ramavtal för exempelvis varor eller tjänster som ska användas av fysiska personer får alltså ta hänsyn till enskilda personers behov eller val.³

² Se Ds 2014:25 s. 419.

³ Se Ds. 2014:25 s. 420.

Om en upphandlande myndighet bedömer det som lämpligt att i ett ramavtal använda en fördelningsnyckel som tar hänsyn till individens behov eller val kan en sådan fördelningsnyckel användas i stället för, eller tillsammans med, rangordning. Rangordning är alltså inte huvudprincip för tilldelning av kontrakt. Det är upp till upphandlande myndigheter att bedöma vilken typ av fördelningsnyckel som ska användas i det enskilda fallet. För att säkra att en fördelningsnyckel som tar hänsyn till enskildas behov eller val är objektiv kan den kompletteras med exempelvis rangordning som kan användas om den berörda personen inte kan eller inte vill välja.⁴

1.2.3 Tilldelning av kontrakt delvis utan och delvis med en förnyad konkurrensutsättning

I artikel 34.4 b i det nya direktivet ges en möjlighet att i ett och samma ramavtal ha en del där alla villkor för tilldelning är fastställda och en del där alla villkor inte är fastställda. Det nya direktivet ger alltså utrymme att tilldela kontrakt enligt både en i ramavtalet fastställd fördelningsnyckel och enligt en förnyad konkurrensutsättning. Av praxis framgår dock att det även enligt nu gällande rätt har varit möjligt att i ett ramavtal kombinera två olika metoder för avrop.⁵

⁴ Se Ds. 2014:25 s. 421f.

⁵ Se vidare avsnitt 4 "Kombinerade ramavtal".



2. Väsentliga ändringar av villkor

Detta kapitel behandlar principiella frågeställningar att beakta vid väsentliga ändringar av villkor i ett ramavtal. Ett utförligare resonemang knutet till ett konkret ärende återfinns i bilaga 1, Konkurrensverkets tillsynsbeslut mot Försvarets materielverk.



Det händer inte alltför sällan att upphandlande myndigheter inser att upphandlingsunderlag eller kontraktsvillkor av olika anledningar behöver kompletteras eller ändras. Vid tilldelning av kontrakt som grundar sig på ett ramavtal får emellertid inte parterna väsentligt avvika från villkoren i ramavtalet. Detta följer av 5 kap 2 § andra stycket LOU. Vad som är en väsentlig avvikelse från ett ramavtals villkor framgår emellertid inte av bestämmelsen. Ledning kan hämtas från den praxis som bildats kring *väsentliga ändringar* av kontrakt.

Om villkor som är *väsentliga* för ett offentligt kontrakts fullgörande förändras under avtalets löptid, finns en risk att ändringarna anses utgöra nya kontrakt. Ett sådant nytt kontrakt ska då som huvudregel annonseras enligt bestämmelserna i upphandlingslagarna.

2.1 Förutsättningar för ändringar av villkor i kontrakt

Under vilka omständigheter ändringar av villkor i kontrakt och ramavtal kan göras av upphandlande myndigheter kan som konstaterats ovan inte utläsas vare sig i nuvarande upphandlingslagstiftning eller i upphandlingsdirektiven. Frågan om väsentlig ändring har lämnats till praxis att utveckla, främst utifrån de unionsrättsliga principerna för offentlig upphandling.

Syftet med begränsningen av möjligheten att ändra omfattningen av en upphandling efter att förfarandet redan påbörjats är att främja konkurrensen på marknaden. Alla potentiella leverantörer ska få samma chans att lämna anbud efter att ha sett ett annonserat förfrågningsunderlag. Det ska vara möjligt att utifrån informationen i förfrågningsunderlaget utläsa omfattningen av upphandlingen och kraven på det föremål som upphandlas.

Flera gånger har olika domstolar prövat frågan om var gränsen går för att en ändring under pågående upphandling är tillåten. EU-domstolen har sagt genom en dom att om ändringar innebär *betydande* skillnader och om parterna genom ändringen visar en önskan att i ett sent skede omförhandla de väsentliga villkoren i avtalet så måste upphandlingen göras om.⁶ I en annan dom gav EU-domstolen praktiska exempel på vilka ändringar i ett offentligt kontrakt som kan anses vara betydande.⁷

⁶ Se mål C-337/98 Kommissionen mot Frankrike, punkt 44 och 46.

⁷ Se mål C-454/06 Presstext, punkt 35 - 37.



Betydande ändringar kan vara när ändringen:

- 1. innebär att det införs villkor i kontraktet som, om de hade förekommit i det ursprungliga upphandlingsförfarandet, skulle ha gjort det möjligt att godkänna andra anbudsgivare än dem som ursprungligen godkändes eller att anta ett annat anbud än det som ursprungligen antogs,*
- 2. medför att kontraktets tillämpningsområde i väsentlig utsträckning utsträcks så att det även omfattar sådant som inte först avsågs, eller*
- 3. medför att kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den anbudsgivare som tilldelats kontraktet på ett sätt som inte föreskrevs i det ursprungliga kontraktet.*

EU-domstolen har därefter upprepat övervägandena i *Presstext* i ett flertal avgöranden.⁸ Frågan om förutsättningarna för att göra ändringar i ingångna kontrakt har även varit föremål för avgöranden i svenska domstolar.⁹

2.2 Effekt av väsentliga ändringar

Genom att läsa förfrågningsunderlaget ska alla potentiella leverantörer kunna förstå omfattningen av upphandlingen och kraven på det föremål som upphandlas. Efter annonsering av förfrågningsunderlaget och tilldelning är det inte tillåtet att göra väsentliga ändringar av avtalet. En sådan ändring kan strida mot principerna om öppenhet och likabehandling som finns i 1 kap. 9 § LOU och avtalet kan klassas som en otillåten direktupphandling.¹⁰

Det finns vidare en risk för den upphandlande myndigheten att kontraktet förklaras ogiltigt efter ansökan om överprövning av

leverantör. Ett exempel på en väsentlig ändring kan vara att den upphandlande myndigheten gör ett avrop från ett ramavtal där myndigheten inte är en av de avropsberättigade myndigheterna eller att avropet inte omfattar ramavtalets varor.¹¹

I vissa fall kan upphandlande myndigheter direktupphandla. Vid en sådan upphandling ställs inga krav på hur en leverantör ska anlitas. En förutsättning för att en upphandlande myndighet ska få direktupphandla är att det totala uppskattade värdet av ett kontrakt uppgår till högst 28 procent av det tröskelvärde som anges i 3 kap. 1 § första stycket 2 och andra stycket LOU. Direktupphandling får också användas om förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering i 4 kap. 5-9 §§ LOU är uppfyllda. Förutsättningarna som då ska föreligga är exempelvis tekniska skäl, ensamrätt eller om det finns synnerliga skäl. Det framgår av 15 kap. 3 § andra stycket LOU.

⁸ Se bland annat mål C-91/08 Wall, punkterna 37 - 38, mål C-160/08 Kommissionen mot Tyskland, punkt 99 och mål C-250/07 Kommissionen mot Grekland, punkt 52. Se även generaladvokat Wathelets förslag till avgörande i mål C-576/10 Kommissionen mot Nederländerna, punkt 52, generaladvokat Bots förslag till avgörande i mål C-91/08 Wall, punkterna 50-54 samt generaladvokat Trstenjak förslag till avgörande i mål C-160/08 Kommissionen mot Tyskland, punkt 132.

⁹ Se bland annat Kammarrätten i Jönköpings dom den 10 juli 2009 i mål nr 953-09, Kammarrätten i Stockholms dom den 14 juli 2010 i mål nr 6784-09 och Kammarrätten i Göteborgs dom den 15 mars 2013 i mål nr 6952-12.

¹⁰ Se Konkurrensverkets ansökan om upphandlingskadeavgift, Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 27 juni 2014 i mål nr 30512-13. Kammarrätten i Stockholm meddelade inte prövningstillstånd, mål nr 5322-14.

¹¹ Se Konkurrensverkets tillsynsbeslut dnr 117/2014

2.3 Nya bestämmelser om ändring i kontrakt

De nya upphandlingsdirektiven reglerar bland annat frågan om när upphandlande myndigheter kan göra ändringar i kontrakt och ramavtal utan att ändringarna ska anses innebära en ny upphandling.¹² Vi välkomnade i vårt remissvar till Genomförandeutredningens betänkande "Nya regler om upphandling" (Ds 2014:25 och SOU 2014:51) att det införs bestämmelser som uttryckligen anger detta. Vi betonade särskilt att en sådan reglering kan vara av stöd för upphandlande myndigheter i förhandlingar med leverantörer angående förändringar i befintliga avtal till förmån för leverantören. Vår förhoppning är vidare att det blir enklare för samtliga intressenter att bedöma om en ändring är tillåten och att detta på sikt kan minska antalet otillåtna direktupphandlingar.

Artikel 72 "Ändring av kontrakt under löptiden" i direktiv 2014/24/EU sammanfattas nedan:

Kontrakt och ramavtal får ändras utan nytt upphandlingsförfarande i följande fall:

- » Om ändringarna anges i upphandlingsdokumenten genom tydliga ändringsklausuler.
- » Kompletterande köp, där prisökningar inte får vara högre än 50 procent av det ursprungliga kontraktets värde.
- » Oförutsedda omständigheter, där prisökningar inte får vara högre än 50 procent av det ursprungliga kontraktets värde.
- » Leverantörsbyte (i vissa begränsade fall).
- » Om ändringarna inte bedöms väsentliga.

Följande ändringar ska i alla händelser anses vara väsentliga och kräver därför ett nytt upphandlingsförfarande:

- » Kontraktets eller ramavtalets ekonomiska jämvikt ändras.
- » Kontraktets eller ramavtalets omfattning utvidgas betydligt.
- » Leverantörsbyte.



¹² Se art. 72 i direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling och art. 89 i direktiv 2014/25/EU om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

Att tänka på!

- » Inför inte villkor i kontrakt som skulle gjort det möjligt att godkänna andra anbudsgivare än de ursprungliga.
- » Utsträck inte kontrakt till att omfatta andra varor/tjänster/byggentreprenader som ursprungligen inte avsågs.
- » Ändra inte villkor i kontraktet som innebär att den ekonomiska jämvikten ändras till förmån för den anbudsgivare som tilldelats kontraktet.
- » Väsentliga ändringar kan medföra att upphandlande myndighet gör en otillåten direktupphandling.



3. Upphandla inom eller utom det direktivstyrda området?



Detta kapitel behandlar principiella frågeställningar att beakta vid beräkning av kontraktsvärde och vid val av upphandlingsförfarande. Ett utförligare resonemang knutet till ett konkret ärende återfinns i bilaga 2, Konkurrensverkets tillsynsbeslut mot Kriminalvården.

Innan ett offentligt upphandlingsförfarande annonseras, måste den upphandlande myndigheten göra ett grundläggande val – nämligen att välja vilket upphandlingsförfarande som ska ligga till grund för det framtida avtalet. Ett av många överväganden som myndigheten måste göra är att uppskatta det ekonomiska värdet av det som ska upphandlas. Den upphandlande myndigheten har ofta god kännedom om sitt behov av varan eller tjänsten, och kan därför göra en relativt precis uppskattning av avtalsvärdet. Ibland kan den motsatta situationen förekomma, det vill säga att myndigheten har svårt att bedöma avtalsvärdet för den vara, tjänst eller byggtreprenad som ska upphandlas.

3.1 Tröskelvärden

Reglerna som är gemensamma för hela EU:s inre marknad gäller endast för upphandlingar över vissa värden, så kallade tröskelvärden. Det är främst här, vid de värdemässigt större upphandlingarna, som företagen inom andra medlemsstater väntas vara intresserade av att bevaka affärsmöjligheter och anbudsmarknader i andra länder än hemlandet för att eventuellt lämna in ett anbud. Vid upphandling gäller olika bestämmelser i LOU beroende på om värdet beräknas vara över eller under tröskelvärdet.

Upphandlingar vars kontraktsvärde överstiger tröskelvärdena, och som inte avser sådana tjänster utan gränsöverskridande intresse som endast omfattas av 15 kap. LOU, ska annonseras i Europeiska unionens officiella tidning.¹³ Syftet med att tillgängliggöra annonser om upphandlingar på detta sätt är att garantera en tillfredsställande och gränsöverskridande konkurrensutsättning av offentliga kontrakt inom EU:s och ESS-områdets medlemsstater. Kontrakt vars värden understiger tröskelvärdena ska upphandlas enligt bestämmelserna i 15 kap. LOU, vilket innebär att annonsering endast sker i Sverige.¹⁴ Den begränsade annonseringen leder följaktligen till kraftigt minskade möjligheter för företag i andra medlemsstater att konkurrera om sådana kontrakt.

¹³ Se 7 kap. 1 § LOU.

¹⁴ Se 1 kap. 2 § andra stycket LOU.

3.2 Kontraktsvärdesberäkningen är central

När en upphandlande myndighet ska beräkna värdet av ett kontrakt eller ett ramavtal ska bestämmelserna i 3 kap. respektive 15 kap. LOU följas. Där stadgas att värdet ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Options- och förlängningsklausuler ska beaktas som om de utnyttjats.¹⁵ En upphandlande myndighet får inte dela upp en planerad anskaffning av varor eller tjänster i syfte att kringgå bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena i LOU.¹⁶ Upprepade upphandlingar av samma kategori varor och tjänster under ett räkenskapsår ska sammanräknas vid värdeberäkningen.¹⁷ Även andra poster, som inte avser direkta utbetalningar, ska omfattas av beräkningsgrunden.¹⁸ Värdet av ett ramavtal ska beräknas till det högsta sammanlagda värdet av samtliga kontrakt som planeras under ramavtalets löptid.¹⁹ Enbart valet av upphandlingsförfarande kan inte sägas utgöra en kontraktsvärdesberäkning.

Kontraktsvärdesberäkningen ska ske i samband med att annonsen om upphandlingen skickas ut enligt 7 kap. 1 § LOU. Detta framgår av 3 kap. 4 § LOU. Kontraktsvärdesberäkningen för upphandlingar under tröskelvärdet går i praktiken till på samma sätt. Det är alltså den upphandlande myndighetens bedömning av vilket kontraktsvärde varan eller tjänsten kan komma att uppgå till, som ligger till grund för val av förfarande. Av det skälet är det viktigt att den upphandlande myndigheten iakttar nog-

grannhet vid bedömningen. Även om det i praktiken är den upphandlande myndigheten som gör bedömningen av värdet inför annonsering så måste bedömningen kunna motiveras på objektiva grunder.²⁰

I svårbedömda fall är det lämpligt att göra en restriktiv bedömning, och välja att genomföra upphandlingen som ett öppet eller selektivt förfarande. Ingenting hindrar en upphandlande myndighet från att tillämpa öppet eller selektivt förfarande även i fall där kontraktsvärdet kommer att understiga tröskelvärdena.²¹ Det är lämpligt att göra så exempelvis när den upphandlande myndigheten bedömer att det finns en risk – även en liten sådan – att tröskelvärdet överskrids.

¹⁵ Se 3 kap. 3 § och 15 kap. 3 a § LOU.

¹⁶ Se 3 kap. 5 § och 15 kap. 3 a § LOU.

¹⁷ Se 3 kap. 10 § och 15 kap. 3 a § LOU.

¹⁸ Se Kammarrätten i Jönköpings dom den 9 oktober 2008 i mål 2511-08, Kammarrätten i Stockholms dom den 15 juni 2011 i mål 3056-11 och Kammarrätten i Stockholms dom den 22 juli 2011 i mål 3103-11.

¹⁹ Se 3 kap. 13 § LOU.

²⁰ Se Prop. 2006/2007:128 s. 315.

²¹ Se 15 kap. 2 § 4 st. LOU.

3.3 Vikten av en omsorgsfull marknadsanalys

För att kunna välja rätt upphandlingsförfarande är det viktigt att den upphandlande myndigheten har en god uppfattning om varans eller tjänstens värde. För att skaffa sig den kunskapen bör myndigheten genomföra en marknadsanalys. Denna ger också förutsättningar för att kunna göra en så bra affär som möjligt i övrigt. Då priset är en faktor som kan variera mer över tid än en del andra villkor är det bästa sättet att skaffa sig en bild av prisläget på marknaden att föra dialog med leverantörerna. Att föra dialog är både tillåtet och önskvärt, så länge dialogen inte leder till att någon leverantör ges en otillbörlig konkurrensfördel. Att principerna om likabehandling och öppenhet iakttas är därför grundläggande förutsättningar i alla kontakter med leverantörer. Ett sätt att föra dialog i syfte att få kännedom om marknaden är att publicera en så kallad Request For Information, RFI. Leverantörerna ges då tillfälle att lämna sina synpunkter på myndighetens frågeställningar under en viss angiven tid, och myndigheten använder sedan inkommen information vid utarbetandet av förfrågningsunderlaget.

3.4 Vad händer om det verkliga kontraktsvärdet visar sig överstiga tröskelvärdet?

Det kan naturligtvis uppstå situationer där en upphandlande myndighet har gjort en felaktig bedömning. Exempelvis kan myndigheten ha uppskattat avtalsvärdet till ett lägre belopp än vad det med facit i hand faktiskt uppgår till. I de fall där myndig-

heten har valt att tillämpa ett förenklat upphandlingsförfarande och det efter hand konstateras att det slutliga avtalsvärdet har varit för högt för att ett sådant förfarande rätteligen fått tillämpas, har inte en tillräcklig konkurrensutsättning av det offentliga kontraktet skett. Om upphandlingen avser enskilda varu- eller tjänstekontrakt, ska den upphandlande myndigheten inte fullfölja förfarandet. Lämpligast är att avbryta upphandlingen, och göra om den med tillämpning av rätt förfarande.

3.5 Särskild försiktighet om upphandlingen avser ramavtal

Om upphandlingen avser ramavtal måste särskild försiktighet iakttas. Ett ramavtal har i sig själv inte något på förhand bestämt värde, utan är avsett att ligga till grund för ett flertal framtida kontraktstilldelningar. Dessa kan vad avser volym och antal vara svåra att i förväg bedöma. Det är lätt hänt att en upphandlande myndighet snabbt kan komma att överskrida tröskelvärdet för det fall den har valt att tillämpa ett förenklat upphandlingsförfarande.²²

När den upphandlande myndigheten har svårt att bedöma volym och antal är det därför i vissa fall lämpligt att inte tillämpa ett förenklat förfarande.²³ Risken kan i en sådan situation vara stor att omständigheter såsom en upphandlande myndighets organisatoriska komplexitet, ledtider mellan leverantör och beställare, brister i kommunikation, eller den mänskliga faktorn, leder till fortsatta kontraktstilldelningar även efter att tröskelvärdet har överskridits.

²² Det nu sagda gäller inte ramavtal avseende s.k. B-tjänster, som får upphandlas genom tillämpning av förenklat förfarande.

²³ Se Konkurrensverkets tillsynsbeslut, dnr 690/2013.



Att tänka på!

- » Genomför gärna en marknadsanalys för att få en god uppfattning om varans, tjänstens eller byggentreprenadens kontraktsvärde.
- » Beräkna värdet av ett ramavtal till det högsta sammanlagda värdet av samtliga kontrakt som planeras under ramavtalets löptid.
- » Tillämpa försiktighetsprincipen vid val av förfarande.



4. Kombinerade ramavtal



Detta kapitel behandlar principiella frågeställningar att beakta vid kombinerade ramavtal. Ett utförligare resonemang återfinns i bilaga 3, Konkurrensverkets tillsynsbeslut mot Bostads AB Poseidon.

Genom praxis har olika modeller av ramavtal utvecklats, bland annat sådana som kombinerar rangordning och förnyad konkurrensutsättning som avropsordning i ett och samma ramavtal. Det finns också exempel där den upphandlande myndigheten har genomfört två olika ramavtalsupphandlingar avseende samma slags varor, tjänster eller byggtreprenader där avropande myndigheter utifrån olika variabler kan avgöra vilket ramavtal som ska tillämpas vid avrop.²⁴

Typiskt sett brukar ett så kallat kombinerat ramavtal innebära ett ramavtal med flera leverantörer där en kombination av villkor för tilldelning används vid avrop. I upphandlingsunderlagen och ramavtalet ska det anges hur detta kommer att gå till. Exempelvis kan den upphandlande myndigheten ange att avrop som har ett visst fastställt ekonomiskt värde sker genom rangordning, medan ett avrop med överstigande värde sker genom förnyad konkurrensutsättning. Ett annat exempel är att vissa förutbestämda produkter ska avropas genom rangordning, medan andra avropas genom förnyad konkurrensutsättning. Det finns även kombinerade ramavtal där myndighetens behov och möjlighet att göra förnyade konkurrensutsättningar styr valet av avropsordning.

4.1 Tillämpliga bestämmelser

Principen om likabehandling innebär att lika situationer ska behandlas lika, om det inte finns sakliga skäl för en annan behandling.²⁵ *Principen om öppenhet* innebär att det finns en skyldighet för den upphandlande myndigheten att lämna insyn.²⁶ Dessa två principer innebär bland annat att tilldelningskriterierna ska vara formulerade på ett sådant sätt att anbudsgivarna kan tolka dem på samma sätt.²⁷

Det finns inga delar av upphandlingsförfarandet som kan undantas dessa krav. Det är av väsentlig betydelse för potentiella leverantörer i en ramavtalsupphandling att det genom upphandlingsunderlaget går att skaffa sig vetskap om hur kontraktstilldelning kommer att ske.

Om ramavtal har ingåtts med flera leverantörer och *alla* villkor för tilldelning är fastställda kan tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtalet ske genom tillämpning av villkoren i ramavtalet utan förnyad inbjudan att lämna anbud. Detta följer av 5 kap. 6 § LOU. Om ramavtal har ingåtts med flera leverantörer och om inte alla villkor är angivna i ramavtalet, ska parterna inbjudas att på nytt lämna anbud i enlighet med de villkor som anges i ramavtalet. Detta stadgas i 5 kap. 7 § LOU.

²⁴ Se den modell som använts av den upphandlande myndigheten i Konkurrensverkets tillsynsbeslut dnr 261/2014.

²⁵ Se bl.a. mål C-21/03 och C-34/03 *Fabricom*, punkt 27.

²⁶ Se bl.a. mål C-454/06 *Pressetext*, punkt 32.

²⁷ Mål C-19/00 *SIAC Construction*, punkt 41-42.

Dessa två bestämmelser genomför delar av artikel 32.4 i direktiv 2004/18/EG.

En viktig utgångspunkt inför upphandling av ett ramavtal är att den upphandlande myndigheten tar ställning till hur upphandlingen ska utformas så att konkurrensen inte påverkas negativt. Från ett leverantörsperspektiv är det viktigt med ett visst mått av förutsägbarhet så att leverantörer som är part i ramavtal kan uppskatta och planera hur stora resurser som måste avsättas till ett visst ramavtal. Detta framgår av förarbetena till LOU.²⁸ Det är av särskild vikt ur leverantörssynpunkt att veta i vilken mån förnyad konkurrensutsättning kommer att ske, eftersom detta är förenat med kostnader för de antagna ramavtalsleverantörerna. Om detta inte tydligt framgår kan det verka avskräckande för en leverantör att lämna anbud. Detta gäller särskilt för leverantörer ur ett SME-perspektiv (små och medelstora företag).

4.2 Effekter av kombinerade ramavtal

Det är viktigt att det finns objektiva och tydliga villkor för tilldelning i ett kombinerat ramavtal för när vilken av de två urvalsmodellerna ska användas. Om tydliga villkor saknas skapas en uppenbar risk att avropande myndigheter låter sig styras av andra hänsyn än rent objektiva. Detta medför vidare att leverantörer saknar möjligheter att ta reda på vilka omständigheter som kommer att avgöra valet av avropsmodell. Otydliga kriterier medför även att det blir svårt att kontrollera och säkerställa att valet av avropsordning sker opartiskt och utan ovidkommande hänsyn.

Att det förekommer två modeller med villkor för tilldelning i samma ramavtal eller i två kompletterande ramavtal får inte innebära att den avropande myndigheten vid en viss kontraktstilldelning själv kan välja mellan de olika kriterierna. Förutsatt att det i förfrågningsunderlaget tydligt föreskrivs vilka villkor som ska tillämpas vid valet av urvalsmodell och att detta inte lämnar något utrymme för avropande myndigheter att göra godtyckliga bedömningar, är en sådan ordning i enlighet med likabehandlingsprincipen och principen om öppenhet.²⁹ Det får heller inte kunna uppkomma situationer när båda modellerna skulle kunna tillämpas.³⁰

Vi anser att det inte finns något hinder mot att upphandla ett kombinerat ramavtal eller två stycken separata ramavtal med samma varor, tjänster och byggtreprenader där tilldelning av det ena avtalet sker efter rangordning och det andra med förnyad konkurrensutsättning.³¹ *Det måste alltid* i det enskilda fallet framstå som sakligt och på objektiva grunder motiverat att välja den ena eller andra modellen.

²⁸ Prop. 2006/2007:126 s. 173 ff.

²⁹ Se Konkurrensverkets yttrande i RÅ 2010 ref. 97. Göteborgs stads Upphandlings AB ./ . Agera VVS-Design AB m.fl.

³⁰ Se RÅ 2010 ref. 97.

³¹ Se skiljaktig mening i RÅ 2010 ref. 97.

4.3 Kombinerade ramavtal i praxis

Kammarrätten i Jönköping har funnit att en kombinerad avropsmodell, som innebar att avropande myndighet gavs en valfrihet mellan att tilldela kontrakt efter fastställd rangordning eller genom förnyad konkurrensutsättning, inte var förenlig med principerna om likabehandling och öppenhet.³² Av ramavtalsupphandlingens förfrågningsunderlag framgick att ”förnyad konkurrensutsättning kan komma att tillämpas under ramavtalstiden för större projekt än 1 000 000 SEK för de entreprenörer som har fått ramavtal”. Kammarrätten fann att kommunen, trots att kostnaden för ett projekt överstiger den fastställda beloppsgränsen, kan välja att tilldela kontrakt efter rangordning eller genom förnyad konkurrensutsättning. Kommunen ansågs därför ha gett sig själva en valfrihet i fråga om vilken avropsmodell som ska användas, i strid med principerna om likabehandling och öppenhet.

I Kammarrätten i Stockholms dom, som rörde Kammarkollegiets upphandling av kommunikationsutrustning, höll kammarrätten med om det som förvaltningsrätten kommit fram till.³³ I målet hade Kammarkollegiet meddelat tilldelningsbeslut och tecknat kontrakt med avropsordningen förnyad konkurrensutsättning. Kort därefter meddelades ett nytt tilldelnings-

beslut utifrån samma upphandling med avropsordningen rangordning. Enligt förfrågningsunderlaget stod det fritt för avropande myndigheter att välja mellan dessa två ramavtal med olika avropsordningar. Domstolarna fann att detta skulle medföra en betydande osäkerhet i fråga om vad en leverantör eventuellt skulle kunna få leverera. Den valda avropsordningen stod därför i strid mot principen om öppenhet.

Av rättsfallet RÅ 2010 ref 97 framgår att ett förfrågningsunderlag som ger den avropande myndigheten en valfrihet i fråga om vilken av två modeller som ska användas vid tilldelning av kontrakt, inte uppfyller kraven på likabehandling och transparens. I målet hade Göteborgs Stad Upphandlings AB genomfört en ramavtalsupphandling av tekniska konsulter. Förfrågningsunderlaget gav avropande myndigheter frihet att välja mellan rangordning eller förnyad konkurrensutsättning för kontrakt till ett värde mellan fem och tjugo basbelopp. Vald modell stod därför i strid med principerna om likabehandling och öppenhet.

³² Se Kammarrätten i Jönköpings dom den 15 november 2013 i mål nr 1247-13.

³³ Se Kammarrätten i Stockholms dom den 2 december 2010 i mål nr 7794-09.



Att tänka på!

- » Ange tydligt i upphandlingsdokumenten vilka villkor för tilldelning som gäller för respektive avropsordning.
- » Villkoren för tilldelning måste vara förutsägbara för anbudsgivare.
- » Skapa inte ett fritt utrymme för godtyckliga bedömningar vid val av avropsordning.

5. Tilldelning av kontrakt i ramavtal med flera leverantörer med alla villkor fastställda

Detta avsnitt behandlar principiella frågeställningar att beakta vid utformning av fördelningsnyckel vid tilldelning av kontrakt i ramavtal med flera leverantörer med alla villkor fastställda. Ett utförligare resonemang knutet till ett konkret ärende återfinns i bilaga 4, Konkurrensverkets tillsynsärende mot Region Skåne.



Om ramavtal ingås med flera leverantörer ska som huvudregel minst tre leverantörer antas. Det förutsätter att det finns ett tillräckligt antal anbud som kan godtas. Detta framgår av 5 kap. 5 § LOU. Om en upphandlande myndighet har ingått ramavtal med flera leverantörer, och alla villkor för senare tilldelning är fastställda i ramavtalet, får tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtalet göras genom användning av de angivna villkoren. Då behöver alltså ingen ny konkurrensutsättning genomföras. Det framgår av 5 kap. 6 § första stycket LOU.

Varken LOU eller direktivet innehåller några uttryckliga bestämmelser om vad som ska följas av en upphandlande myndighet vid tilldelning av enskilda kontrakt. I 5 kap. 6 § andra stycket LOU anges endast att kontrakt ska tilldelas den leverantör som har lämnat det bästa anbudet utifrån de villkor som angetts i ramavtalet. De leverantörer som är parter i ramavtalet behöver trots detta veta att upphandlande myndigheter tilldelar kontrakt enligt de unionsrättsliga principerna.³⁴

Vid upphandling av ramavtal enligt 5 kap. 6 § LOU måste samtliga villkor för tilldelning av kontrakt framgå av förfrågningsunderlaget. Det måste alltså framgå hur valet av leverantör går till vid avrop från ramavtalet. Detta följer bland annat av principen om öppenhet.

För att säkerställa att principerna följs vid tilldelning av kontrakt ställs det i förarbetena till LOU ett krav på att ett ramavtal ska innehålla en rangordning eller någon annan fördelningsnyckel som säkrar att tilldelning sker på ett objektivt sätt. Detta anges i prop. 2006/07:128 s. 172 ff. Detta kommer också till uttryck i RÅ 2010 ref. 97. Rangordning eller en annan fördelningsnyckel används alltså för att avgöra vilken av de leverantörer som är parter i ett ramavtal som ska tilldelas kontrakt vid avrop från ramavtalet.

³⁴ Se punkt 1.1 "De unionsrättsliga principerna".

5.1 Rangordning

Rangordning är en ordning för tilldelning av kontrakt enligt de villkor som anges i ett ramavtal. Ett exempel på rangordning är en numrerad lista med leverantörer. Den leverantör som har lämnat det bästa anbudet anges som nummer ett i listan och ska därför tilldelas kontrakt i första hand. Om leverantör nummer ett inte har möjlighet att leverera tillfrågats leverantör nummer två i ordningen och så vidare.

Rangordning av leverantörer är ett enkelt sätt för upphandlande myndigheter att försäkra sig om att tilldelning av kontrakt sker på ett objektivet sätt.

Rangordning passar bra som fördelningsnyckel i ramavtal med produkter som är likartade. I ramavtal i vilka upphandlande myndigheter inte på egen hand kan formulera sitt behov passar däremot inte rangordning lika bra. I dessa fall kan det vara bättre att i stället tillämpa en annan fördelningsnyckel för tilldelning av kontrakt.

5.1.1 Begreppet annan fördelningsnyckel

En annan fördelningsnyckel kan beskrivas som en objektiv metod för tilldelning av kontrakt som inte är en rangordning. I förarbetena till LOU har regeringen uttalat följande om tilldelning av kontrakt med en annan fördelningsnyckel.

”En särskild svårighet uppkommer om den upphandlande myndigheten inte på egen hand kan formulera sitt behov. Detta gäller exempelvis i de fall som en patient eller annan vård- eller omsorgstagare kan påverka valet av leverantör och därigenom ha inflytande på de tjänster eller varor som en upphandlande myndighet ska tillhandahålla. En upphandlande myndighet måste följaktligen under vissa förutsättningar ha möjlighet att frånga den i avtalet fastlagda rangordningen. Det anförda innebär, enligt regeringens mening, inte att det är motiverat att avstå från att kräva att ramavtal ska

innehålla en fastlagd rangordning. I de fall detta inte är möjligt eller är förenat med påtagliga nackdelar bör dock avtalet innehålla andra grunder för i vilken ordning leverantörerna ska ha möjlighet att leverera. Dessa grunder måste tillgodose kraven på icke-diskriminering osv.”³⁵

I SOU 2013:12 ”Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling” uppmärksammades att kritik har riktats mot ovanstående förarbetsuttalande. Uttalandet ansågs vara alltför begränsande och rättsligt oförutsebart. Enligt utredningens bedömning har uttalandet lett till att enskilda val sällan tillämpas som avropsgrund i praktiken och det kan ifrågasättas om uttalandet har begränsat utrymmet för enskildas val mer än vad EU-rätten kräver.³⁶ Genom att rekommendera rangordning som huvudprincip har därmed flexibiliteten i ramavtal blivit mindre än vad den skulle kunna ha varit.

Varken EU-rätten eller den svenska lagstiftningen ger stöd för att andra fördelningsnycklar får användas endast om det är omöjligt eller innebär stora nackdelar att använda rangordning. Vi anser därför att det inte finns någon anledning att utgå från att rangordning ska användas i första hand vid tilldelning av kontrakt med alla villkor fastställda. I stället är det upp till den upphandlande myndigheten att bestämma om rangordning eller en annan fördelningsnyckel ska användas vid tilldelning av kontrakt. Om en annan fördelningsnyckel ska användas måste den emellertid vara utformad så att tilldelning av kontrakt sker på ett *objektivt* sätt. Ur ett leverantörsperspektiv är det viktigt med ett tillfredsställande mått av förutsägbarhet. Dessutom måste unionsrättsliga principerna för upphandling alltid följas.

³⁵ Se prop. 2006/07:128 s. 175.

³⁶ Se SOU 2013:12 s. 319 och Ds 2014:25 s. 419.

Vad som kan vara en annan fördelningsnyckel måste avgöras i varje enskilt fall. Hänsyn ska tas till föremålet för upphandlingen samt hur den aktuella marknaden ser ut. I praxis har frågan om annan objektiv fördelningsnyckel ofta kommit att handla om huruvida det har funnits särskilda skäl för avsteg från rangordning.³⁷ I redogörelsen för praxis nedan avgränsar vi oss till fall där upphandlande myndigheten valt att tillämpa en annan objektiv fördelningsnyckel.

5.1.1.1 Enskilds behov och val

Vad gäller tilldelning av kontrakt i ramavtal med alla villkor fastställda har det i förarbetena uttalats att en särskild svårighet uppkommer om den upphandlande myndigheten inte på egen hand kan formulera sitt behov. Som exempel ges det fall då en patient eller en annan vård- eller omsorgstagare genom möjlighet att påverka valet av leverantör kan utöva inflytande på de tjänster eller varor som myndigheten ska tillhandahålla.³⁸ I dessa fall menar regeringen att avsteg kan göras från en rangordning i ett ramavtal. Rangordning ska enligt vår mening därmed inte ses som en huvudprincip för tilldelning av kontrakt. Uttalandet i förarbetena är dock ett exempel på en situation då det är bättre att vid avrop använda en annan fördelningsnyckel än rangordning.

En fördelningsnyckel som tar hänsyn till patientens behov används av Region Skåne i ramavtal för hjärtklaffar samt i ramavtal för förbrukningsprodukter inom radiologi.³⁹ Det kan i liknande fall vara nödvändigt att använda en fördelningsnyckel som innehåller andra parametrar än rangordning. I ett avgörande som rörde Stockholms läns

landstings upphandling av tjänster inom klinisk fysiologi och neurofysiologi tyckte kammarrätten att det var tillåtet att använda en annan fördelningsnyckel än rangordning. I upphandlingsdokumenten i den upphandling som målet handlade om angavs att patienter inom Stockholms läns landsting hade rätt att fritt välja bland de antagna leverantörerna. Patienternas rätt att välja utförare av tjänsten ifråga framgick av lag. Kammarrätten uttalade att vad som var det bästa anbudet vid varje enskilt avrop var den leverantör som patienten i samråd med sin läkare valde och inte enbart det anbud som hade det lägsta priset. Enligt kammarrätten fanns det därmed ingen risk att den som gjorde avropet kunde göra en godtycklig bedömning.⁴⁰

Kammarrätten i Göteborg har även avgjort ett mål som rörde en upphandling av utbildning i svenska för invandrare. I målet höll kammarrätten med i den bedömning som förvaltningsrätten hade gjort.⁴¹ Upphandlingen ifråga var uppdelad i olika delområden. För varje delområde kunde mer än en leverantör antas. Enligt den modell för avrop som användes i upphandlingen gjordes först en bedömning av den enskildes behov av utbildning. I samband med detta togs även hänsyn till den enskildes önskemål om utbildningsplats. Därefter valdes det område för utbildning som motsvarade den enskildes behov. Om den enskilde inte hade något önskemål om utbildningsplats valdes den leverantör som var först i den i ramavtalet fastställda rangordningen. Förvaltningsrätten kom fram till att fördelningsnyckeln inte stred mot LOU eller mot de grundläggande principerna.

³⁷ Kammarätten i Stockholm har i mål nr 7433-09 respektive Kammarätten i Jönköping i mål 229-10 bl.a. slagit fast att upphandlande myndigheter har möjlighet att i vissa situationer frångå rangordning i ramavtal.

³⁸ Prop. 2006/07:128 s. 175.

³⁹ Se Konkurrensverkets ärenden med dnr 98/2014 och 99/2014.

⁴⁰ Se Kammarätten i Stockholms dom den 21 oktober 2009 i mål nr 7433-09.

⁴¹ Se Kammarätten i Göteborgs dom den 27 februari 2014 i mål nr 7585-13.

Av rättsfallen följer att det vid utformning av fördelningsnyckel redan enligt gällande rätt är möjligt att ta hänsyn till individens val när detta framgår av lag. Det är även möjligt att i andra fall ta hänsyn till individens behov och val. Det som krävs för att en fördelningsnyckel, som tar hänsyn till individens val eller behov, ska vara tillåten enligt LOU är att principerna om offentlig upphandling följs. Dessutom krävs att fördelningsnyckeln inte får lämna utrymme för godtyckliga bedömningar från avroparens sida. För att det inte ska uppstå situationer då det är möjligt för avroparen att göra en godtycklig bedömning kan en fördelningsnyckel som tar hänsyn till individens behov eller val behöva kompletteras med exempelvis rangordning. Rangordningen kan då användas i de fall då den enskilda individen inte kan eller inte vill göra ett val. På så vis kan den upphandlande myndigheten vara säker på att fördelningsnyckeln leder till objektiva bedömningar vid samtliga avrop.

I de nya direktiven klargörs att det finns möjlighet att ta hänsyn till den enskildas behov eller val. Se mer om detta i avsnitt 1.2 på sidan 7.

5.1.1.2 Volymfördelning

Volymfördelning har föreslagits som en annan objektiv fördelningsnyckel.⁴²

En volymfördelning kan exempelvis göras genom att leverantörer får lämna olika pris på en tjänst beroende på vilken mängd av tjänsten som ska avropas. Vid avrop tilldelas kontrakt till den leverantör som lämnat det lägsta priset givet den mängd som avropas.

En fördelningsnyckel bestående av volymfördelning godtog i ett mål som rörde en upphandling av flytt-, transport- och magasineringstjänster.⁴³ I målet tilldelades kontrakt till den leverantör som lämnat det lägsta priset och som motsvarade

det kapacitetsbehovet för den tjänst eller det uppdrag som avropades. Förvaltningsrätten uttalade att urvalet skedde helt med utgångspunkt i de priser som lämnats i anbudet. Tilldelning ansågs därför ske på objektiva grunder och med iakttagande av likabehandlingsprincipen. I målet gjorde Kammarrätten i Göteborg samma bedömning som förvaltningsrätten.

En annan variant av volymfördelning är att tilldela kontrakt efter leverantörernas ställning i rangordningen. Detta kan göras på så vis att leverantör nummer ett får 50 procent av avropen, leverantör nummer två får 30 procent av avropen och leverantör nummer tre får 20 procent av avropen.

Ett problem som uppstår med en sådan fördelningsnyckel är att avropen kan ha olika värde. Detta kan leda till att en leverantör som är lägre ner i rangordningen får avrop till ett högre värde. För att lösa detta problem kan avrop i stället fördelas procentuellt efter vilket värde de har. Kontrakt ska dock tilldelas den leverantör som lämnat det bästa anbudet. Med en volymfördelning där kontrakt tilldelas efter leverantörernas ställning i rangordningen kommer kontrakt endast till viss del att tilldelas den leverantör som lämnat det bästa anbudet. Detta är fallet oavsett om leverantörerna tilldelas ett visst antal avrop eller avrop till ett visst värde. Resterande kontrakt kommer därför att med båda typerna av volymfördelning att tilldelas de leverantörer som lämnat det näst bästa respektive det tredje bästa anbudet. En fördelningsnyckel i form av en volymfördelning riskerar därför att bryta både mot 5 kap. 6 § LOU samt mot likabehandlingsprincipen.

Ytterligare ett problem som kan uppstå med volymfördelning är att det finns en risk att de kvoter efter vilka leverantörerna ska tilldelas kontrakt inte uppfylls. Vissa leverantörer kan då bli helt utan avrop

⁴² Se SOU 2013:12 s. 321.

⁴³ Se Kammarrätten i Göteborgs dom den 25 oktober 2011 i mål nr 6541--6544-11.

trots att de enligt villkoren i ramavtalet ska få en viss del av avropen. Därmed finns en risk att den upphandlande myndigheten gör sig skyldig till avtalsbrott.

5.1.1.3 Närhetsprincip

Ett ytterligare förslag på annan fördelningsnyckel är att tilldela kontrakt efter en närhetsprincip.⁴⁴ Ett exempel på detta kan vara att i ett ramavtal om färdtjänst tilldela kontrakt till den leverantör som snabbast kan vara på plats hos brukaren. Ett annat exempel där en närhetsprincip kan användas som fördelningsnyckel är i ett ramavtal om snittblommor eller någon annan typ av färskvaror som till sin natur är sådana att de snabbt behöver komma fram till avroparen.

Om krav ställs på avstånd mellan leverantör och beställare finns det en risk att leverantörer diskrimineras. Detta eftersom leverantörer som befinner sig längre ifrån den upphandlande myndigheten inte har möjlighet att konkurrera på samma villkor som leverantörer som bedriver verksamhet nära den upphandlande myndigheten. Om krav ställs på närhet måste de därför vara proportionerliga och sakligt motiverade i förhållande till det som

upphandlas. Upphandlande myndigheter måste alltså noga fundera över om det är nödvändigt att tilldela kontrakt efter en närhetsprincip. Om så inte är fallet strider det mot diskrimineringsprincipen i 1 kap. 9 § LOU att tilldela kontrakt efter en närhetsprincip.⁴⁵

5.1.1.4 Prisjusteringsklausul

I ramavtal om livsmedel med flera leverantörer har det i förarbetena till LOU föreslagits att en prisjusteringsklausul kan användas som fördelningsnyckel.⁴⁶

En sådan fördelningsnyckel kan lämpa sig i ramavtal för livsmedel eftersom priser på produkter kan förändras mycket snabbt. En prisjusteringsklausul fungerar på så sätt att lägsta pris bland ramavtalsleverantörerna för de produkter som ska avropas fastställs vid varje enskilt avrop. Med en prisjusteringsklausul tilldelas kontrakt till den leverantör som vid tidpunkten för avropet kan erbjuda det lägsta priset på de varor som avropas. Tilldelningsgrund är alltså det lägsta priset. Förutsatt att det framgår tydligt hur prisjusteringsklausulen är konstruerad och hur den kommer att användas borde metoden vara förenlig med bestämmelserna i LOU och de grundläggande principerna.

⁴⁴ SOU 2013:12 s. 321.

⁴⁵ Se mål C-31/87 Gebroeders Beentjes BV mot Nederländerna och mål C-243/89 Kommissionen mot Danmark.

⁴⁶ Prop. 2006/07:128 s. 175.

Att tänka på!

- » Annan fördelningsnyckel än rangordning kan användas förutsatt att tilldelning av kontrakt sker på objektiva grunder och i enlighet med de grundläggande principerna för upphandling.
- » Anpassa fördelningsnyckeln efter det som upphandlas.
- » Minimera risken att vald fördelningsnyckel ger utrymme för godtyckliga bedömningar från avropande myndighet.
- » När fördelningsnycklar tar hänsyn till individens val eller behov kan det vara lämpligt att komplettera dessa med exempelvis en rangordning för det fall individen inte vill eller inte kan göra ett val.



Bilagor 

Försvarets materielverk – avtal avseende kommunikationsutrustning

Konkurrensverkets beslut

Försvarets materielverk har brutit mot bestämmelserna i 1 kap. 9 §, 5 kap. 4 § och 7 kap. 1 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, genom att tilldela ett kontrakt i strid med villkoren i ett ramavtal. Köpet borde ha föregåtts av annonsering.

Ärendet Bakgrund

Ni annonserade en upphandling av ramavtal rörande nätverksutrustning och därtill hörande tjänster i juli 2012. Avsikten med upphandlingen var att ingå ramavtal med alla villkor fastställda med en leverantör enligt 5 kap. 4 § LOU. Upphandlingen resulterade i att ramavtal ingicks med Atea Sverige AB i september 2012.

Vi har genom vår omvärldsbevakning fått information om att ni har genomfört ett avrop av ruggade datorer med tillbehör från ramavtalet för nätverksutrustning. Med ruggade datorer avses datorer som klarar svåra yttre påfrestningar från exempelvis damm, vatten och extrema temperaturer. Avropet resulterade i att ni i december 2012 tilldelade ett kontrakt till Atea. Värdet på kontraktet uppgick till 2 250 500 kronor.

Skäl för beslutet

Vi bedriver tillsyn över upphandlingslagstiftningen i syfte att öka regelefterlevnaden och att bidra till en effektiv offentlig upphandling. Tillsynen bedrivs bland annat genom tillsynsbeslut eller ansökan om upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § LOU.

I det här ärendet är en ansökan om upphandlingsskadeavgift inte möjlig eftersom tidsfristen för en sådan ansökan har löpt ut.

Rättsläget

Syftet med upphandlingsreglerna är bland annat att upphandlande myndigheter ska använda offentliga medel för köp av varor och tjänster på bästa sätt, genom att uppsöka och dra nytta av konkurrensen på aktuell marknad. Samtidigt syftar regelverket till att ge leverantörerna möjlighet att tävla på lika villkor i varje upphandling.

När en upphandlande myndighet avropar från ett ramavtal som har slutits med en enda leverantör, ska villkoren i avropet överensstämma med villkoren i ramavtalet. Den upphandlande myndigheten får skriftligen samråda med leverantören och vid behov uppmana denne att komplettera sitt anbud. Detta stadgas i 5 kap. 4 § LOU. Av 5 kap 2 § andra stycket LOU följer att parterna inte väsentligt får avvika från villkoren i ramavtalet vid tilldelning av kontrakt. Av förarbetena framgår att möjligheten för leverantören att komplettera sitt anbud inte innebär att det är tillåtet att omförhandla villkoren i avtalet. Detta framgår i prop. 2006/07:128

s. 161-162. Det är heller inte tillåtet att införa nya villkor i avtalet eller att ändra avtalet så att det omfattar något som inte ursprungligen fanns med i avtalet.

Möjligheten att be ramavtalsleverantören att komplettera sitt anbud är till för att möjliggöra preciseringar av villkor som redan finns i ramavtalet. Möjligheten att begära kompletteringar av anbud från en ramavtalsleverantör motsvarar alltså den möjlighet som finns i 9 kap. 8 § LOU att be leverantörer att inkomma med förtydliganden och kompletteringar av anbudsansökningar och anbud.¹

EU-domstolen har i ett antal avgöranden redogjort för upphandlande myndigheters förutsättningar att ändra villkoren i ett offentligt kontrakt eller ramavtal. I mål C-337/98 Kommissionen mot Frankrike fastställde EU-domstolen att ett nytt annonserat upphandlingsförfarande ska genomföras "om de ändrade bestämmelserna uppvisar betydande skillnader i förhållande till bestämmelserna i det ursprungliga kontraktet och följaktligen visar på en avsikt från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i kontraktet".²

I mål C 454/06 Presstext nämnde EU-domstolen ett antal situationer som medför att ändringar i ingångna kontrakt kan anses vara betydande, bl.a när en ändring medför att kontraktets tillämpningsområde i väsentlig utsträckning utsträcks så att det även omfattar tjänster som inte först avsågs.³ EU-domstolen har därefter upprepat övervägandena i Presstext i ett flertal avgöranden.⁴ Frågan om förutsättningarna för att göra ändringar i ingångna kontrakt har även varit föremål för avgöranden i svenska domstolar.⁵

Ramavtalets omfattning

Under punkten 5.1 i ramavtalet, med rubriken "Omfattning", anges att leverantören ska leverera varor och tjänster inom följande områden:

1. Produktnära nätverkslösningar
2. Nätverksutrustning
3. Utökat underhåll
4. Programvarusupport
5. Underhåll MIX-UH 10 dagar
6. Underhåll MIX-UH 24 timmar
7. Utbildning

Någon beskrivning av vilka varor och tjänster som får avropas från ramavtalet, utöver ovanstående, finns inte i ramavtalet. I bilagor till ramavtalet finns tekniska specifikationer som ytterligare definierar och anger vilka egenskaper de olika produktkategorierna ska ha. Där anges krav för produkter benämnda core routrar, access routrar, core switchar, switchar och brandväggar.

Vid en granskning av ramavtalet och dess bilagor konstaterar vi att det saknas villkor som ger möjlighet att tilldela kontrakt avseende *bärbara datorer*.

¹ Se särskilt Generaladvokat Lenz uttalande i förslag till avgörande i EU-domstolens mål C-87/94 Kommissionen mot Belgien.

² Mål C-337/98 Kommissionen mot Frankrike, punkterna 44 och 46.

³ Mål C- 454/06 Presstext, punkterna 35-37.

⁴ Se bland annat mål C-91/08 Wall, punkterna 37-38, mål C-160/08 Kommissionen mot Tyskland, punkt 99 och mål C-250/07 Kommissionen mot Grekland, punkt 52. Se även generaladvokat Wathelets förslag till avgörande i mål C-576/10 Kommissionen mot Nederländerna, punkt 52, generaladvokat Bots förslag till avgörande i mål C-91/08 Wall, punkterna 50-54 samt generaladvokat Trstenjak förslag till avgörande i mål C-160/08 Kommissionen mot Tyskland, punkt 132.

⁵ Se bland annat Kammarrätten i Jönköpings dom den 10 juli 2009 i mål nr 953-09, Kammarrätten i Stockholms dom den 14 juli 2010 i mål nr 6784-09 och Kammarrätten i Göteborgs dom den 15 mars 2013 i mål nr 6952-12.

Konkurrensverkets bedömning

Det följer av 5 kap. 4 § LOU att villkoren i ett kontrakt som grundar sig på ett ramavtal med en enda leverantör ska överensstämma med villkoren i ramavtalet. Ett avrop från ett sådant ramavtal är inte att betrakta som en ny kontraktstilldelning, utan som en tillämpning av ramavtalet. Om villkoren i ramavtalet frångås väsentligen vid ett avrop, kan det ses som en ny kontraktstilldelning. En sådan ska som huvudregel annonseras. Vi konstaterar att det förfrågningsunderlag som låg till grund för upphandlingen av ramavtalet inte ger er utrymme att avropa ruggade datorer. Ruggade datorer kan inte heller betraktas som nätverksprodukter utifrån ramavtalets villkor, eller från vad som framgår i bilagor till ramavtalet. Det är därför inte tillåtet för er att avropa ruggade bärbara datorer från ramavtalet.

Eftersom ni avropat ruggade datorer från ett ramavtal som inte omfattade sådana produkter har ni ingått ett nytt kontrakt. Ni borde därför ha genomfört en ny upphandling och annonserat denna enligt bestämmelserna i 7 kap. 1 § LOU. Det har under Konkurrensverkets utredning inte framkommit att det föreligger någon undantagssituation från annonserings-skyldigheten, såsom exempelvis de situationer som regleras i 4 kap. 5-7 §§ LOU. Sammantaget utgör därför tilldelningen av kontrakt avseende ruggade datorer en otillåten direktupphandling.

Vi vill även upplysningsvis informera er om att ni vid den tidpunkt då ni ingick avtal med Atea avseende ruggade datorer hade möjlighet att avropa ruggade datorer från Kammarkollegiets ramavtal Klienter 2012.

Slutsats

Vi bedömer att köpet av ruggade datorer skett i strid mot villkoren i ramavtalet enligt 5 kap. 4 § första stycket LOU. Köpet strider därmed mot principen om öppenhet i 1 kap. 9 § LOU samt annonseringsbestämmelserna i 7 kap. 1 § samma lag.

*Detta beslut har fattats av generaldirektör
Dan Sjöblom. Föredragande har varit
Björn Larsson.*

Kriminalvården – avtal gällande organisationskonsulttjänster

Konkurrensverkets beslut

Kriminalvården har brutit mot 1 kap. 9 § och 7 kap. 1 § lag (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) genom att tillämpa ett felaktigt förfarande vid ingående av ramavtal avseende organisationskonsulttjänster.

Ärendet Bakgrund

Vi har uppmärksammat att ni i december 2012 ingått ett ramavtal gällande organisationskonsulttjänster med företaget Enhancer AB. Ramavtalets ingående föregicks av ett förenklat upphandlingsförfarande enligt bestämmelserna i 15 kap. LOU. Ni motive-
rade användandet av det förenklade förfarandet med att ramavtalets totala värde uppskattades till ett lägre belopp än tröskelvärdet 1 233 401 kronor, som vid tiden för upphandlingens påbörjande utgjorde gränsen för när ett öppet eller selektivt förfarande enligt 4 kap. 1 § LOU ska tillämpas.

Annonser publicerades i november 2012. Under annonseringstiden begärde leverantörer kompletterande upplysningar av er. Det leverantörerna ville veta var hur högt det uppskattade värdet av ramavtalet var.¹ Frågeställningarna besvarades på följande sätt. "Kriminalvården efterfrågar ett pris per timma och kommer att avropa arbete i nödvändig utsträckning" och "Kriminalvården har genom val av upphandlingsform angett ett maxvärde för upphandlingen." Tilldelningsbeslut fattades den 17 december 2012. Enhancer AB utsågs som vinnande leverantör.

I mars 2013, cirka tre månader in på ramavtalets 24 månader långa löptid, beslutade ni att uppdragets omfattning skulle utökas. Enhancer AB fick därför i uppdrag att utöver huvudkontorets verksamhet även utreda den regionala och lokala nivån för att ge en helhetsbild av hur organisation lämpligast bör struktureras. I maj 2013, d.v.s. fem månader in på kontraktets löptid, konstaterade ni att det utökade uppdraget innebar att ramavtalets värde med råge skulle överstiga tröskelvärdet 1 233 401 kronor.

I skrivelse till oss anförde ni att organisationskonsulternas uppdrag vid den tidpunkten var långt gånget, varför det inte ansågs meningsfullt att påbörja en ny upphandling. Ni har vidhållit att det vid påbörjandet av upphandlingen framstod som en korrekt bedömning att tillämpa ett förenklat upphandlingsförfarande, men att ni vid tidpunkten då ni insåg att tröskelvärdet skulle överskridas borde ha sagt upp ramavtalet och genomfört ytterligare en upphandling. I stället lät ni leverantören slutföra uppdraget. Totalt köpte ni tjänster från ramavtalet för cirka 2 850 000 kronor. Leverantören avslutade uppdraget i juli 2013. Då förlängningsoptionen inte utnyttjades upphörde ramavtalet att gälla den 31 december 2013.

Skäl för beslutet

Vi bedriver tillsyn över upphandlingslagstiftningen i syfte att öka regelefterlevnaden och att bidra till en effektiv offentlig upphandling. Tillsynen bedrivs bland annat genom tillsynsbeslut eller ansökan om upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § LOU.

I det här ärendet är en ansökan om upphandlingsskadeavgift inte möjlig eftersom tidsfristen för en sådan ansökan har löpt ut.

Rättsläget

Syftet med upphandlingsreglerna är bland annat att upphandlande myndigheter ska använda offentliga medel för köp av varor och tjänster på bästa sätt, genom att uppsöka och dra nytta av konkurrensen på aktuell marknad. Samtidigt syftar regelverket till att ge leverantörerna möjlighet att tävla på lika villkor i varje upphandling.

Vid offentlig upphandling ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska även principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet följas. Detta framgår av 1 kap. 9 § LOU.

Tjänsten organisationskonsulter är en A-tjänst enligt bilaga 2 till LOU. Upphandlingar vars kontraktsvärde överstiger tröskelvärdena ska annonseras i Europeiska unionens officiella tidning.² Syftet med

att tillgängliggöra annonser om upphandlingar på detta sätt är att garantera en tillfredsställande och gränsöverskridande konkurrensutsättning av offentliga kontrakt inom EU:s samtliga medlemsstater. Kontrakt vars värden understiger tröskelvärdena ska upphandlas enligt bestämmelserna i 15 kap. LOU, innebärande att annonsering endast sker i Sverige. Den begränsade annonseringen leder till kraftigt minskade möjligheter för företag i andra medlemsstater att konkurrera om sådana kontrakt.

När en upphandlande myndighet ska beräkna värdet av ett kontrakt eller ett ramavtal, i syfte att bedöma om upphandlingen ska ske inom det direktivstyrda området eller om det räcker med ett förenklat förfarande, ska bestämmelserna i 3 kap. respektive 15 kap. LOU följas. Där stadgas att värdet ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Options- och förlängningsklausuler ska beaktas som om de utnyttjats.³ En upphandlande myndighet får heller inte dela upp en planerad anskaffning av varor eller tjänster i syfte att kringgå bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena i LOU.⁴ Även andra poster, som inte avser direkta utbetalningar, ska omfattas av beräkningsgrunden.⁵ Värdet av ett ramavtal ska beräknas till det högsta sammanlagda värdet av samtliga de kontrakt som planeras under ramavtalets löptid.⁶

² Se 7 kap. 1 § LOU, samt kommissionens förordning (EG) nr 1564/2005 av den 7 september 2005 om fastställande av standardformulär för offentliggörande av meddelanden inom ramen för anbudsförfaranden i enlighet med Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG.

³ Se 3 kap. 3 § och 15 kap. 3 a § LOU.

⁴ Se 3 kap. 5 § och 15 kap. 3 a § LOU.

⁵ Kammarrätten i Jönköping, mål 2511-08, Kammarrätten i Stockholm, mål 3056-11 och 3103-11.

⁶ Se 3 kap. 13 § LOU.

I 3 kap. 4 § LOU stadgas att tidpunkten för kontraktsvärdesberäkningen ska ske i samband med att annonsen om upphandlingen skickas ut enligt 7 kap. 1 §. Kontraktsvärdesberäkningen för upphandlingar under tröskelvärdet går i praktiken till på samma sätt. Det är alltså den upphandlande myndighetens bedömning av vilket kontraktsvärde varan eller tjänsten kan komma att uppgå till, som ligger till grund för val av förfarande. Av det skälet är det viktigt att en upphandlande myndighet iakttar noggrannhet vid bedömningen. En utgångspunkt vid beräkning av kontraktsvärde är att bedömningen ska kunna motiveras på objektiva grunder.⁷

I svårbedömda fall är det lämpligt att göra en restriktiv bedömning, och välja att genomföra upphandlingen som ett öppet eller selektivt förfarande. Vi vill särskilt poängtera att det inte finns några hinder för en upphandlande myndighet att tillämpa öppna eller selektiva förfaranden även i fall där kontraktsvärdet kommer att understiga tröskelvärdena.⁸

⁷ Se Prop. 2006/2007:128 s. 315

⁸ Se 15 kap. 2 § 4 st. LOU.

⁹ Se Kammarrätten i Jönköping, mål 2511-08.

Konkurrensverkets bedömning

Skyldigheten att annonsera en upphandling på ett sätt som möjliggör effektiv konkurrens är en av de mest grundläggande reglerna inom den offentliga upphandlingen. Det kan uppstå situationer där en upphandlande myndighet bedömt att ett förenklat förfarande kan tillämpas vid tilldelning av ett kontrakt eller ramavtal, men där utfallet blir att det slutliga kontraktsvärdet hamnar över tröskelvärdet. Förutsatt att den upphandlande myndigheten, när den uppskattat kontraktsvärdet och därefter valt förfarande, har agerat omsorgsfullt och gjort en restriktiv bedömning, är överskridandet av tröskelvärdet inte nödvändigtvis ett brott mot bestämmelserna i LOU.

Vid beaktande av förhållandena kring er upphandling av organisationskonsulter, konstaterar vi att ett flertal omständigheter talar för att ni borde ha insett att ett öppet eller selektivt förfarande borde ha tillämpats vid annonseringen av upphandlingen. Vi bedömer att enbart grundförutsättningarna, d.v.s. ett ramavtal ingånget med en leverantör, med två års löptid, där avtalsföremålet är organisationskonsulttjänster och den upphandlande myndigheten har en rikstäckande organisation av Kriminalvårdens storlek, bör leda till slutsatsen att ett öppet eller selektivt förfarande ska tillämpas. Anbudspriset hos den vinnande leverantören visade sig vara 1 850 kronor per timme, vilket möjliggör högst cirka 670 timmars konsulttjänster. Det motsvarar ungefär fyra månaders arbete för en enda konsult. Konkurrensverket erinrar om att en upphandlande myndighet vid beräkning av avtals värde ska beakta förlängningsklausuler som om de avses att utnyttjas.⁹

Enligt det faktureringsunderlag Konkurrensverket tagit del av framgår att leverantören fakturerat för 3-4 konsulters arbete varje månad, från tidpunkten för ramavtalets ingående till dess att uppdraget avslutades efter sju månader.

Det framgår inte av förfrågningsunderlaget i hur stor omfattning ni avsåg att nyttja organisationskonsulttjänsterna. Vare sig ramavtalets eller det annonserade förfrågningsunderlagets villkor innehåller någon övre gräns för hur stort värde tilldelning av kontrakt med stöd av ramavtalet kan komma att ske. Ni har på begäran av leverantörer lämnat kompletterande upplysningar under upphandlingens annonseringstid. I upplysningarna framgår att ni inte själva vet hur mycket avtalsvärdet kan komma att bli, bara att arbete "kommer att avropas i nödvändig utsträckning" samt att ni "genom val av upphandlingsform angett ett maxvärde för upphandlingen." Detta ger inte tydlig vägledning om att ramavtalets totala värde har bedömts vara lägre än tröskelvärdet.

Valet av upphandlingsförfarande innebär inte i sig själv någon begränsning av ramavtalets värde. Exempelvis upphandlas ramavtal avseende B-tjänster genom tillämpning av ett förenklat upphandlingsförfarande, men det finns inte någon övre gräns beträffande kontraktsvärdet av sådana tjänster. Då det saknas avtalsvillkor som begränsar det ekonomiska värdet, finns således en betydande risk att tröskelvärdet överskrids.

Mot bakgrund av avtalsföremålet, avsaknaden av ekonomisk gräns och löptiden om två år, har Kriminalvården enligt ramavtalets villkor haft möjlighet att avropa heltidsuppdrag för flera konsulter under en lång tid. Detta talar för att det redan vid

annonseringen objektivt sett bör ha framstått som sannolikt att avtalsvärdet skulle komma att hamna ovanför tröskelvärdet. Vi anser därmed att risken att överskrida tröskelvärdet får anses ha varit känd redan vid tidpunkten för upphandlingens annonsering. Ni borde därför ha tillämpat ett öppet eller selektivt förfarande vid genomförandet av upphandlingen. Ni har vidare efter avtals tecknande valt att utöka leverantörens uppdrag och fortsatt att köpa aktuell tjänst, trots att ni efter fem månaders löptid hade kännedom om att tröskelvärdet skulle komma att överstigas. Senast vid denna tidpunkt borde ni ha genomfört ett nytt annonserat upphandlingsförfarande.

Konsekvensen av att fel förfarande använts är att en tillräckligt effektiv konkurrensutsättning inte uppnåtts, eftersom avtalets värde egentligen varit så stort att det förelegat ett gränsöverskridande intresse av att annonsera det inom hela den inre marknaden.

Slutsats

Vi anser att ni brutit mot 7 kap. 1 § LOU och principen om öppenhet i 1 kap. 9 § samma lag genom att tilldela kontrakt avseende organisationskonsulttjänster från ett ramavtal som upphandlats genom ett förenklat förfarande, trots att det rätteligen borde upphandlats genom ett öppet eller selektivt förfarande.

*Detta beslut har fattats av generaldirektör
Dan Sjöblom. Föredragande har varit
Björn Larsson*

Bostads AB Poseidon – avrop från ramavtal rörande hantverkstjänster

Konkurrensverkets beslut

Bostads AB Poseidon har brutit mot principerna om likabehandling och öppenhet i 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) genom att i ett avrop från kombinerade ramavtal skapa ett utrymme för godtycklig valfrihet.

Ärendet Bakgrund

Vi har tagit emot ett tips där det påstås att ni gjort ett felaktigt avrop från Upphandlingsbolaget i Göteborgs stads ramavtal för byggnads- och installationsarbeten samt reparations-, underhålls-, service- och ombyggnadsarbeten.

Av tipset framgår att ni är avropsberättigade från två ramavtal avseende samma tjänster. Det ena avtalet (ramavtal 1) avser avrop av uppdrag som bedöms uppgå till maximalt 100 000 kronor. Ersättningen utges på löpande räkning enligt en prislista. Avrop från ramavtal 1 sker genom rangordning. Det andra ramavtalet (ramavtal 2) avser avrop av uppdrag som bedöms överskrida gränsen för avtal 1, d.v.s. 100 000 kronor. Avrop från ramavtal 2 sker genom förnyad konkurrensutsättning.

Enligt tipset har ni avropat från ramavtal 2 och genomfört en förnyad konkurrensutsättning av sådana tjänster som omfattas av ramavtal 1. Er avropsförfrågan har i praktiken resulterat i ytterligare ett ramavtal, ramavtal 3. Ramavtalsvolymen avseende ramavtal 3 uppgår till 3 miljoner kronor per år. Avropet avser den typ av uppdrag med mindre värde som borde avropas från ramavtal 1. Följden av agerandet blir att ramavtal 1 satts ur spel

och att det skapats en möjlighet att fritt välja mellan olika leverantörer. Det finns därmed ingen möjlighet att förutse under vilka förutsättningar kontraktstilldelning kommer att ske.

Poseidons inställning

Ni har sammanfattningsvis berättat följande om avropet. En förnyad konkurrensutsättning för ett av åtta förvaltningsområden, Distrikt Väster, har genomförts. Uppdraget uppskattades till ca tre miljoner kronor, vilket innebar att ramavtal 2 tillämpades. Viktiga kriterier i den förnyade konkurrensutsättningen var att säkerhetsställa korta leveranstider och att de hantverkare som kommer att utföra uppdraget har erforderlig kompetens.

Det är förenligt med ramavtal 2 att avropa ett tydligt avgränsat uppdrag som både kan omfatta specifika objekt eller löpande service- och underhållsarbeten. Syftet med ramavtal 2 är att möjliggöra åtaganden under viss tid och inte endast enstaka insatser. Begreppet ”uppdrag” är inte närmare definierat i något av ramavtalen. Ett uppdrag bygger på att beställaren anger förutsättningarna för uppdraget. Uppdrag i avropssammanhang är behovsstyrt. Det är den avropande myndigheten som, i enlighet med principen om köparens

rätt till sina preferenser, själv definierar sitt behov och därmed förutsättningen för uppdraget. Syftet med reglerna kring förnyad konkurrensutsättning är att "garantera den nödvändiga flexibiliteten" (se skäl 11 till direktiv 2004/18/EG) vilket möjliggör att beställaren kan ta tillvara sina specifika behov i varje avropssituation.

Skäl för beslutet

Vi bedriver tillsyn över upphandlingslagstiftningen i syfte att öka regel efterlevnaden och att bidra till en effektiv offentlig upphandling. Tillsynen bedrivs bland annat genom tillsynsbeslut eller ansökan om upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § LOU.

I detta fall har vi ansett att det fanns ett viktigt klargörande att förmedla. På grund av processekonomiska skäl har vi valt att inte föra talan om upphandlingsskadeavgift.

Rättsläget

Syftet med upphandlingsreglerna är bland annat att upphandlande myndigheter ska använda offentliga medel för köp av varor och tjänster på bästa sätt, genom att uppsöka och dra nytta av konkurrensen på aktuell marknad. Samtidigt syftar regelverket till att ge leverantörerna möjlighet att tävla på lika villkor i varje upphandling.

Vid offentlig upphandling ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska även principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet följas. Detta följer av 1 kap. 9 § LOU.

Vid tilldelning av kontrakt som grundar sig på ett ramavtal får parterna inte väsentligt avvika från villkoren i avtalet. Detta framgår av 5 kap. 2 § andra stycket LOU.

Upphandlingsunderlagen

Av de administrativa föreskrifterna för ramavtal 1 framgår att avtalet gäller för avrop av uppdrag som bedöms uppgå till maximalt 100 000 kronor. Detta följer av punkten 9.

Av de administrativa föreskrifterna för ramavtal 2 framgår att avtalet ansluter till ramavtal 1 och gäller för uppdrag som bedöms överstiga den gräns som respektive beställare har på dessa avtal. Om inget löpande räkningsavtal finns för beställaren gäller detta ramavtal från 100 000 kronor. Detta kan utläsas under rubriken "Beloppsgränser för användandet av ramavtalet".

Av de administrativa föreskrifterna för ramavtal 2 följer att en förnyad konkurrensutsättning enligt 5 kap. 7 § LOU kan göras för varje uppdrag. I den förnyade konkurrensutsättningens förfrågan ska uppdragets omfattning och övriga förutsättningar att närmare preciseras enligt de förutsättningar som anges i ramavtalen. Detta framgår under punkten AFC/AFD.1.

Det aktuella avropet

Av avropet, som skett i form av en förnyad konkurrensutsättning, framgår att omfattningen utgörs av 4 440 stycken bostäder och 165 stycken lokaler i distrikt Väster. Avropet syftar till att täcka det behov som föreligger utöver det som bedrivs i egen regi. Den "beräknade ramavtalsvolymen" uppgår till 3 miljoner kronor per år. Detta följer av punkten AFA.21.

Av punkten AFC.1 framgår att avtalen omfattar mindre nyinstallationer samt mindre reparations- underhålls- och ombyggnadsarbeten.

Avtalet gäller under perioden den 1 mars 2014 – den 1 juni 2015, med en beställaroption som ger beställaren rätt att förlänga avtalsperioden med upp till 24 månader. Detta följer av punkten AFC.4.

Konkurrensverkets bedömning

Frågan i ärendet är om utformningen av ert avrop strider mot likabehandlingsprincipen och mot principen om öppenhet.

Inledningsvis kan konstateras att det är fråga om två stycken ramavtal med samma avtalsområde; byggnads- och installationsarbeten samt reparations-, underhålls-, service- och ombyggnadsarbeten. Av de två ramavtalen framgår vilken respektive avropsordning som ska användas vid avrop. För uppdrag som bedöms uppgå till maximalt 100 000 kronor ska ramavtal 1 tillämpas (rangordning), och för uppdrag som bedöms överstiga beloppet ska ramavtal 2 tillämpas (förnyad konkurrensutsättning).

Vi anser att det måste klart och tydligt framgå av ramavtalet och upphandlingsunderlagen vilka omständigheter som avropande myndigheter lägger till grund för valet av modell för tilldelning. Det är av vikt för att ramavtalsleverantörer ska kunna uppskatta och planera hur stora resurser som de kommer att behöva avsätta för ett visst ramavtal. Brister i öppenhet får till följd att ramavtalsleverantörerna inte kan avge sina mest konkurrenskraftiga anbud.

Vi finner att det finns en tydlig angiven beloppsgräns för uppdrag i upphandlingsunderlagen som i sin tur styr vilken avropsordning som ska tillämpas. Avgörande för vilket ramavtal som ska tillämpas är således värdet av uppdraget. Begreppet uppdrag är inte närmre definierat i något av de två ramavtalen.

Ni har i avrop gällande distrikt Väster beräknat ramavtalsvolymen till 3 miljoner kronor per år samt uppgett ert fastighetsbestånd. Avropet har skett genom en förnyad konkurrensutsättning utifrån ramavtal 2. Avropet syftar till att täcka det behov som föreligger av tjänsterna utöver det som bedrivs i egen regi.

Vi gör följande bedömning. Avropande myndighet kan beroende på hur uppdraget definieras avgöra vilket av ramavtalen som blir tillämpligt. Uppdrag som typiskt sett ska avropas från ramavtal 1 kan därför avropas från ramavtal 2. Ramavtalsleverantörerna till ramavtal 1 kan därför lätt förbigås. För att upprätthålla kombinationen av ramavtalen är det därför viktigt att beloppsgränsen respekteras och att avropen är tydligt avgränsade. Vi anser att ni genom ert vida uppdrag i avropet skapat en godtycklig valfrihet i fråga om vilket ramavtal som ska användas vid tilldelning av kontrakt. Vi finner därmed att skapandet av detta utrymme för skönsmässig bedömning strider mot principerna om likabehandling och öppenhet.

Slutsats

Vi anser att det genomförda avropet strider mot principerna om likabehandling och öppenhet i 1 kap. 9 § LOU.

I detta fall har vi ansett att det fanns ett viktigt klargörande att förmedla. På grund av processekonomiska skäl har vi valt att inte föra talan om upphandlingsskadeavgift.

Detta beslut har fattats av generaldirektör Dan Sjöblom. Föredragande har varit Magnus Johansson.

Region Skåne – Fråga om utformning av fördelningsnyckel i ramavtal för radiologiprodukter

Konkurrensverkets beslut

Konkurrensverket skriver av ärendet. Beslutet innebär inte att vi har tagit ställning till om Region Skånes agerande är tillåtet enligt upphandlingslagstiftningen.

Ärendet Bakgrund

Ni genomförde under 2011 en upphandling av förbrukningsprodukter inom radiologi med dnr 1100912. Upphandlingen var indelad i olika produktområden. Inom respektive produktområde fanns olika produktgrupper. För varje produktgrupp var det möjligt att anta 5–15 leverantörer. Upphandlingen resulterade i att ni ingick ramavtal med sammanlagt 26 leverantörer.

Vid avrop av produkter från produktgrupper för vilka flera leverantörer har antagits använder ni fördelningsnyckeln ”den medicinska professionens bedömning i mötet med patienten” för att avgöra vilken leverantör som ska tilldelas kontrakt.

Vi har genom tips fått information om att den fördelningsnyckel som ni använder vid avrop av produkter från ramavtalet inte är förenlig med bestämmelserna i LOU.

Region Skånes inställning till metoden för avrop

Ni har sammanfattningsvis berättat följande om ramavtalet och metoden för avrop.

Ramavtalet omfattar cirka 13 600 produkter. Under år 2013 har cirka 20 000 avrop gjorts från ramavtalet.

Fördelningsnyckeln ”den medicinska professionens bedömning i mötet med patienten” innebär att en specialistläkare, vid ett möte med patienten, gör en bedömning av dennas medicinska behov. På grund av patientsäkerhetsskäl är det inte möjligt att använda någon annan fördelningsnyckel.

Vid samtliga radiologiska ingrepp, det vill säga ingrepp som innebär att produkter förs in i en patients kropp, är det patientens anatomiska förutsättningar som avgör vilken slags ingrepp som måste utföras och med vilken utrustning. Valet av utrustning avgör i sin tur vilka produkter som kan användas. I en del fall kan endast ett par olika produkter användas tillsammans med den valda utrustningen. I enstaka fall innebär valet av utrustning att samtliga produkter utom en utesluts. Produkterna på ramavtalet kan dock normalt användas var för sig och i alla vanliga kombinationer med övriga produkter på ramavtalet. Det finns däremot ingen situation där en produkt på ramavtalet passar den enskilde patientens anatomiska förutsättningar lika bra som en annan produkt.

Fördelningsnyckeln tillämpas i anslutning till eller under en pågående operation. För att kunna använda rätt produkt vid ett specifikt ingrepp finns därför ett antal

produkter på lager. De produkter som inte används återlämnas till respektive leverantör. Varje specialistläkare ansvarar för sin verksamhet. Det är därför inte möjligt att redogöra för tidpunkten för enskilda avrop eller för hur valet av leverantör har gått till vid ett visst avrop.

Sveriges Kommuner och Landstings inställning till metoden för avrop

Ni har i ärendet åberopat yttrande av Sveriges Kommuner och Landsting. Av yttrandet framgår huvudsakligen följande.

Vid varje avrop från ramavtalet finns det synnerliga skäl för direktupphandling till följd av, eller för att undvika att det uppstår en akut patientsäkerhetsrisk. Det är därför uppenbart att det skulle vara förenat med påtagliga nackdelar om avrop från ramavtalet skulle ske utifrån en fastlagd rangordning.

Skäl för beslutet

Vi bedriver tillsyn över upphandlingslagstiftningen i syfte att öka regelefterlevnaden och att bidra till en effektiv offentlig upphandling. Tillsynen bedrivs bland annat genom tillsynsbeslut eller ansökan om upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § LOU.

Rättsläget

Syftet med upphandlingsreglerna är bland annat att upphandlande myndigheter ska använda offentliga medel för köp av varor och tjänster på bästa sätt, genom att uppsöka och dra nytta av konkurrensen på aktuell marknad. Samtidigt syftar regelverket till att ge leverantörerna möjlighet att tävla på lika villkor i varje upphandling.

Vid offentlig upphandling ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska även principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet följas. Detta framgår av 1 kap. 9 § LOU.

En upphandlande myndighet får ingå ramavtal rörande byggtreprenader, varor och tjänster. Med ramavtal avses ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren för senare tilldelning av kontrakt under den tid som ramavtalet gäller. Detta framgår av 5 kap. 1 § och 2 kap. 15 § LOU.

Av 5 kap. 2 § första stycket LOU framgår att kontrakt som grundar sig på ramavtal ska tilldelas enligt 4, 6 eller 7 § i samma kapitel.

Om en upphandlande myndighet har ingått ramavtal med flera leverantörer får tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtalet göras genom tillämpning av villkoren i ramavtalet. Då behöver alltså ingen ny upphandling genomföras. Kontrakt ska tilldelas den leverantör som har lämnat det bästa anbudet utifrån de villkor som angetts i ramavtalet. Detta följer av 5 kap. 6 § LOU.

Tilldelningen av enskilda kontrakt ska ske genom tillämpning av villkoren i ramavtalet. Direktivet innehåller inga särskilda bestämmelser om vad som ska iakttas av en upphandlande myndighet vid tilldelning av enskilda kontrakt. De leverantörer som är parter i ramavtalet har trots detta ett berättigat intresse av att tilldelningen av kontrakt görs enligt de principer som styr den offentliga upphandlingen, t.ex. principerna om icke-diskriminering, likabehandling och öppenhet. Möjligheterna att välja leverantör på grunder som inte är objektiva strider mot grundtankarna bakom regleringen av den offentliga upphandlingen och skapar osäkerhet hos leverantörerna. Detta följer av prop. 2006/07:128 s. 174 f.

Principerna om likabehandling och öppenhet ska följas vid all offentlig upphandling. Av detta följer att principerna gäller även vid avrop från ramavtal. Enligt likabehandlingsprincipen ska alla leverantörer behandlas lika och ges lika förutsättningar. Likabehandlingsprincipen innebär

också att den fördelningsnyckel som används vid avrop, i detta fall från ramavtalet för radiologiprodukter, inte får ge utrymme för godtyckliga bedömningar från avroparens sida.

Principen om öppenhet innebär en skyldighet för upphandlande myndigheter att lämna information om upphandlingsförfarandet bl.a. genom att förfrågningsunderlaget är klart och tydligt. Vid upphandling av ramavtal innebär principen om öppenhet att en leverantör som tar del av förfrågningsunderlaget ska få klart för sig hur tilldelning av kontrakt enligt ramavtalet kommer att ske. Detta har Högsta förvaltningsdomstolen uttalat i RÅ 2010 ref. 97.

Att ramavtal med flera leverantörer med alla villkor fastställda ska innehålla en rangordning eller annan fördelningsnyckel framgår inte uttryckligen av de bestämmelser som finns rörande ramavtal i LOU. Av förarbetena kan däremot utläsas ett krav på att sådana ramavtal ska innehålla en rangordning eller en annan fördelningsnyckel för att säkra att tilldelning av kontrakt sker på ett objektivt sätt. Se prop. 2006/07:128 s. 175.

Konkurrensverkets bedömning

Frågan i ärendet är om fördelningsnyckeln för tilldelning av kontrakt i ramavtalet för radiologiprodukter, som uteslutande består av den medicinska professionens bedömning av patientens behov, i det aktuella fallet strider mot någon av principerna i 1 kap. 9 § LOU eller mot någon annan bestämmelse i samma lag.

Tillämpning av fördelningsnyckeln

I förfrågningsunderlaget i er upphandling av förbrukningsprodukter inom radiologi anges under punkten 10 "Bedömningskriterier" bl.a. följande.

"Avtal kan komma att tecknas med en eller flera leverantörer på samma position. För positioner där fler än en leverantör antas kommer avrop att ske utifrån den

medicinska professionens bedömning i mötet med patienten."

Angående hur fördelningsnyckeln används har ni anført att en specialistläkare vid möte med patienten gör en bedömning av patientens medicinska behov och anatomiska förutsättningar. Denna bedömning avgör sedan vilken behandling som ska ges och med vilken utrustning. Valet av utrustning avgör i sin tur vilka produkter som är möjliga att avropa. Vi konstaterar att det av denna beskrivning följer att ni vid avrop från ramavtalet inte på egen hand kan avgöra ert behov av produkt. Valet av vilken typ av produkt som ska avropas styrs i stället i varje enskilt fall av patientens medicinska behov. Av handlingarna i ärendet framgår även att produktsortimenten skiljer sig åt mellan de olika ramavtalsleverantörerna. Detta gäller både inom respektive produktgrupp och på produkt-nivå. Vi anser därför att det är nödvändigt att använda en fördelningsnyckel som gör det möjligt att avropa den eller de produkter som tillgodoser den enskilda patientens medicinska behov. Detta förutsätter dock att fördelningsnyckeln säkrar att tilldelning av kontrakt sker på ett objektivt sätt.

Produkterna på ramavtalet

Ramavtalet, som ingåtts med 26 olika leverantörer omfattar cirka 13 600 produkter inom närmare 40 produktkategorier. För majoriteten av produktkategorierna har tre eller flera leverantörer antagits. Enligt era uppgifter finns det trots det stora antalet leverantörer och produkter på ramavtalet ingen situation där en produkt passar den enskilda patientens anatomiska förutsättningar lika bra som en annan produkt.

Er inköpsstatistik visar att många av leverantörerna inom respektive produktkategori inte har mottagit några avrop under 2013. För exempelvis produktgrupp 10, "Ballongkatetrar – monorail" har, enligt bilaga 1 c till tilldelningsbeslutet, tolv leverantörer antagits. Under 2013 har

avrop bara gjorts från fem av dessa. Detta trots att det har genomförts cirka 20 000 avrop under detta år. Med hänsyn till det stora antalet produkter och avrop som gjorts på ramavtalet samt att tre eller flera leverantörer antagits för merparten av produktkategorierna på ramavtalet kan det inte uteslutas att det finns produkter på ramavtalet som är utbytbara på så sätt att det även efter att det gjorts en medicinsk bedömning av patienten kan finnas mer än en produkt som är möjlig att avropa. Att ramavtalsleverantörerna har olika produkt-sortiment behöver alltså inte betyda att alla produkter på ramavtalet är unika.

Vidare har ni uppgett att produkterna på ramavtalet normalt kan användas var för sig eller i kombination med varandra. Ni har även anført att efter det att en läkare valt behandlingsmetod och utrustning är det bara i enstaka fall som endast en av produkterna på ramavtalet kan användas tillsammans med den valda utrustningen. Enligt vår mening finns det därför en risk att tillämpning av fördelningsnyckeln ”den medicinska professionens bedömning vid mötet med patienten” kan resultera i situationer där mer än en produkt är aktuell för avrop.

För det fall att det finns produkter på ramavtalet som är utbytbara säkrar fördelningsnyckeln ”den medicinska professionens bedömning vid mötet med patienten” inte en objektiv tilldelning av kontrakt. Vi har dock valt att inte närmare studera produkterna på ramavtalet. Detta har vi gjort mot bakgrund av ramavtalets omfattning och de resurser som skulle krävas för att fastställa att fördelningsnyckeln i praktiken kan leda till godtyckliga bedömningar.

Vi kan därför inte bedöma om och i så fall i vilken utsträckning den använda fördelningsnyckeln kan ha medfört otillåtet godtyckliga bedömningar. Ärendet ska därför avskrivas.

Detta beslut har fattats av generaldirektör Dan Sjöblom. Föredragande har varit Suzanne Malmberg.



Adress 103 85 Stockholm

Telefon 08-700 16 00

Fax 08-24 55 43

konkurrensverket@kkv.se

www.konkurrensverket.se