



Mellanhänder i offentlig upphandling

KONKURRENSVERKETS RAPPORT **2017:1**
UPPHANDLINGSMYNDIGHETENS RAPPORT **2017:1**

Mellanhänder i offentlig upphandling

Upphandlingsmyndigheten rapport 2017:1
Konkurrensverkets rapportserie 2017:1

Konkurrensverket och Upphandlingsmyndigheten januari 2017

Utredare: Sofia Klingensjö och Ulrika Sjöholm

ISSN-nr 1401-8438

Elanders Sverige AB, 2017

Foto: Matton Images

Förord

Mellanhänder har en naturlig roll i vår ekonomi – både i privat och i offentlig sektor. Mellanhänder i offentlig upphandling är en fråga som intresserar många, och det finns ett stort behov av att reda ut vad som gäller.

Upphandlingsreglerna är precis desamma oavsett om upphandlingen resulterar i ett avtal med en mellanhand eller inte. Samtidigt är det här en komplex fråga. I vissa fall är det lämpligt att ha ett upplägg med mellanhänder. I andra fall är det mindre lämpligt. Med den här rapporten vill vi bidra till att mellanhänder används på ett ändamålsenligt sätt i offentlig upphandling. Vi hoppas att den här rapporten ska ge dig som läsare svar och verktyg för att avgöra vilken form en mellanhandslösning ska ha för att vara laglig och om den är lämplig eller inte.

Arbetet med den här rapporten har skett i kontakt med ett stort antal intressenter. Med intressenternas erfarenheter och synpunkter har vi lättare kunnat säkerställa ett resultat som är förankrat i den verklighet som intressenterna befinner sig i.

Stockholm januari 2017

Dan Sjöblom
Generaldirektör
Konkurrensverket

Inger Ek
Generaldirektör
Upphandlingsmyndigheten

Innehåll

Sammanfattning	7
Summary	15
Begrepp och förkortningar	23
1 Inledning.....	27
1.1 Syfte	28
1.2 Metod	28
1.3 Disposition.....	29
Definition.....	31
2 Mellanhänder i den offentliga upphandlingen.....	32
2.1 Vår definition av en mellanhand.....	33
2.2 Branscher	35
2.2.1 Tolkförmedling	37
2.2.2 Varugrossister	37
2.2.3 Försäkringsförmedling	38
2.2.4 Resebyråttjänster.....	39
2.2.5 Konsultförmedling	41
2.3 Slutsats och avgränsning	43
Laglighet.....	47
3 Rättsliga förutsättningar	48
3.1 De grundläggande principerna	49
3.2 Bestämmelser om ramavtal	51
3.3 Möjligheten att anlita underleverantörer i offentliga kontrakt.....	56
3.3.1 Åberopande av andra företags kapacitet	56
3.3.2 Fullgörande av kontrakt med hjälp av underleverantörer.....	57

4	Föremålet för upphandlingen	60
4.1	Första steget – vad är behovet?.....	62
4.2	Beräkna värdet av kontraktet.....	64
4.3	Kravställning.....	65
4.4	Utvärdering	67
4.5	Slutsats	70
5	Avrop med stöd av ramavtalet	71
5.1	Ett otillåtet avropssätt	72
5.2	Tilldelning i enlighet med villkoren i ramavtalet och samråd.....	76
5.3	Val av (under)leverantör	79
5.4	Slutsats	84
6	Skyldigheten att tillhandahålla effektiva rättsmedel.....	86
6.1	Allmänt om talerätt	87
6.2	Vilken betydelse har krav på neutralitet för talerätten?	92
6.3	Överprövning av ramavtalet eller avropsavtalet?	92
6.4	Slutsats	94
	Lämplighet.....	95
7	Lämplighetsaspekter i inköpsprocessen.....	96
8	Behov och syften med underleverantörlösningar	99
8.1	Ökad kontroll eller flexibilitet.....	99
8.2	Sortimentsbredd – färre leverantörer	100
8.3	Föränderlig underleverantörsmarknad.....	101
8.4	Identifiera och attrahera lämpliga utförare	101
9	Leverantörsmarknaden.....	103
10	Paketering av en upphandling.....	105

10.1	Inköpsstöd i egen regi.....	105
10.2	Dynamiska inköpssystem.....	106
10.3	Ramavtal med flera mellanhänder.....	107
10.4	Mäklarlösningen.....	109
10.5	Aspekter vid val av lösning.....	110
10.5.1	Små och medelstora företag.....	111
10.5.2	En viktig avtalsrelation?.....	112
10.5.3	Kvalitetsfokus.....	113
10.5.4	Kompetensförsörjning.....	113
10.5.5	Enkla eller komplexa leveranser?.....	114
10.5.6	Fundera över vem som ska sätta priserna.....	116
10.5.7	Tänk på risken för korruption och osund konkurrens.....	117
11	Särskilda krav och villkor i underleverantörlösningar.....	119
11.1	Vilken betydelse har krav på neutralitet?.....	119
11.2	Ansvar för fel.....	123
12	Avtalsförvaltning – vikten av uppföljning.....	125
13	Sammanfattning av lämplighetsaspekter.....	127
	Exempel.....	129
14	Exempel 1 – resebyråttjänster.....	130
15	Exempel 2 – konsultförmedling.....	133

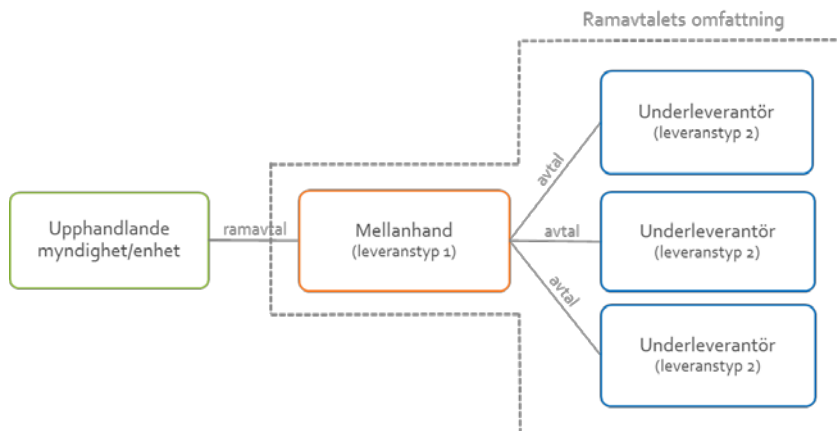
Sammanfattning

En mellanhand är en aktör som tillhandahåller ett stöd till en köpare när denne vill tillgodose ett behov genom ett inköp. Det främsta skälet till att vända sig till en mellanhand tycks bl.a. vara att effektivisera inköpsprocessen. Offentlig sektor har under en lång tid upphandlat olika mellanhandslösningar för att tillgodose sina behov av varor och tjänster.

Att upphandla en mellanhand är inte otillåtet enligt upphandlingslagstiftningen. Däremot är det inte tillåtet för den upphandlande myndigheten eller enheten att välja vilken aktör som mellanhanden ska använda som underleverantör.

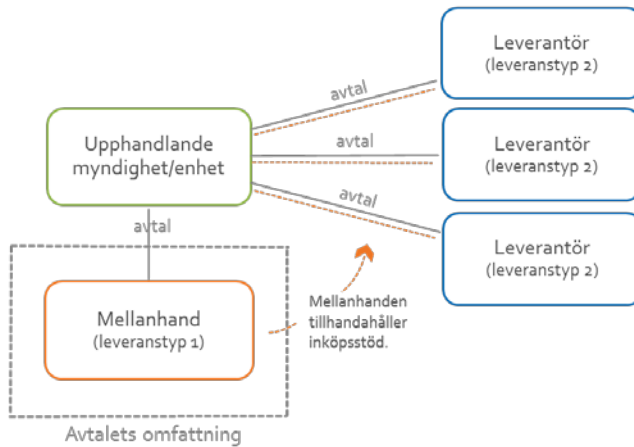
Inom ramen för denna rapport har Konkurrensverket och Upphandlingsmyndigheten tittat särskilt på mellanhandslösningar som innebär att mellanhanden köper varor, tjänster eller byggentreprenader från en säljare och säljer dessa vidare till en köpare. Köparen har i denna situation endast en avtalsrelation med mellanhanden. Vi kallar denna mellanhandslösning för en *underleverantörlösning*.

Speciellt för en underleverantörlösning är att de innehåller flera leveranstyper. Vi kallar mellanhandens tjänst *leveranstyp 1* och de varor, tjänster eller byggentreprenader som underleverantörerna tillhandahåller *leveranstyp 2*.



Exempel på upphandlingar där en underleverantörlösning används är konsultförmedling, grossistupphandling och tolkförmedling.

En annan typ av mellanhandslösning är *mäklarlösningen*. Mellanhanden agerar då mäklare och sammanför en köpare och en säljare. Avtal avseende leveranstyp 2 tecknas mellan dessa två sistnämnda parter.



Majoriteten av de exempel på användning av mellanhänder som vi har identifierat avser successiva avrop. Därför utgår vi i denna rapport från att avtalen är ramavtal i den mening som avses i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) och lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF).

För att skapa en affär som kännetecknas av goda affärsrelationer och där verksamhetens behov tillgodoses på ett ändamålsenligt sätt är det nödvändigt att ta hänsyn till både laglighet och lämplighet. När det gäller lagligheten konstaterar vi att bl.a. följande förutsättningar måste vara uppfyllda för att en upphandling av en underleverantörlösning ska anses vara korrekt genomförd:

- Upphandlingen får inte vara utformad i syfte att kringgå upphandlingsreglerna.
- Den upphandlande myndigheten eller enheten ska ha övervägt att dela upp upphandlingen och om sammanläggning sker så ska skälen till detta dokumenteras.

- Om flera leveranstyper omfattas av upphandlingen så ska värdet av *samtliga delar* räknas in i kontraktsvärdet.
- Föremålet för upphandlingen ska vara klart definierat redan i upphandlingen, dvs. att båda leveranstyperna ska vara *tillräckligt specificerade* för att det ska vara möjligt att avropa från ramavtalet med tillämpning av (enbart) de fastställda villkoren.
- Den upphandlande myndigheten eller enheten ska anta den anbudsgivare som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Så har inte skett om utvärderingen inte omfattar en dominerande del av ramavtalets värde.

Det har framförts kritik från främst (potentiella) underleverantörer när det gäller tillämpningen av vissa ramavtal med underleverantörlösningar. Vi har i denna rapport identifierat två situationer som kan påverka om ett avrop från ett ramavtal med en enda leverantör är tillåtet eller inte.

Den första situationen handlar om när upphandlingsföremålet är mycket allmänt specificerat i ramavtalet. I dessa fall krävs det en utförlig kravställning i samband med avropet. Avrop från ett ramavtal med en enda leverantör ska ske i enlighet med villkoren i ramavtalet. Enligt LOU får parterna enbart *samråda* med varandra i samband med ett avrop. Ingen förhandling får ske och inget nytt anbud får lämnas. Ett ramavtal med en underleverantörlösning behöver uppfylla samma krav på tydlighet och precisering av upphandlingsföremålet som ställs på alla upphandlingar av varu-, tjänste- eller byggtreprenadkontrakt. Om en upphandlande myndighet eller enhet i sitt avrop väsentligt avviker från ramavtalets villkor kan det aktuella avropet ses som en ny upphandling.

Den andra situationen handlar om risken för att upphandlande myndigheter eller enheter utifrån sitt eget godtycke beslutar om val av underleverantör. Upphandlingslagstiftningen värnar om objektivitet och likabehandling av leverantörer. Därför är det inte tillåtet för en upphandlande myndighet eller enhet att i något skede i en upphandling, eller under ett pågående avtal, agera godtyckligt. Eftersom det är mellanhanden som är avtalspart är det också den som ska göra urvalet av vilken vara, tjänst eller byggtreprenad som ska levereras för att den upphandlande myndigheten eller enheten ska få sitt behov tillgodosett. Ibland sker detta redan i anbudsskedet i ramavtalsupphandlingen medan det i andra fall sker först vid avropet. Om valet av underleverantör i praktiken ligger kvar hos den upphandlande myndigheten eller enheten finns det en risk att denne agerar godtyckligt vid avropet.

Utöver att agera i enlighet med vad som är tillåtet enligt upphandlingslagstiftningen behöver den upphandlande myndigheten eller enheten också förhålla sig till andra aspekter som har att göra med affärsmässighet. När ett behov har identifierats och en möjlig lösning för att tillgodose detta behov är en underleverantörlösning bör den upphandlande myndigheten eller enheten bl.a. hantera följande aspekter:

- Vid inköp av varor, tjänster eller byggtreprenader som är strategiskt viktiga för verksamheten kan det finnas fördelar att ha en direkt avtalsrelation med utföraren eller producenten av leveranstyp 2.
- Valet av en underleverantörlösning på en marknad där detta inte är ett vanligt förekommande sätt att upphandla produkterna kan få oönskade konsekvenser på lång sikt. Vissa menar att det exempelvis kan resultera i mindre

utrymme för forskning och utveckling och sämre kompetensförsörjning.

- Det kan finnas skäl att ställa krav på neutralitet hos mellanhanden för att hantera risken för snedvridning av konkurrensen om mellanhanden och kommande underleverantörer är verksamma på samma marknad.
- Den upphandlande myndigheten eller enheten bör säkerställa att upphandlingen resulterar i en god affär mot bakgrund av att ersättningen utgörs av offentliga medel.

Den upphandlande myndigheten eller enheten bör sammanfattningsvis vara på det klara med konsekvenserna av vald lösning och fatta medvetna beslut. För att kunna fatta sådana beslut krävs marknadskännedom och här är marknadsdialogen central. Målet är att finna en lösning som gagnar såväl den upphandlande myndigheten eller enheten (verksamheten), den leverantör som svarar för leveranstyp 1 (mellanhanden) och leverantörerna som svarar för leveranstyp 2.

Några enkla frågor som den upphandlande myndigheten eller enheten kan ställa sig för att ta reda på om det är lämpligt att upphandla en underleverantörlösning där mellanhanden är den enda ramavtalsleverantören är följande:

1. Vill den upphandlande myndigheten eller enheten ha inflytande över valet av den leverantör som ska tillhandahålla leveranstyp 2?
2. Är det olämpligt att anbudsgivaren (mellanhanden) prissätter leveranstyp 2 redan i ramavtalsupphandlingen?

3. Är det viktigt att ha en direkt avtalsrelation med leverantörerna av leveranstyp 2 för att öka förutsättningarna för en god konkurrens på marknaden på lång sikt?

Ett ja på någon av ovanstående frågor innebär att en underleverantörlösning inte är ett lämpligt sätt att tillgodose den upphandlande myndighetens eller enhetens behov.

Det finns dock andra alternativ till en sådan lösning. Den upphandlande myndigheten eller enheten skulle kunna använda sig av något av följande sätt:

- Stärka den egna organisationen så att behovet av leveranstyp 1 kan tillgodoses internt. Behovet av leveranstyp 2 tillgodoses genom sedvanlig upphandling.
- Använda sig av ett dynamiskt inköpssystem. I ett sådant system kan nya leverantörer träda in löpande under den period som systemet är öppet. Den upphandlande myndigheten eller enheten kan välja bland flera kandidater mot bakgrund av redovisade krav och kriterier och priser som är kopplade till det specifika anbudet kan utvärderas.
- Upphandla ett ramavtal med flera mellanhänder. Om den upphandlande myndigheten eller enheten inte behöver ha en direkt avtalsrelation med leverantören av leveranstyp 2 kan det vara lämpligt att välja ett ramavtal med flera mellanhänder där förnyad konkurrensutsättning tillämpas. Underleverantörskretsen kan variera över tid, den upphandlande myndigheten eller enheten kan välja bland flera kandidater mot bakgrund av de krav och kriterier som presenteras i avropsförfrågan och priser som är kopplade till det specifika avropssvaret kan utvärderas.

- Använda sig av en mäklarlösning. Om den upphandlande myndigheten eller enheten har behov av inköpsstöd så finns det alltid möjlighet att upphandla den stödjande tjänsten skiljt från leveranstyp 2.

Rapportens slutsatser är tydliga. Generellt kan mellanhandslösningar både vara bra och väl fungerande. Det är inte i sig otillåtet att upphandla en mellanhand om det görs på rätt sätt. Det är också viktigt att ramavtalets villkor följs. En upphandlande myndighet eller enhet får inte agera godtyckligt och ge sig själv möjlighet att välja underleverantör. Samma regler gäller för mellanhandsupphandlingar som för andra upphandlingar.

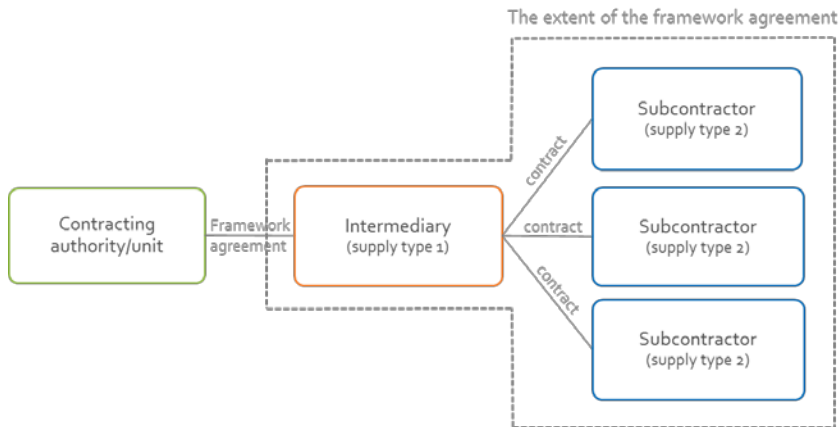
Summary

An intermediary is a party that provides support to a purchaser when the latter wants to meet a certain need through a purchase. The main reason to use an intermediary seems to be streamlining the purchasing process. The public sector has for some time procured various intermediary solutions to meet its needs for goods and services.

Procuring an intermediary is not prohibited according to the procurement legislation. However, it is not permitted for the contracting authority or entity to select the party that the intermediary will use as a subcontractor.

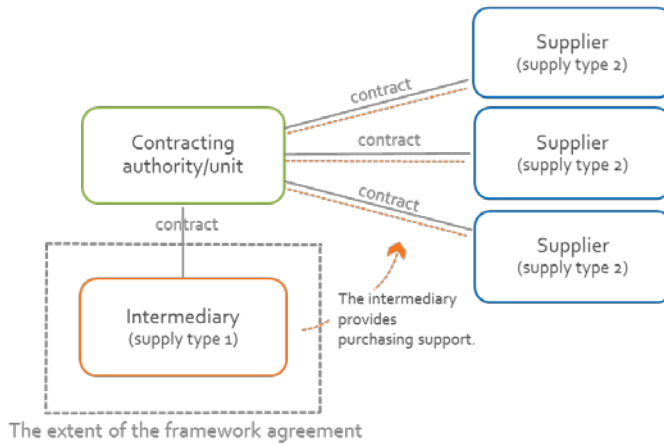
In this report, the Swedish Competition Authority and the National Agency for Public Procurement have focused on intermediary solutions entailing that the intermediary buys goods, services or works from a seller and then sells them to a buyer. In this situation, the buyer has a contractual relationship only with the intermediary. We refer to this intermediary solution as a *subcontractor solution*.

What sets a subcontractor solution apart is that it contains several types of deliveries. We refer to the intermediary's service as *supply type 1* and the goods, services or works provided by the subcontractors as *supply type 2*.



Examples of procurements where subcontractor solutions are used include consultancy arrangements, wholesale procurement and interpretation services.

Another type of intermediary solution is the *broker solution*. The intermediary acts as a broker, connecting a seller with a buyer. Contracts relating to supply type 2 are then signed by the latter two parties.



The majority of the examples that we have identified of intermediaries being used include call-off. For this reason, we assume in this report that the contracts are framework agreements in the meaning given in the Swedish Public Procurement Act, *lag (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)*, and the Swedish Procurement in the Utilities Sectors Act, *lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF)*.

In order to create a transaction characterized by a sound business relationship, in which the needs of the operations are met in an appropriate way, it is necessary to take both legality and suitability into account. As regards legality, we conclude that the following conditions, among others, must be fulfilled in order for a procurement of a subcontractor solution to be considered correctly performed:

- The procurement may not be designed with the aim to circumvent the procurement rules.

- The contracting authority or entity must have considered dividing the procurement into parts and if aggregation is performed, the reasons for this must be documented.
- If several types of deliveries are covered by the procurement, the value of *all parts* must be included in the contract value.
- The object of the procurement must be clearly defined already at the procurement stage, i.e., both types of deliveries must be *sufficiently specified* for it to be possible to make awards from the framework agreement using (only) the stated conditions.
- The contracting authority or entity must accept the tenderer which presents the economically most advantageous tender. This has not been done if the evaluation does not encompass a dominant portion of the value of the framework agreement.

Criticism has been presented mainly from (potential) subcontractors as regards the application of certain framework agreements with subcontractor solutions. We have in this report identified two situations that can affect whether or not an award from a framework agreement with a single supplier is permitted.

The first situation relates to when the object of procurement is specified in very general terms in the framework agreement. In such cases, a detailed requirements specification is required in connection with the award. Awards from a framework agreement with a single supplier are to be made in accordance with the conditions in the framework agreement. In accordance with LOU, the parties may only *consult* with each other in connection with an

award. No negotiations are permitted and no new tender may be given. A framework agreement with a subcontractor solution must satisfy the same requirements on clarity and exactness of the object of procurement as any other procurement of contracts for goods, services or works. If a contracting authority or entity in its award significantly deviates from the conditions of the framework agreement, the award in question can be seen as a new procurement.

The other situation relates to the risk that contracting authorities or entities, at their own discretion, decide upon the choice of subcontractor. The procurement legislation protects objectivity and equal treatment of suppliers. For this reason, it is not permitted for a contracting authority or entity to – at any stage during a procurement or during the term of an existing contracting – act at its own discretion. As it is the intermediary that is the contractual party, it is also the intermediary that performs the selection of the goods, services or works that are to be supplied in order to meet the needs of the contracting authority or entity. Sometimes, this occurs already during the tendering stage of the procurement of the framework agreement, while in other cases this occurs in connection with the award. If the choice of subcontractor in actuality remains with the contracting authority or entity, there is a risk that it will act at its own discretion in the award.

In addition to acting in accordance with what is permitted according to the procurement legislation, the contracting authority or entity must also conduct itself appropriately in regards to other business-related aspects. When a need has been identified and one possible way to meet this need is a subcontractor solution, the contracting authority or entity should, i.a., deal with the following aspects:

- In purchasing goods, services or works of strategic importance for the operations, there may be benefits to having a direct contractual relationship with the performer or producer of supply type 2.
- The choice of a subcontractor solution on a market where this is not a common way to procure the products could have undesirable consequences in the long term. Some suggest that this can, for instance, result in less possibility for research and development or poorer provision of competence.
- There may be reasons to require neutrality on the part of the intermediary, to deal with the risk of skewed competition if the intermediary and future subcontractors are active on the same market.
- The contracting authority or entity should ensure that the procurement results in a good deal, in the light of the fact that the compensation consists of public funds.

The contracting authority or entity should, in summary, realize the consequences of the selected solution and make informed decisions. In order to make such decisions, knowledge of the market is necessary, making a dialogue regarding the market crucial. The goal is to find a solution that benefits the contracting authority or entity (the operations), the supplier of supply type 1 (the intermediary) and the suppliers of supply type 2.

The following are a few simple questions that the contracting authority or entity can ask itself, to figure out if it is appropriate to

procure a subcontractor solution where the intermediary is the only framework agreement supplier:

1. Does the contracting authority or entity want to have some influence on the choice of the supplier that is to provide supply type 2?
2. Is it unsuitable that the tenderer (the intermediary) puts a price on supply type 2 already at procurement of the framework agreement?
3. Is it important to have a direct contractual relationship with the suppliers of supply type 2 in order to improve the conditions for healthy competition on the market in the long term?

A positive response to any of the above questions means that a subcontractor solution is not an appropriate way to meet the needs of the contracting authority or entity.

There are, however, alternatives to such a solution. The contracting authority or entity could make use of one of the following methods:

- Reinforce its own organisation, so the need for supply type 1 can be met internally. The need for supply type 2 is met through regular procurement.
- Use a dynamic purchasing system. In such a system, new suppliers can step in during the time that the system is open. The contracting authority or entity can choose between several candidates on the back of the requirements and criteria presented and prices connected to the specific tender can be evaluated.

- Procure a framework agreement with several intermediaries. If the contracting authority or entity does not need a direct contractual relationship with the supplier of supply type 2, it may be appropriate to select a framework agreement with several intermediaries, where mini-competitions are applied. The range of subcontractors may vary over time, the contracting authority or entity can choose between several candidates on the back of the requirements and criteria presented in the request for tender and prices connected to the specific tender response can be evaluated.
- Make use of a broker solution. If the contracting authority or entity has a need for purchasing support, it is always possible to procure the support service separate from supply type 2.

The conclusions of the report are clear. Intermediary solutions can, as a rule, be both successful and functional. It is not prohibited, per se, to procure an intermediary, if this is done in the correct way. It is also important to be in compliance with the terms of the framework agreement. A contracting authority or entity may not act at its own discretion and give itself the possibility to select subcontractors. The same rules apply for procurements of intermediaries as for other procurements.

Begrepp och förkortningar

Regelverk

EUF-fördraget – Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.

LOU-direktivet – Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

LUF-direktivet – Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG.

LOU – lag (2016:1145) om offentlig upphandling.

LUF – lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna.

Rättsmedelsdirektiven – Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling.

Rådets direktiv av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (89/665/EEG).

Rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om

upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna.

Upphandlingsdirektiven – med upphandlingsdirektiven avses i denna rapport LOU-direktivet och LUF-direktivet.

Upphandlingslagstiftningen – med upphandlingslagstiftningen avses i denna rapport LOU och LUF.

Upphandlingsbegrepp

Avrop – efter att ett ramavtal har ingåtts med en eller flera leverantörer sker avrop när den upphandlande myndigheten eller enheten begär en leverans av den upphandlande varan, tjänsten eller byggentreprenaden.

Direktupphandling – en direktupphandling är ett förfarande utan krav på anbud i viss form. En direktupphandling behöver inte konkurrensutsättas genom annonsering.

Kontrakt – ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter eller enheter och en eller flera leverantörer, och avser leverans av varor, tillhandahållande av tjänster eller utförande av byggentreprenad.

Otillåten direktupphandling – ingående av avtal med en leverantör utan annonserad konkurrensutsättning enligt upphandlingslagstiftningen trots att avtalets ingående skulle ha föregåtts av ett annonserat förfarande.

Ramavtal – ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter eller enheter och en eller flera leverantörer i syfte att

fastställa villkoren i kontrakt som senare ska tilldelas under en given tidsperiod.

Upphandlingsdokumenten – alla dokument som den upphandlande myndigheten eller enheten använder för att beskriva eller fastställa innehållet i upphandlingen.

Aktörer

Kommissionen – Europeiska Unionens kommission.

Leverantör – den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggtreprenader. Med leverantör avses också grupper av leverantörer.

Underleverantör – den aktör som tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggtreprenader åt den leverantör som ingått avtal med den upphandlande myndigheten eller enheten.

Upphandlande myndighet eller enhet – upphandlande myndigheter är organisationer som omfattas av LOU. Dessa utgörs av statliga och kommunala myndigheter, såsom beslutande församlingar i kommuner och landsting och vissa offentligt styrda organ (t.ex. flertalet kommunala och en del statliga bolag). Även sammanslutningar av en eller flera upphandlande myndigheter eller ett eller flera offentligt styrda organ.

Upphandlande enheter är organisationer (verksamheter) som omfattas av LUF. Det är dels upphandlande myndigheter, dels sådana företag som bedriver verksamhet inom något av områdena energi, vatten, transporter eller posttjänster med stöd av särskild rättighet eller ensamrätt.

Begrepp som definieras särskilt i denna rapport

Leveranstyp 1 – den stödjande tjänst som tillhandahålls av mellanhanden och som syftar till att bistå köparen vid anskaffning av leveranstyp 2.

Leveranstyp 2 – de varor, tjänster eller byggtreprenader som levereras till köparen med stöd av mellanhanden.

Mellanhand – en aktör som samordnar en köpares behov av varor, tjänster eller byggtreprenader genom att stödja köpare och säljare att mötas och utföra transaktioner eller genom att köpa varor, tjänster eller byggtreprenader från en säljare och sälja dessa vidare till en köpare.

Mäklarlösning – ett upplägg där mellanhanden stödjer en köpare och säljare att utföra transaktioner med varandra. Köparen har en avtalsrelation med mellanhanden som avser utförande av den stödjande tjänsten, samt en avtalsrelation med säljaren som avser de varor eller tjänster som mellanhanden ska hjälpa till att förmedla.

Underleverantörlösning – ett upplägg där en mellanhand köper varor, tjänster eller byggtreprenader från en säljare och säljer dessa vidare till en köpare. Köparen har endast en avtalsrelation med mellanhanden. De varor eller tjänster som mellanhanden ska sälja vidare till köparen omfattas av den upphandling som köparen ursprungligen har genomfört och som mellanhanden vann.

1 Inledning

En mellanhand är en aktör som tillhandahåller ett stöd till en köpare när denne vill tillgodose ett behov genom en anskaffning. Offentlig sektor i Sverige har under en lång tid upphandlat mellanhandslösningar för att tillgodose sina behov av varor och tjänster. Mellanhandslösningar finns idag inom många olika branscher.

När upphandling av konsultförmedling tog fart i offentlig sektor för några år sedan uppmärksammades Konkurrensverket på mellanhandslösningen i den branschen. Efter att ha skrivit av ett ärende rörande Storstockholms Lokaltrafiks upphandling av konsultmäklare¹, verkar mellanhandslösningen ha spridit sig än mer bland upphandlande myndigheter och enheter. Samtidigt har kritiken rörande konsultförmedlingsupphandlingar varit stor. I anslutning till kritiken har jämförelser gjorts med andra mellanhandslösningar som sedan länge upphandlats i offentlig sektor.

Det är därför motiverat att diskutera mellanhandslösningar i ett bredare sammanhang och inte enbart studera laglighet och lämplighet för en enskild bransch.

Under utredningens gång har vi även blickat ut i världen och då främst inom Europa. Efter diskussioner med kollegor i andra länder gör vi bedömningen att varken lagligheten eller lämpligheten av att använda mellanhänder i upphandlingar verkar vara en stor fråga för myndigheter, eller andra organ, som har upphandlingsfrågor inom sitt ansvarsområde.

¹ Se Konkurrensverkets ärende dnr 155/2013.

1.1 Syfte

För att skapa en affär som kännetecknas av goda affärsrelationer och ett ändamålsenligt tillgodoseende av verksamhetens behov är det nödvändigt att ta hänsyn till både laglighet och lämplighet. Rapporten har mot bakgrund av detta två huvudsakliga syften:

- Tydliggöra lagligheten med en mellanhandslösning i den offentliga upphandlingen.
- Redogöra för lämplighetsaspekter som aktualiseras med en sådan lösning.

Av våra svenska upphandlingslagar kommer rapporten enbart att behandla LOU och LUF.

1.2 Metod

Arbetet med rapporten har bedrivits i projektform under ledning av en projektledare från Upphandlingsmyndigheten och en projektledare från Konkurrensverket.

Vi bad om att få exempel på upphandlingar av olika typer av mellanhänder eller förmedlingstjänster. Därefter genomfördes informella möten med olika intressenter. Intresset var stort. Vi har därmed fått en bred bild av hur mellanhandslösningar används inom olika områden och hur lösningarna uppfattas av olika aktörer – så som branschorganisationer, små och stora leverantörer, mellanhänder, upphandlande myndigheter och enheter samt inköpscentraler. Frågan engagerar många och vår förhoppning är att vårt förhållningssätt kommer leda till att resonemangen i rapporten lättare når ut till våra målgrupper.

1.3 Disposition

Inledningsvis beskriver vi vår definition av en mellanhand. Genom att exemplifiera olika branscher där mellanhandsupphandlingar förekommer klargör vi hur en mellanhandslösning kan se ut i praktiken. Därefter presenterar vi den avgränsning vi gör i rapporten och som blir avgörande för den fortsatta framställningen.

Vi går sedan vidare och presenterar valda delar ur upphandlingslagstiftningen. Vi redogör för vilka förutsättningar som måste vara uppfyllda för att en *upphandling av en mellanhand* ska anses korrekt genomförd. Vi belyser viktiga frågeställningar som kan uppkomma i samband med *ett avrop från ett ramavtal med en mellanhand* och hur de skulle kunna påverka tillåtligheten av det enskilda avropet.

När laglighetsdelen har behandlats diskuteras lämplighet i olika avsnitt. Vi lyfter fram aspekter som kan vara viktiga att ta hänsyn till vid upphandling av en mellanhand och presenterar även några alternativa lösningar.

Slutligen beskriver vi två scenarion som behandlar både laglighet och lämplighet vid upphandling av en mellanhand samt tillämpning av ett sådant ramavtal.

I denna del presenterar vi vår definition av begreppet mellanhand. För att konkretisera definitionen redogör vi därefter för ett antal exempel från olika branscher där mellanhandslösningar förekommer.

Definitionen ligger sedan till grund för den fortsatta framställningen.

Definition

2 Mellanhänder i den offentliga upphandlingen

Begreppet mellanhand är inte definierat i upphandlingslagarna. Däremot framgår det att *inköpscentraler*² kan agera antingen som grossist eller som *mellanhand*. Funktionen som mellanhand beskrivs på två olika sätt. Det kan röra sig om att inköpscentralen genomför en upphandling och fattar tilldelningsbeslut i egenskap av ombud åt andra upphandlande myndigheter eller enheter. I dessa fall genomför inköpscentralen upphandlingsförfaranden på de upphandlande myndigheternas eller enheternas vägnar. En inköpscentral kan även genomföra upphandlingsförfaranden självständigt och utan detaljerade instruktioner från upphandlande myndigheter eller enheter.³ När en inköpscentral köper varor eller tjänster för vidareförsäljning måste den naturligtvis följa upphandlingslagstiftningen.⁴

I följande avsnitt presenterar vi hur vi, inom ramen för denna rapport, definierar en mellanhand. Vi beskriver hur en mellanhandslösning kan se ut i praktiken genom att exemplifiera olika branscher där mellanhandsupphandlingar förekommer. Slutligen sammanfattar vi detta avsnitt och berättar om den avgränsning vi gör och som blir avgörande för rapportens fortsättning.

² Med inköpscentral avses en upphandlande myndighet eller enhet som stadigvarande tillhandahåller centraliserad inköpsverksamhet. Läs mer i 1 kap. 14 § LOU och 1 kap. 13 § LUF.

³ Se prop. 2015/2016:195 s. 533.

⁴ Det följer först och främst av att en inköpscentral är en upphandlande myndighet eller enhet och därmed skyldig att följa upphandlingslagstiftningen. Se även prop. 2015/16:195 s. 529.

2.1 Vår definition av en mellanhand

Inom ramen för denna rapport definierar vi en mellanhand enligt följande:

En mellanhands uppdrag är att samordna en köpares behov av varor, tjänster eller byggentreprenader genom att:

1. *Stödja* en köpare och säljare att mötas och utföra transaktioner (mäklarlösning),
eller
2. *Köpa* varor, tjänster eller byggentreprenader från en säljare och sälja dessa vidare till en köpare (underleverantörlösning).

Den första situationen beskriver en klassisk mäklartjänst⁵ där mellanhanden stödjer en köpare och en säljare att utföra transaktioner mellan varandra. Köparen har en avtalsrelation med mellanhanden som avser utförande av den stödjande tjänsten, samt en avtalsrelation med säljaren som avser de varor, tjänster eller byggentreprenader som mellanhanden ska hjälpa till att förmedla.

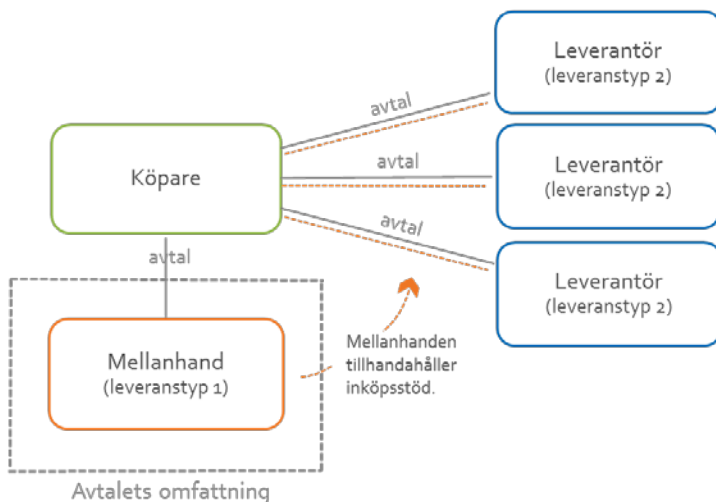
Vi benämner denna lösning som *mäklarlösningen*.

Figur 1 visar hur avtalsförhållandena ser ut. Det framgår att mellanhandens stödjande tjänst (leveranstyp 1) är upphandlad

⁵ Definition av mäklare: Person eller företag som mot arvode eller annan ersättning förmedlar affärer och kontakter mellan köpare och säljare av t.ex. fast och lös egendom, värdepapper, fartyg, försäkringar eller valutor. Källangivelse: Nationalencyklopedin, mäklare <http://www.ne.se/uppslagsverk/encyklopedi/lång/mäklare> (hämtad 2016-09-19).

separat från de varor, tjänster eller byggtreprenader (leveranstyp 2) som de övriga säljarna ska tillhandahålla.

Figur 1: Mäklarlösningen (definition)

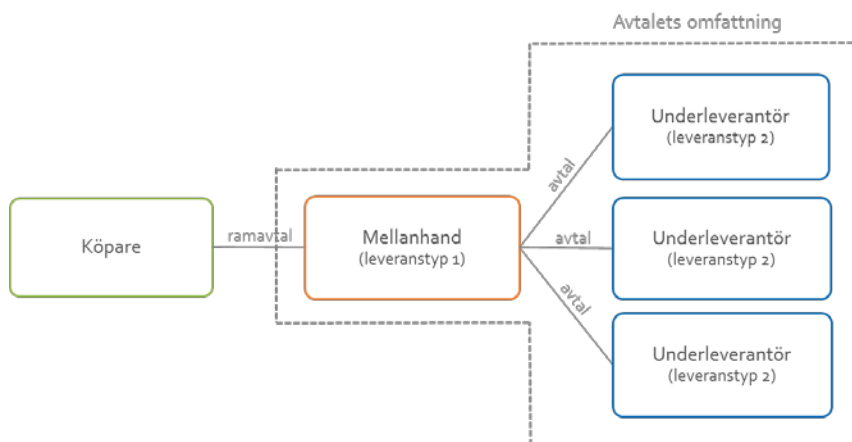


Den andra situationen beskriver när en mellanhand köper varor, tjänster eller byggtreprenader från en säljare och säljer dessa vidare till en köpare. Mellanhanden varken bearbetar eller på något annat sätt förädlar varan, tjänsten eller byggtreprenaden som avser leveranstyp 2. Köparen har i denna situation endast en avtalsrelation med mellanhanden. I det här sammanhanget är det en förutsättning att de varor, tjänster eller byggtreprenader som mellanhanden ska sälja vidare till köparen *omfattas* av den upphandling som köparen ursprungligen har genomfört och som mellanhanden vann.

Vi benämner denna lösning *underleverantörlösningen*.

Figur 2 visar det avtal som har tecknats mellan köparen och mellanhanden. Avtalet omfattar både den tjänst (leveranstyp 1) som mellanhanden tillhandahåller samt de varor, tjänster eller byggtreprenader (leveranstyp 2) som underleverantörerna levererar.

Figur 2: Underleverantörlösningen (definition)



2.2 Branscher

Mellanhänder – enligt definitionen i avsnitt 2.1 – förekommer i en mängd olika branscher och i skiftande skepnader.

I detta avsnitt redogör vi för olika typer av mellanhandslösningar. Beskrivningen innefattar inte alla typer av mellanhandskonstruktioner som förekommer i offentlig upphandling och den tar inte heller hänsyn till alternativa lösningar i förhållande till det gängse sättet att upphandla den vara, tjänst eller byggtreprenad som är aktuell.

I ett fall har vi kunnat se två olika typer av lösningar inom samma bransch, som båda är vanligt förekommande. I det fallet redogör vi för båda lösningarna. Valet av branscher har gjorts utifrån våra egna uppfattningar om tydliga mellanhandslösningar i kombination med synpunkter från aktörer som vi har varit i kontakt med under arbetet med denna rapport.

Syftet med beskrivningen av olika branscher är att skapa en referensram till den fortsatta framställningen. Vår förhoppning är också att exemplen i detta avsnitt förtydligar vår definition av en mellanhand.

I det här avsnittet beskriver vi upphandling av:

- tolkförmedling,
- varugrossister,
- försäkringsförmedling,
- resebyråtjänster och
- konsultförmedling.

Resultatet kommer från en genomgång av ett antal förfrågningsunderlag inom respektive bransch.

Vi använder begreppen *mäklarlösning* och *underleverantörlösning* för att beskriva de två sätten på vilka köparen kan nyttja en mellanhand vid en anskaffning. För att tydliggöra att det rör sig om flera typer av varor, tjänster eller byggtreprenader i en och samma upphandling använder vi begreppet leveranstyp. Med *leveranstyp 1* avses den stödjande tjänst som mellanhanden tillhandahåller. Med *leveranstyp 2* avses de varor, tjänster eller byggtreprenader som underleverantörerna levererar.

2.2.1 Tolkförmedling

I upphandlingen kravställs själva förmedlingstjänsten (leveranstyp 1) såväl som tolkningen (leveranstyp 2). Tolkförmedlaren (mellanhanden) har möjlighet att tillhandahålla leveranstyp 2 genom egna anställda eller genom underleverantörer. Båda leveranstyperna utvärderas; prisuppgifterna består vanligen av förmedlingsavgift respektive timpriser för olika tolktjänster. Vid avropet vänder sig den upphandlande myndigheten eller enheten till tolkförmedlaren och anger det aktuella behovet och sedan tillhandahåller tolkförmedlaren en tolk som kan utföra uppdraget. I vissa upphandlingar förekommer det även att brukaren kan namnge den tolk som ska tillfrågas vid särskilda situationer, t.ex. vid sjukhusbesök.

Den här typen av lösning är ett exempel på en underleverantörs-lösning.

2.2.2 Varugrossister

Dessa upphandlingar omfattar vanligen ett stort antal produkter som, åtminstone delvis, produceras av grossistens underleverantörer (i ett eller flera led). Grossisten, dvs. leverantören och tillika mellanhanden, kan dock även leverera egna produkter. Leverantören svarar för distribution av produkterna till den upphandlande myndigheten eller enheten. I upphandlingen kravställs såväl produkterna som hur de ska tillhandahållas. Pris lämnas på respektive produkt. I priserna ingår distributionen och andra eventuella stödtjänster som omfattas av leverantörens åtagande. Avtalet innehåller vanligtvis exakta angivelser (artikelnummer) om vilka produkter som omfattas och kan avropas.

Om priser inte sätts på artikelnivå utan enbart på produktnivå väljer leverantören vilken artikel som ska levereras när produkten avropas. När behov av produkterna uppstår skickar den upphandlande myndigheten eller enheten en beställning till leverantören, som sedan levererar beställda produkter direkt till den upphandlande myndigheten eller enheten.

Den här typen av lösning är ett exempel på en underleverantörs-lösning.

2.2.3 Försäkringsförmedling

Upphandlingar av försäkringsförmedling omfattar enbart förmedlingstjänsten, dvs. inte de försäkringar som den upphandlande myndigheten eller enheten har behov av. Leverantören (mellanhanden) bistår den upphandlande myndigheten eller enheten med att bl.a. genomföra behovsanalyser, föreslå försäkringslösningar, optimera självrisker, bistå vid genomförande av upphandling av försäkringar enligt gällande upphandlingslagstiftning, förvalta ingångna avtal och genomföra besiktningar för att förebygga skador. Tjänsten kravställs och utvärderas.

Ersättningen för leverantörens tjänst utgår i regel som ett arvode från den upphandlande myndigheten eller enheten och inte som en provision på de försäkringar som den upphandlande myndigheten eller enheten tecknar.

När det är dags att upphandla försäkringar är det den upphandlande myndigheten eller enheten som formellt genomför upphandlingen, eventuellt med omfattande stöd av antagen försäkrings-

förmedlare. Det är således den upphandlande myndigheten eller enheten som ansvarar för att tillämpliga regler följs.

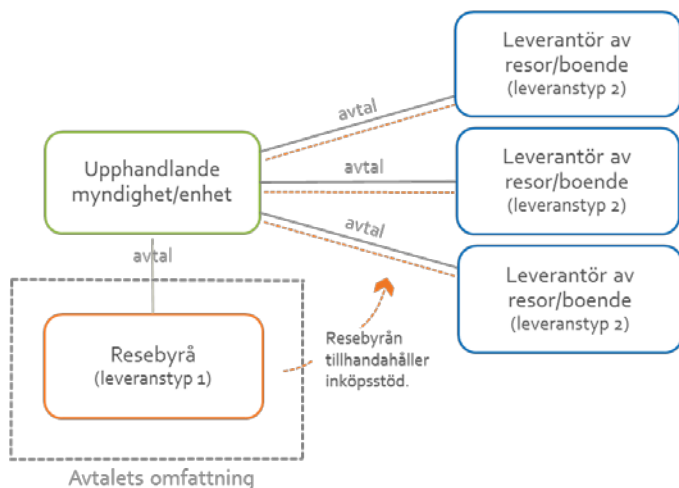
Den här typen av lösning är ett exempel på en mäklarlösning.

2.2.4 Resebyråttjänster

Två olika typupphandlingar har identifierats. Den första typupphandlingen omfattar den tjänst som resebyrån (mellanhanden) utför; huvudsakligen bokning av resor och boende. Leverantören är sedan skyldig att tillämpa de ramavtal avseende resor och boende som den upphandlande myndigheten eller enheten har eller kommer att ingå. Resebyråttjänsten kravställs och utvärderas. Tjänsten prissätts vanligen enligt monetära påslag för olika typer av bokningar, timpris och fast ersättning för vissa ingående tjänster, exempelvis tillhandahållande av självbokningssystem och en grundavgift för hela tjänsten.

I vissa upphandlingar av denna typ beräknas kontraktsvärdet till den ersättning som utbetalas till resebyrån för dess tjänster. I andra upphandlingar uppskattas kontraktsvärdet till det totala beloppet som den upphandlande myndigheten eller enheten beräknar betala *både* för resebyråttjänsten *och* för resor och hotellvistelser.

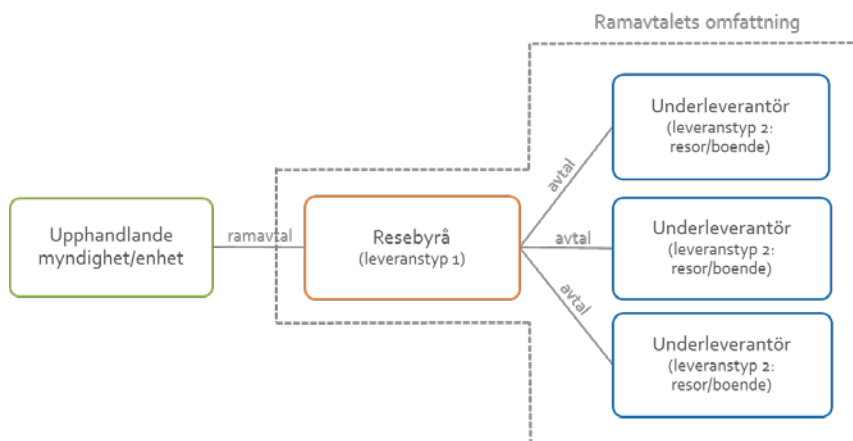
Figur 3: Resebyrå (mäklarlösningen)



Lösningen bör vara att se som en mäklarlösning även om upphandlingens värde beräknas till det sammanlagda värdet av både resebyråleverantörens tjänst och kostnaden för resorna m.m.

Den andra typupphandlingen omfattar, enligt vad som anges i förfrågningsunderlaget, såväl resebyråtjänsten (leveranstyp 1) som resor och boende (leveranstyp 2). Kontraktsvärdet uppskattas till det totala belopp som den upphandlande myndigheten eller enheten beräknar erlagga för båda leveranstyper. Enbart resebyråtjänsten krävs och utvärderas, på samma sätt som i den första typupphandlingen.

Figur 4: Resebyrå (underleverantörlösningen)



Det är oklart hur denna senare lösning kan kategoriseras. Det verkar vara en underleverantörlösning men vi bedömer den som oklar med tanke på att avtalsförhållandena inte nödvändigtvis överensstämmer med definitionen, dvs. att "underleverantörerna" inte har något avtalsförhållande med den upphandlande myndigheten eller enheten.

2.2.5 Konsultförmedling

Upphandlingar av konsultförmedling omfattar, enligt vad som anges i förfrågningsunderlagen, både förmedlingen (leveranstyp 1) och konsulttjänsterna (leveranstyp 2). Upphandlingarna resulterar vanligtvis i ett ramavtal med en enda leverantör. Det uppskattade värdet för båda leveranstyperna ingår i det beräknade kontraktsvärdet.

Det är vanligt att ställa krav på neutralitet. Leverantören (mellanhanden, dvs. konsultförmedlaren) får inte vara partisk i förhållande

till de underleverantörer som tillhandahåller leveranstyp 2. Vanligtvis krävs inte att anbudsgivaren redovisar de underleverantörer som kan komma att tillhandahålla leveranstyp 2. I de fall redovisning krävs är det vanligt att ett i förväg specificerat antal underleverantörer ska anges, men att denna krets får förändras under avtalstidens gång.

Leveranstyp 1 både kravställs och utvärderas. När det gäller ersättningsmodell för leveranstyp 1 så anges ett monetärt eller procentuellt påslag på fakturerade timmar kopplat till leveranstyp 2.

Kravställning och utvärdering av leveranstyp 2 skiljer sig åt mellan upphandlingarna. I vissa upphandlingar beskrivs det utförligt hur dessa uppgifter ska utföras genom de konsulttjänster som leverantören åtar sig att förmedla. Beskrivningarna avser vilka arbetsuppgifter som kan komma att utföras av respektive roll samt vilka krav på utbildning och erfarenhet som ställs på olika roller och på olika nivåer (grad av senioritet). I andra upphandlingar specificeras leveranstyp 2 genom att det endast anges en uppräknning av olika typer av konsulttjänster som leverantören ska kunna förmedla. Det förekommer, men är ovanligt, att leveranstyp 2 utvärderas. Om så sker, begär den upphandlande myndigheten eller enheten in timpriser för de roller och nivåer som är aktuella. Avtalade timpriser utgör normalt takpriser vid avrop.

När ett behov uppstår får leverantören i uppdrag att stödja den upphandlande myndigheten eller enheten i att hitta lämpliga utförare (underleverantörer). Utgångspunkten är de krav och kriterier som den upphandlande myndigheten eller enheten anger. Leverantören hämtar in anbud från potentiella underleverantörer som finns med i dennes system/nätverk. I vissa upphandlingar

lämnas samtliga konsulter som uppfyllt de formella kraven över till den upphandlande myndigheten eller enheten som genomför en utvärdering av anbuderna och fattar beslut om vilken underleverantör leverantören ska använda. Avtal avseende avropet av leveranstyp 2 tecknas mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och leverantören respektive mellan leverantören och underleverantören.

I andra upphandlingar ska leverantören presentera den konsult som leverantören finner bäst uppfyller beskrivna krav och kriterier. Den upphandlande myndigheten eller enheten ges möjlighet att verifiera att anbudet uppfyller ställda krav och om kraven är uppfyllda kan ett avtal tecknas, eventuellt efter prispförhandling. Ytterligare en variant är att leverantören ska presentera tre anbud, rangordnade sinsemellan. Om den upphandlande myndigheten eller enheten accepterar det anbud som är rangordnat på första plats tecknas avtal – annars går den upphandlande myndigheten eller enheten vidare till anbud nummer två i rangordningen osv.

I vissa upphandlingar anges att leverantören även ska kunna tillhandahålla namngivna konsulter.

Upphandling av konsultförmedling, såsom det har beskrivits i detta avsnitt, är ett exempel på en underleverantörlösning.

2.3 Slutsats och avgränsning

Inom ramen för denna rapport definierar vi en mellanhand på två olika sätt. Den s.k. mäklarlösningen (figur 1) är som regel oproblematiserad i förhållande till de frågor som diskuteras i denna rapport. Anledningen till det är att den stödjande tjänsten, som

mellanhanden tillhandahåller, och de varor, tjänster eller byggentreprenader som de övriga leverantörerna levererar är upphandlade var för sig och i enlighet med upphandlingsreglerna. I rapporten fördjupar vi oss därför inte i upphandlingar enligt figur 1, mäklarlösningen. Istället kommer vi att behandla laglighet och lämplighet kopplat till upphandling av en mellanhand enligt figur 2, underleverantörlösningen.

I upphandlingssammanhang kan en underleverantörlösning (figur 2) vålla problem. Detta gäller såväl laglighet som lämplighet. Det är även denna lösning som har uppmärksammats de senaste åren – främst med anledning av att offentlig sektor har börjat upphandla konsultförmedling för att tillgodose sina behov av konsulttjänster. Som vi presenterade i avsnitt 2.2 använder offentlig sektor sedan en lång tid tillbaka underleverantörlösningar för att tillgodose olika typer av behov av varor eller tjänster. Exempel på detta är tolkförmedlingstjänster och livsmedel.

Att en leverantör har underleverantörer knutna till sig innebär inte per automatik att det är en mellanhand. Ett exempel på en sådan situation är upphandling av en generalentreprenad.

Med generalentreprenad avses att en upphandlande myndighet eller enhet upphandlar hela byggentreprenaden av en enda entreprenör (leverantör). Entreprenören väljer normalt själv om, och på vilket sätt, underentreprenörer (underleverantörer) ska användas vid fullgörandet av kontraktet.

Byggentreprenaden kan upphandlas som en totalentreprenad, där såväl projektering som utförandet av alla arbeten ingår. Resultatet är kravställt och utgörs av en viss funktion eller ett byggnadsverk med viss utformning. Alternativt så upphandlas byggentrepren-

naden som en utförandeentreprenad. I ett sådant fall är det den upphandlande myndigheten eller enheten som svarar för projekteringen och entreprenören utför arbetet enligt denna.

En upphandling av en generalentreprenad avser med andra ord en faktisk leverans av en funktion där entreprenören är delaktig i slutleveransen – dvs. någon form av förädling av tjänsterna görs av entreprenören.

En annan typ av upphandling som vi inte anser passar in i vår definition är personaluthyrning. Den upphandlande myndigheten eller enheten har i denna typ av upphandlingar behov av tjänster som ska utföras på angiven plats av personer som hyrs ut av leverantören. Dessa personer är anställda hos leverantören. Ett kännetecken för denna typ av upphandling är att leverantören hyr ut sin egen personal. Detta kan jämföras med att hyra ut någon annans personal då det uppkommer en underleverantörsrelation. Både den tjänst som ska utföras av uthyrd arbetskraft och den administrativa tjänsten kravställs. De priser som utvärderas avser vanligen timpriser på olika roller och i detta timpris ingår även ersättning för stödtjänsten. Avropsförfrågan innehåller en precisering av det aktuella behovet, exempelvis angivande av tidpunkt för tjänstens utförande, omfattning och eventuell uppdragsspecifik kompetens hos den personal som ska hyras in. Leverantören presenterar en eller flera kandidater och den upphandlande myndigheten eller enheten fattar beslut om slutlig kandidat.

Upphandling av personaluthyrning utgör inte ett exempel på en mellanhandslösning, såsom den definieras i denna rapport. Någon avtalsrelation, i form av ett kommersiellt avtal, med den person som utför tjänsten uppstår varken med den upphandlande

myndigheten eller enheten eller med en mellanhand. Om istället underleverantörsrelationer uppstår kan lösningen vara att hänföra till kategorin Konsultförmedling, se avsnitt 2.2.5.

Majoriteten av de exempel på användning av mellanhänder som vi har identifierat avser successiva avrop. Därför utgår vi i denna rapport från att avtalen är ramavtal i den mening som avses i LOU och LUF. Rapporten kommer därmed att utgå från bestämmelserna om ramavtal.

Genomgången av branscherna resulterar i följande kategorisering:

<i>Sammanställning av branscher (bransch respektive identifierad lösning)</i>	
Tolkförmedlingstjänster	Underleverantörlösning
Varugrossister	Underleverantörlösning
Försäkringsförmedling	Mäklarlösning
Resebyrå, alternativ 1	Mäklarlösning
Resebyrå, alternativ 2	Underleverantörlösning (oklar)
Konsultförmedling	Underleverantörlösning
Generalentreprenad	Ingen mellanhand enligt vår definition
Personaluthyrning	Ingen mellanhand enligt vår definition

I denna del redogör vi för de rättsliga förutsättningar som särskilt aktualiseras vid mellanhandslösningar.

Därefter beskriver vi de förutsättningar som måste vara uppfyllda vid upphandling av en mellanhand, samt vilka situationer i samband med ett avrop som kan påverka tillåtligheten. Vi avslutar med ett avsnitt om rättsmedel.

Laglighet

3 Rättsliga förutsättningar

Upphandlingslagstiftningen syftar till att genomföra de övergripande målen om konkurrens, fri rörlighet av varor och tjänster inom EU samt den fria etableringsrätten. Leverantörer av varor, tjänster och byggtreprenader i samtliga medlemsstater ska kunna konkurrera på lika villkor om offentliga kontrakt inom EU.

För att förverkliga dessa friheter ska upphandlande myndigheter eller enheter genom hela upphandlingsprocessen iaktta de grundläggande principerna. De fem EU-rättsliga principerna följer av de artiklar i EUF-fördraget som reglerar rätten till fri etablering och fri rörlighet av varor och tjänster, och syftar till att säkerställa förverkligandet av den gemensamma EU-marknaden.⁶ En upphandlingsmarknad präglad av öppenhet och likabehandling förväntas leda till ökad och sund konkurrens. På så sätt skapas även goda möjligheter för de upphandlande myndigheterna eller enheterna att ingå affärsmässigt fördelaktiga kontrakt, till fördel för skattebetalarna.

Förutsättningarna för effektiv och sund konkurrens stärks ju fler företag som deltar i upphandlingar. Ibland kan det dock vara svårt för mindre företag att lägga ett anbud vilket kan leda till att dessa företag istället tar rollen som underleverantörer eller ser ett behov av att samarbeta med andra mindre företag. I detta avseende är det dock viktigt att tänka på att konkurrenslagen⁷ som huvudregel förbjuder samarbeten mellan företag som begränsar konkurrensen. Men samarbeten mellan företag som av olika anledningar inte kan

⁶ Se artikel 34, 49 och 56 och 106 i EUF-fördraget samt den grundläggande principen om förbudet mot diskriminering i artikel 18 i EUF-fördraget.

⁷ Konkurrenslagen (2008:579).

lämna anbud på egen hand är tillåtna.⁸ Sådana samarbeten kan nämligen öka antalet anbud i upphandlingar och på så sätt bidra till att främja konkurrensen.

Upphandlingsdirektiven syftar även till att stimulera tillväxten och främja förtroendet för den inre marknaden. Direktiven har därutöver två kompletterande mål. Det ena målet är att genom enklare och mer flexibla regler öka effektiviteten i offentliga utgifter för att säkra bästa möjliga upphandlingsresultat när det gäller att få bättre valuta för pengarna. Detta innebär också fördelar för alla leverantörer och gör det lättare för små och medelstora företag och anbudsgivare från andra länder att delta. Det andra målet är att upphandlande myndighet eller enheter ska ges bättre möjligheter att använda offentlig upphandling till stöd för gemensamma samhällsrelaterade mål, såsom bl.a. främjande av innovation, sysselsättning och social integration.⁹

I följande avsnitt kommer en genomgång av aktuella delar ur upphandlingslagstiftningen att presenteras. De rättsliga förutsättningarna som presenteras i detta avsnitt ligger sedan till grund för den fortsatta framställningen i rapporten.

3.1 De grundläggande principerna

I detta avsnitt följer en beskrivning av de principer som en upphandlande myndighet eller enhet behöver ta hänsyn till i samband med en offentlig upphandling. De grundläggande

⁸ Se Konkurrensverkets vägledning för samarbete i upphandlingar: <http://www.konkurrensverket.se/vagledning-samarbeten/>

⁹ Se prop. 2015/16:195 s. 292.

principerna anges i 4 kap. 1 § LOU och 4 kap. 1 § LUF och gäller för all upphandling av varor, tjänster och byggtreprenader.

Principen om *icke-diskriminering* innebär att det är förbjudet att direkt eller indirekt diskriminera leverantörer på grund av nationalitet. Även om den upphandlande myndigheten eller enheten 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 eller enheten får inte heller t.ex. ge ett lokalt företag företräde.

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

Principen om *öppenhet* (transparens) innebär en skyldighet för den upphandlande myndigheten eller enheten 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.

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 man välja det alternativ som är minst ingripande eller belastande för leverantörerna.

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.

Vidare får inte en upphandling utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde eller begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt. Det följer av 4 kap. 2 § LOU och 4 kap. 2 § LUF.

3.2 Bestämmelser om ramavtal

Ett ramavtal är ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter eller enheter och en eller flera leverantörer med syfte att bestämma villkoren i kontrakt som senare ska tilldelas under en given tidsperiod. Detta framgår av 1 kap. 20 § LOU och 1 kap. 19 § LUF.

Den största skillnaden mellan ett ramavtal och ett kontrakt är att ett kontrakt avser en faktisk anskaffning. Ramavtal fastlägger istället helt eller delvis villkoren för flera, eventuella, framtida anskaffningar under en given tidsperiod (genom kontrakt).¹⁰ Ramavtalet är typiskt sett tänkt för situationen att en upphandlande myndighet eller enhet med rimlig grad av säkerhet kan förutse framtida återkommande behov av anskaffningar och vill planera för dessa.¹¹

En upphandlande myndighet eller enhet får ingå ramavtal för både varor, tjänster och byggtreprenader. Detta anges i 7 kap. 1 § LOU

¹⁰ Se prop. 2015/16:195 s. 514.

¹¹ Se prop. 2015/16:195 s. 515.

och 7 kap 1 § LUF. Ramavtalsbestämmelserna i respektive lag skiljer sig åt. Inledningsvis redogörs för reglerna enligt LOU.

Om ett ramavtal där alla villkor är fastställda har ingåtts med en enda leverantör ska efterföljande avrop tilldelas i enlighet med villkoren i ramavtalet. Den upphandlande myndigheten eller enheten får inför tilldelningen av sådana kontrakt *skriftligen samråda* med leverantören och vid behov uppmana denne att komplettera sitt anbud. Det framgår av 7 kap. 4 § LOU. Med skriftligt samråd avses inte någon ny förhandling av avtalsvillkoren. Samrådsmöjligheten gör det möjligt att endast *precisera villkoren* i ramavtalet genom en komplettering av leverantörens ursprungliga anbud. Hur långtgående denna precisering får vara framgår inte av lagen. Däremot måste regleringen förstås och tillämpas i ljuset av att det av naturliga skäl är särskilt svårt i dessa fall för utomstående, t.ex. andra leverantörer på marknaden, att få insyn vid tilldelningen.¹² Av förarbetena framgår att det t.ex. kan röra sig om uppgifter om aktuellt pris, om detta enligt ramavtalet är kopplat till någon form av prisjusteringsklausul. Vilka kompletteringar som kan göras vid ett enskilt avrop måste bedömas utifrån omständigheterna i det enskilda fallet.¹³ Termen "komplettering" används även när en anbudsgivare har möjlighet att rätta, förtydliga eller komplettera en anbudsansökan eller ett anbud.¹⁴ Gemensamt för dessa åtgärder är att de inte får ändra anbudet i sak. Några materiella ändringar av anbudet är med andra ord inte tillåtna.¹⁵

¹² Se prop. 2015/16:195 s. 1011.

¹³ Se prop. 2015/16:195 s. 1011.

¹⁴ Se 4 kap. 9 § LOU samt 4 kap. 8 § LUF.

¹⁵ Se prop. 2015/16:195 s. 445 f.

Figur 5: Avrop från ramavtal med en leverantör



När ett ramavtal har ingåtts med flera leverantörer, och alla villkor för avrop är fastställda, ska den upphandlande myndigheten använda objektiva villkor för att avgöra vilken av leverantörerna som ska tilldelas kontraktet (fördelningsnyckel). En fördelningsnyckel kan avse mer än rangordning. Det centrala är att valet vid ett avrop av vilken leverantör som ska utföra en viss uppgift måste göras i enlighet med de grundläggande principerna. Det får därmed inte bero på den upphandlande myndighetens godtycke.¹⁶ De villkor som tillämpas ska anges i något av upphandlingsdokumenten för ramavtalet.

Figur 6: Avrop från ramavtal med flera leverantörer, samtliga villkor fastställda

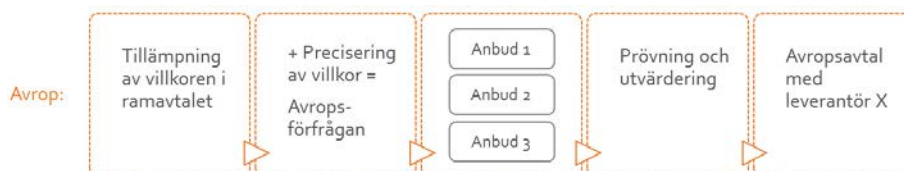


Kontrakt som baseras på ett ramavtal med flera leverantörer och som inte har samtliga villkor fastställda, ska tilldelas efter en

¹⁶ Se prop. 2015/16:195 s. 515.

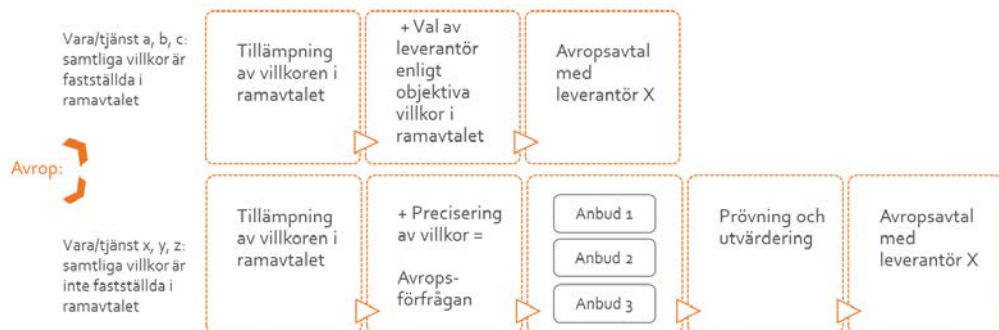
förnyad konkurrensutsättning. Detta innebär att de leverantörer som är parter i ramavtalet på nytt erbjuds att lämna anbud i enlighet med de villkor som anges i ramavtalet. Enligt 7 kap. 9 § LOU får dessa villkor, om det är nödvändigt, preciseras och vid behov kompletteras med andra villkor som har angetts i något av upphandlingsdokumenten för ramavtalet. Den upphandlande myndigheten ska tilldela kontraktet till den anbudsgivare som har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet enligt tilldelningskriterierna för ramavtalet.

Figur 7: Avrop från ramavtal med flera leverantörer, förnyad konkurrensutsättning



För att öka flexibiliteten har en ny bestämmelse om kombinerade ramavtal införts i LOU. Det innebär att det är möjligt att i ett och samma ramavtal ha delar av det ena eller andra slaget – dvs. delar med samtliga villkor fastställda och delar där samtliga villkor inte är fastställda. Det följer av 7 kap. 7 § LOU att det av upphandlingsdokumenten ska framgå vilka villkor i ramavtalet som kan bli föremål för en förnyad konkurrensutsättning, och de objektiva villkor som den upphandlande myndigheten ska använda när den avgör om tilldelning ska ske utan eller efter en förnyad konkurrensutsättning.

Figur 8: Avrop från ramavtal med flera leverantörer, kombinerade avropssätt



Även om LUF numera har något mer utförliga bestämmelser om ramavtal och tilldelning av kontrakt, så är lagen alltså mindre detaljerad än LOU. Anledningen till det är enligt förarbetena att det, generellt sett, tillåts en större frihet vid upphandling inom försörjningssektorerna än vid upphandling enligt LOU-direktivet.¹⁷ Det ska dock poängteras att en upphandlande enhet ska, i alla sina åtgärder, iakttäta objektivitet och de grundläggande principerna.¹⁸ Till skillnad från LOU talar LUF endast om att ramavtal kan användas av upphandlande enheter under förutsättning att ramavtalet upphandlats enligt lagens bestämmelser.

Ett kontrakt som grundas på ett ramavtal ska tilldelas med tillämpning av objektiva regler och kriterier som ska finnas angivna i något av upphandlingsdokumenten för ramavtalet. Det följer av 7 kap. § 3 LUF. Kontrakt får tilldelas med en förnyad konkurrensutsättning för de leverantörer som är parter i ramavtalet. Kontraktet tilldelas då den anbudsgivare som har lämnat det anbud som är det

¹⁷ Se prop. 2015/16:195 s. 522.

¹⁸ Se prop. 2015/16:195 s. 522.

ekonomiskt mest fördelaktiga enligt tilldelningskriterierna för ramavtalet. Det framgår av 7 kap. 4 § LUF.

3.3 Möjligheten att anlita underleverantörer i offentliga kontrakt

Underleverantörer kan komma i fråga i två olika situationer i samband med offentliga kontrakt. Dels kan en leverantör *åberopa en underleverantörs (eller fleras) kapacitet* för att på så sätt uppfylla kvalificeringskraven i en upphandling. Därutöver kan underleverantörer anlitas av en leverantör för att *fullgöra ett kontrakt*.

3.3.1 Åberopande av andra företags kapacitet

En anbudsgivare har rätt att åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla krav som avser ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk och yrkesmässig kapacitet. Det följer av 14 kap. 6 § LOU och 14 kap. 11 § LUF. Detta gäller oavsett den rättsliga beskaffenheten av de band som leverantören har till det åberopade företaget i fråga – under förutsättning att leverantören kan visa att denne faktiskt *förfogar över resurserna* hos det företag vars kapacitet åberopas.¹⁹

EU-domstolen har konstaterat att en anbudsgivare som gör gällande teknisk, yrkesmässig och ekonomisk kapacitet hos utomstående endast kan uteslutas av den upphandlande

¹⁹ Se även C-176/98 *Holst Italia Spa mot Comune di Cagliari*, punkterna 28 och 29.

myndigheten eller enheten om den inte kan visa att den förfogar över dessa resurser.²⁰

För att säkerställa att ett kontrakt kommer att genomföras på ett effektivt och korrekt sätt ska upphandlande myndigheter eller enheter kontrollera de företag vars kapacitet åberopas. Kontroll ska genomföras med avseende på uteslutningsgrunderna samt för att säkerställa att kvalificeringskraven är uppfyllda. Kontrollen ska utföras i enlighet med 15 kap. 1–14 §§ LOU.²¹

Även om huvudregeln är att en anbudsgivare har rätt att åberopa andra företags kapacitet, är det möjligt för en upphandlande myndighet eller enhet att kräva att det är den leverantör som har lämnat anbudet som ska utföra vissa *uppgifter som är avgörande för anskaffningen*. Detta förutsätter att det rör sig om ett tjänstekontrakt, ett byggtreprenadkontrakt eller ett monterings- eller installationsarbete inom ramen för en upphandling av en vara. Det följer av 14 kap. 8 § andra stycket LOU och 14 kap. 17 § LUF.²²

3.3.2 Fullgörande av kontrakt med hjälp av underleverantörer

Ett av syftena med direktiven är att anpassa upphandlingar till de små och medelstora företagens förutsättningar. En del i

²⁰ Se C-314/01 *Siemens och ARGE Telekom*, punkt 46.

²¹ Enligt 14 kap. 15 § LUF ska en upphandlande enhet också tillämpa 15 kap. 1–14 §§ LOU när den kontrollerar andra företag vars kapacitet åberopas av en leverantör.

²² Se även C-94/12 *Swm Costruzioni 2 SpA och Mannocchi Luigino DI mot Provincia di Fermo*.

uppfyllandet av det syftet är att leverantörer ska ha rätt att ta hjälp av underleverantörer vid fullgörande av offentliga kontrakt.²³

Det finns ingen skyldighet för en upphandlande myndighet eller enhet att i ett förfrågningsunderlag kräva information om vilka underleverantörer som kan bli aktuella vid fullgörandet av ett kontrakt. Däremot *får* en upphandlande myndighet eller enhet begära att anbudsgivaren i anbudet anger hur stor del av kontraktet som kan komma att läggas ut på tredje man och/eller vilka underleverantörer som föreslås. Det framgår av 17 kap. 6 § LOU och 16 kap. 6 § LUF.

Direktiven medger att medlemsstaternas lagar innehåller bestämmelser om inhämtande av uppgifter om underleverantörer i flera led. Detta framgår av artikel 71.5 femte stycket b i LOU-direktivet samt artikel 88.5 femte stycket b i LUF-direktivet. Sverige har dock begränsat lagregleringen till uppgifter om underleverantörer i första ledet och inte underleverantörer längre ned i en underleverantörskedja. En upphandlande myndighet eller enhet har dock möjlighet att inhämta uppgifter om underleverantörer i flera led med stöd av särskilda villkor för fullgörandet av kontraktet.

För några särskilt angivna kontrakt *ska* dock den upphandlande myndigheten eller enheten begära in uppgifter om vem eller vilka underleverantörer som kan bli aktuella att fullgöra kontraktet. Skyldigheten att göra det gäller kontrakt som avser en byggtreprenad eller en tjänst som ska tillhandahållas vid en anläggning under direkt tillsyn av myndigheten. Det följer av 17 kap. 7 § LOU och 16 kap. 7 § LUF. Myndigheten eller enheten ska också ställa

²³ Se prop. 2015/16:195 s. 838.

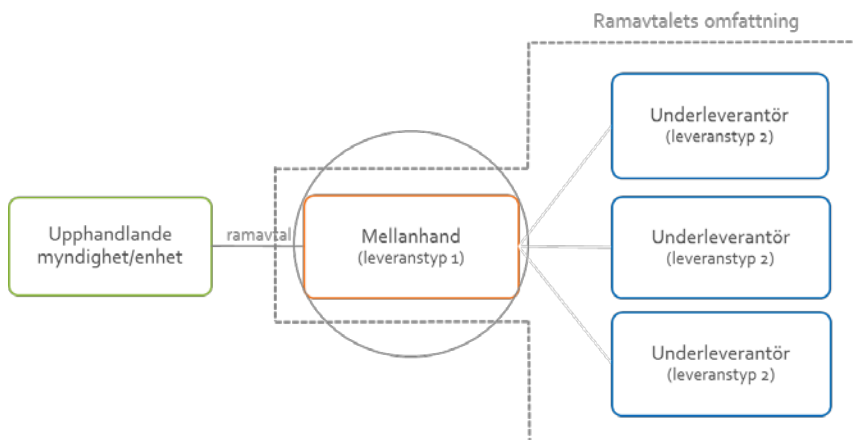
krav på att leverantören ska underrätta myndigheten om varje ändring av namn och kontaktuppgifter som görs under kontraktets löptid. Det framgår av 17 kap. 7 § tredje stycket LOU och 16 kap. 7 § tredje stycket LUF.

Det finns generellt inget som hindrar en mellanhand att med hjälp av underleverantörer tillgodose en upphandlande myndighets eller enhets behov av varor, tjänster eller byggentreprenader. Som tidigare har framhållits är det istället upp till varje upphandlande myndighet eller enhet att själva avgöra vilken *kontroll* de önskar ha över de (under)leverantörer som faktiskt utför en tjänst eller byggentreprenad, eller levererar en vara. Läs mer om detta i avsnitten om lämplighet.

4 Föremålet för upphandlingen

Underleverantörlösningar omfattar leveranstyp 1 och leveranstyp 2. Leveranstyp 1 är kopplad till den marknad som potentiella anbudsgivare är direkt verksamma på – dvs. mellanhandens marknad. Det är vanligt att det i upphandlingen läggs särskilt fokus på denna leveranstyp (leveranstyp 1).

Figur 9: Underleverantörlösningen (leveranstyp 1)



Den eller de leveranstyper som i huvudsak är kopplade till (framtida) underleverantörers marknader, leveranstyp 2, är sällan lika specificerade.

För att en upphandling ska omfatta en vara, tjänst eller byggtjänst behöver vissa förutsättningar vara uppfyllda. Med *omfatta* avser vi i denna rapport om den upphandlande myndigheten eller enheten har uppfyllt sin upphandlingsplikt för viss anskaffning –

med andra ord om aktuell leveranstyp överhuvudtaget är upphandlad (enligt upphandlingsreglerna).

Förutsättningarna är följande:

- Det ska tydligt framgå av upphandlingsdokumenten *vad* som upphandlas.
- Kontraktsvärdet ska beräknas till hela den ersättning som kan komma att utbetalas vid användning av ramavtalet.
- I en upphandling som ska resultera i ett ramavtal med en leverantör där samtliga villkor är fastställda behöver alla villkor som ska ligga till grund för framtida avrop framgå av ramavtalet. Priser är ett exempel på villkor som ska tillämpas i avropet.²⁴
- Den upphandlande myndigheten eller enheten är skyldig att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

I tidigare lagstiftning fanns det två alternativa grunder för tilldelning av kontrakt; det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet respektive anbudet med lägst pris. I nuvarande lagstiftning används begreppet "det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet" på ett annat sätt, nämligen som överordnat begrepp för de tilldelningsgrunder som står till buds. Tilldelningsgrunderna utgörs av bästa förhållandet mellan pris och kvalitet, kostnad samt pris (16 kap. 1 § LOU, 15 kap. 1 § LUF).

Dessa förutsättningar gäller för alla upphandlingar – oavsett om de potentiella anbudsgivarna utgörs av mellanhänder eller inte.

Vi har noterat att det i större utsträckning förekommer brister i mellanhandsupphandlingar i förhållande till andra upphandlingar i

²⁴ Se artikel 1.2 LOU-direktivet.

dessa avseenden. Det kan röra sig om att en leveranstyp inte är tillräckligt specificerad eller inte utvärderas.

Den centrala frågan i detta avsnitt är om, och i så fall när, samtliga leveranstyper omfattas av den genomförda upphandlingen.

Mot denna bakgrund ska vi nu titta närmare på de förutsättningar som behöver vara uppfyllda för att en upphandling ska anses vara rätt genomförd, samt hur de förhåller sig till en upphandling av en mellanhand.

4.1 Första steget – vad är behovet?

En upphandlande myndighet eller enhet har ett betydande handlingsutrymme när den bestämmer föremålet för upphandlingen. Detta gäller även utformningen av upphandlingen.²⁵ En upphandlande myndighet eller enhet får dock inte definiera sitt behov på ett sätt som är diskriminerande, och friheten att bestämma föremålet för upphandlingen begränsas av de ramar som ges av de grundläggande principerna.²⁶

Det är viktigt att en upphandlande myndighet eller enhet inför en upphandling definierar föremålet för upphandlingen väl. Ett av skälen är att det blir lättare att ställa krav på utförandet av själva tjänsten eller varan med ett tydligt definierat behov.

En upphandling får inte heller utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde. Den får dessutom inte utformas i syfte

²⁵ Se bl.a. prop. 2015/16:195 s. 450.

²⁶ Se RÅ 2010 ref. 78.

att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt. Det följer av 4 kap. 2 § LOU och 4 kap. 2 § LUF. Av direktivet framgår att konkurrensen ska anses begränsad på ett konstgjort sätt om upphandlingen utformas i syfte att på ett otillbörligt sätt favorisera eller missgynna vissa ekonomiska aktörer.²⁷

Därutöver ska en upphandlande myndighet eller enhet *överväga* att dela upp ett större kontrakt i separata delar. Det följer av 4 kap. 13 § LOU och 4 kap. 11 § LUF. Bestämmelsen aktualiseras främst när det rör sig om kontrakt som lämpligen skulle kunna delas upp för att öka små och medelstora företags möjlighet att lämna anbud i upphandlingen.²⁸

Det är den upphandlande myndighet eller enheten som självständigt avgör om ett kontrakt bör delas upp. Myndigheten kan ta hänsyn till vad det är som ska anskaffas, storleken på det aktuella kontraktet och hur den aktuella marknaden ser ut.²⁹

Om en upphandlande myndighet eller enhet väljer att *inte* dela upp ett kontrakt är den dock tvungen att ange huvudskälen till sitt val. Skälen ska dokumenteras i något av upphandlingsdokumenten eller i en individuell rapport för upphandlingen. Det framgår av 4 kap. 14 § LOU och 4 kap. 12 § LUF. Dessa skäl kan exempelvis vara att den upphandlande myndigheten eller enheten anser att en uppdelning kan riskera att begränsa konkurrensen eller att det blir orimligt tekniskt svårt eller dyrt att genomföra kontraktet.³⁰ En

²⁷ Se artikel 18.1 andra stycket LOU-direktivet.

²⁸ Se exempel i prop. 2015/16:195 s. 451 samt i beaktandeskäl 78 LOU-direktivet.

²⁹ Se prop. 2015/16:195 s. 452.

³⁰ Se direktiv beaktandeskäl 78 andra stycket LOU-direktivet.

upphandlande myndighets eller enhets beslut i fråga om uppdelning eller inte ses som ett internt övervägande som inte i sig kan bli föremål för en ansökan om överprövning.³¹ Det ska i sammanhanget lyftas fram att i det fall en upphandlande myndighet eller enhet skulle använda bestämmelserna om uppdelning av kontrakt på ett konstgjort sätt (artikel 18.1 2 stycket i LOU-direktivet), måste detta kunna kontrolleras inom ramen för en rättslig prövning av upphandlingen som sådan.³²

4.2 Beräkna värdet av kontraktet

Vid beräkning av värdet av en upphandling ska den totala ersättningen som den upphandlande myndigheten eller enheten planerar att betala ut enligt upphandlingskontraktet eller ramavtalet under hela löptiden ingå. Detta följer av 5 kap. 3 och 14 §§ samt 19 kap. 8 § LOU respektive 5 kap. 2 och 13 §§ samt 19 kap. 18 § LUF.

Värdet ska beräknas till ersättningen för både den tjänst som mellanhanden tillhandahåller och de leveranser som utförs av underleverantörer till mellanhanden. Detta är en av förutsättningarna som måste vara uppfyllda för att samtliga leveranstyper ska anses omfattas av upphandlingen.

Att beräkna värdet på rätt grunder och skyldigheten att ange detta i upphandlingsdokumenten följer av transparensprincipen. Värdet på ramavtalet eller kontraktet utgör betydelsefull information till potentiella anbudsgivare.

³¹ Se prop. 2015/16:195 s. 455.

³² Se prop. 2015/16:195 s. 455.

4.3 Kravställning

En annan förutsättning som måste vara uppfylld för att samtliga leveranstyper ska anses omfattas av upphandlingen är att kravställningen är tillräckligt specificerad.

Kravställningen specificerar föremålet för upphandlingen. Beroende på bransch och eventuella bakomliggande regelverk kan kravställningen vara ytterst kortfattad. Den upphandlande myndigheten eller enheten kan t.ex. ha behov av tjänster utförda av "elinstallatör med allmän behörighet", "auktoriserad revisor" eller "fysioterapeut". Om upphandlingen har resulterat i ett ramavtal skulle det kunna vara möjligt att avropa tjänsterna utan att tillföra nya krav och villkor. Däremot skulle det knappast vara möjligt för en upphandlande myndighet eller enhet att gå till väga på samma sätt om specifikationen enbart omfattade formuleringen "intellektuella konsulttjänster" eller "IT-konsulttjänster". I sådant fall krävs ytterligare krav för att den upphandlande myndigheten eller enheten ska kunna säkerställa att aktuellt behov kan tillgodoses vid ett avrop.

I ett ramavtal med en enda leverantör behöver samtliga villkor för avrop vara fastställda redan i ramavtalet. Det är inte möjligt att tillämpa det utrymme för preciseringar i den utsträckning det är möjligt vid avrop genom förnyad konkurrensutsättning.

Nivån på kravställningen specificeras varken i lag, praxis eller doktrin i någon större utsträckning. EU-domstolen konstaterade följande i mål C-340/02 Kommissionen mot Frankrike:

Principen om likabehandling av de olika tjänsteleverantörerna [...] och principen om öppenhet [...] medför krav på att föremålet för varje kontrakt liksom kriterierna för dess tilldelning är klart definierade.³³

Syftet är att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer ska kunna tolka kraven på samma sätt.³⁴

I generaladvokatens yttrande i EU-domstolens mål C-299/08 *Kommissionen mot Frankrike*³⁵, punkt 31, anförs följande:

*En allmän definition såsom "utvecklingen av stadsdelen X" [...] uppfyller i vart fall inte de krav som domstolen uppställt i domen i målet *kommissionen mot Frankrike (Le Mans)*.*

Det mål som generaladvokaten refererar till är ovan angivna mål *Kommissionen mot Frankrike*.

I doktrin³⁶ uppmärksammas avsaknaden av uttryckliga bestämmelser i LOU- respektive LUF-direktiven men även att skyldigheten att precisera upphandlingsföremålet bör följa av transparensprincipen.

Kravställningen utgör grunden till möjligheterna att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det är en förutsättning för

³³ Se C-340/02 *Kommissionen mot Frankrike*, punkt 34. I målet hade en projekttävling genomförts i enlighet med gällande regler. I upphandlingsdokumenten hade det angivits att vinnaren skulle kunna komma att tilldelas ytterligare ett kontrakt, vilket också gjordes. Föremålet för det senare kontraktet hade dock inte kravställts eller varit föremål för utvärdering i den ursprungliga upphandlingen. Domstolen kom fram till att det andra kontraktet inte kunde anses följa på projekttävlingen och att annonseringsskyldigheten för detta kontrakt inte uppfyllts.

³⁴ Se C-19/00 *SIAC Construction*.

³⁵ C-299/08 *Kommissionen mot Frankrike*.

³⁶ Arrowsmith, Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 3 u, 2014, Sweet & Maxwell, London, s. 648 ff.

att inkomna anbud ska vara jämförbara.³⁷ Den upphandlande myndigheten eller enheten får anses ha ett betydande utrymme att avgöra vilka krav som ska ställas, inom ramen för de grundläggande principerna. Hur detaljerade dessa krav ska vara utgörs av vilken kontroll den upphandlande myndigheten eller enheten vill ha för att kunna lita på att leveranserna kan ske enligt avtalade villkor utan att denne behöver fatta nya beslut som kan innebära att ett avrop resulterar i en ny upphandling.

4.4 Utvärdering

Ytterligare en förutsättning som måste vara uppfylld är att utvärderingen resulterar i att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas.

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska tilldela kontraktet³⁸ till den leverantör som har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det följer av 16 kap. 1 § LOU och 15 kap. 1 § LUF. Den fråga som kan anses ha särskild betydelse för mellanhandslösningar där flera leveranstyper upphandlas tillsammans är i vilken utsträckning den upphandlande myndigheten eller enheten är skyldig att utvärdera det totala värdet av hela kontraktet.

I upphandlingar av konsultförmedling förekommer det att enbart konsultförmedlingstjänsten utvärderas (leveranstyp 1). Detsamma påträffas i upphandlingar av resebyråttjänster, där även resor och boende anges omfattas av upphandlingen. Eftersom de underleverantörer som kommer att utföra leveranstyp 2 i en konsult-

³⁷ Se t.ex. C-27/98 *Fracasso och Leitschutz*, punkt 31.

³⁸ Med kontrakt i detta sammanhang inbegrips även ramavtal.

förmedlingsupphandling normalt inte ska redovisas i anbudet i ramavtalsupphandlingen är det svårt att utvärdera exempelvis arbetssätt eller kompetens för dessa tjänster. Frågan om vilka krav som ställs på utvärderingen i ramavtalsupphandlingen tar därför sikte på priserna för leveranstyp 1 och 2. Ett exempel:

En upphandlande myndighet eller enhet genomför en konsultförmedlingsupphandling. Mellanhandens förmedlingstjänst (leveranstyp 1) utvärderas genom att den upphandlande myndigheten eller enheten bedömer vissa aspekter i mellanhandens arbetssätt. Anbudsgioarnas procentuella påslag utvärderas också. Vad gäller konsulttjänsterna (leveranstyp 2) så kommer priserna att fastställas i respektive avrop. Kontraktsvärdet uppskattas till 50 miljoner kronor, varav uppskattningsvis 2,5 miljoner kronor är hänförliga till leveranstyp 1 (mellanhandens förmedlingstjänst). Resterande belopp är hänförligt till leveranstyp 2 (konsulttjänsterna).

Det finns flera svenska rättsfall som behandlar frågan om hur stor del av kontraktet som ska utvärderas. I ett rättsfall som avsåg upphandling av verkstadstjänster för tunga fordon och maskiner, fann domstolen att utvärderingsmodellen inte var ägnad att identifiera anbudet med lägst totalpris.³⁹ Myndigheten hade valt att enbart utvärdera priser för arbete och inte priser för reservdelar trots att den senare posten historiskt sett hade utgjort en övervägande del (80 procent) av kostnaden för myndigheten. Domstolen fann att kostnaden för reservdelar även framöver skulle utgöra *den dominerande delen* och att den posten borde ha ingått i utvärderingen.⁴⁰

³⁹ Se Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 1336-13.

⁴⁰ Se även Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 2344-11 där en kommun upphandlade ett webbaserat upphandlingsstöd som innefattade olika delar. Priset på de delar som utgjorde optioner ingick inte i utvärderingen men dock funktionalitet och användarvänlighet.

Kammarrätten i Sundsvall har i ett rättsfall funnit att en myndighets utvärderingsmodell förvisso var tydligt beskriven och att myndigheten hade agerat i enlighet med vad som angetts i förfrågningsunderlaget. Däremot ansåg domstolen att anbudet med lägst pris inte kunde identifieras och att utvärderingsmodellen därför inte var ägnad att leda till ett rättvisande resultat. Anledningen till det var att myndigheten enbart utvärderade rabattsatserna för respektive produktgrupp av köksutrustning. Produktpriserna utvärderades inte.⁴¹

Vi kan konstatera att den upphandlande myndigheten eller enheten är fri att välja tilldelningskriterier – där underkriterier, t.ex. prisposter, får anses ingå – så länge de syftar till att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas.⁴² Denna skyldighet innebär inte att varje krona av uppskattat värde måste omfattas av utvärderingen.⁴³

Att däremot inte utvärdera en dominerande del av kontraktets värde bör innebära att detta syfte går förlorat och att upphandlingen därmed inte är förenlig med gällande rätt. Praxis ger inte svar på exakt hur stor andel av kontraktets uppskattade värde som måste utvärderas.

Domstolen kom fram till att optionerna utgjorde en beaktansvärd del av kontraktets totala värde och att priset för dem därför skulle ha utvärderats.

⁴¹ Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 1922-14.

⁴² Se t.ex. C-448/01 *Wienstrom*, punkt 37.

⁴³ Se t.ex. Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 2759-12 samt Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 1084-11.

4.5 Slutsats

Naturligtvis gäller samma regler för upphandling av mellanhänder som för alla andra upphandlingar.

I detta avsnitt har vi behandlat de förutsättningar som behöver vara uppfyllda för att en vara eller tjänst ska anses omfattas av en upphandling.

Den upphandlande myndigheten eller enheten bör särskilt säkerställa att följande aspekter är omhändertagna:

- Upphandlingen är inte utformad i syfte att kringgå upphandlingsreglerna.
- Den upphandlande myndigheten eller enheten ska ha övervägt att dela upp upphandlingen och ett beslut att inte dela upp upphandlingen dokumenteras.
- Om flera leveranstyper omfattas av upphandlingen så ska värdet av *samtliga delar* räknas in i kontraktsvärdet.
- Föremålet för upphandlingen ska vara klart definierat redan i upphandlingen, dvs. båda leveranstyperna ska vara *tillräckligt specificerade*.
- Den anbudsgivare som har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska antas. Det är t.ex. inte möjligt att utvärdera enbart ett påslag för förmedlingstjänsten, och inte de förmedlade tjänsterna eller varorna, om detta innebär att en betydande del av det totala kontraktsvärdet lämnas utanför.

5 Avrop med stöd av ramavtalet

Det har framförts kritik från främst (potentiella) underleverantörer när det gäller *tillämpningen* av vissa ramavtal med underleverantörlösningar. Det upplevs som att de villkor som finns i ramavtalet inte är tillräckliga för att ett avrop ska kunna genomföras på rätt sätt. För att det aktuella behovet ska kunna tillgodoses krävs nämligen att ytterligare villkor tillförs och att nya beslut fattas av den upphandlande myndigheten eller enheten i samband med avropet.

Vi har noterat att upphandlingsföremålet många gånger är specificerat på en mycket allmän nivå i ramavtalet, och att en utförlig kravställning istället görs i samband med avropet. I de kritiserade fallen sker även ett urval mellan intresserade underleverantörer utan att dessa har vetskap om på vilka grunder urvalet ska göras eller har gjorts. Kritikerna upplever en brist i transparens vid avropet.

Problematiken gör sig särskilt gällande vid ramavtal med en enda leverantör. Det är också den ramavtalstyp som enligt vår bedömning dominerar bland upphandlingar med underleverantörsupplägg såsom konsultförmedling, varugrossister och resebyrå-tjänster. Av detta skäl kommer vi att fokusera på ramavtal med en enda leverantör.

I detta avsnitt kommer vi att behandla två situationer som kan uppstå i samband med avrop från ett ramavtal med en mellanhand och som kan påverka om ett tillvägagångssätt är tillåtet. Den ena situationen handlar om ett ramavtal där de fastställda villkoren för leveransen inte är tillräckliga för att ett avrop ska kunna ske. Den

andra situationen handlar om när den upphandlande myndigheten eller enheten ger sig själv valfrihet i samband med avropet och själv fattar beslut om underleverantör.

Först kommer vi dock att beskriva det tillvägagångssätt vid avrop som, enligt vår uppfattning, i störst utsträckning har lett till ovanstående kritik. Denna beskrivning ligger sedan till grund för de fortsatta resonemangen.

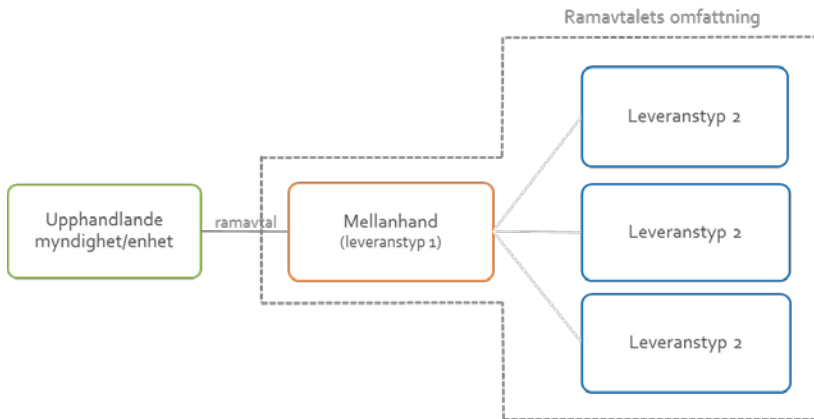
5.1 Ett otillåtet avropssätt

Det tillvägagångssätt som beskrivs i detta avsnitt påminner om en förnyad konkurrensutsättning. En avgörande skillnad är dock att ramavtalet som ligger till grund för avropen är tecknat med en enskild leverantör. Med en sådan ramavtalstyp är det inte möjligt att avropa med stöd av en förnyad konkurrensutsättning. Villkoren ska framgå redan av ramavtalet och den upphandlande myndigheten eller enheten kan inte välja bland leverantörer.

Följande exempel utgår från ett vanligt förekommande sätt att avropa konsulttjänster från ett ramavtal som omfattar konsultförmedling.

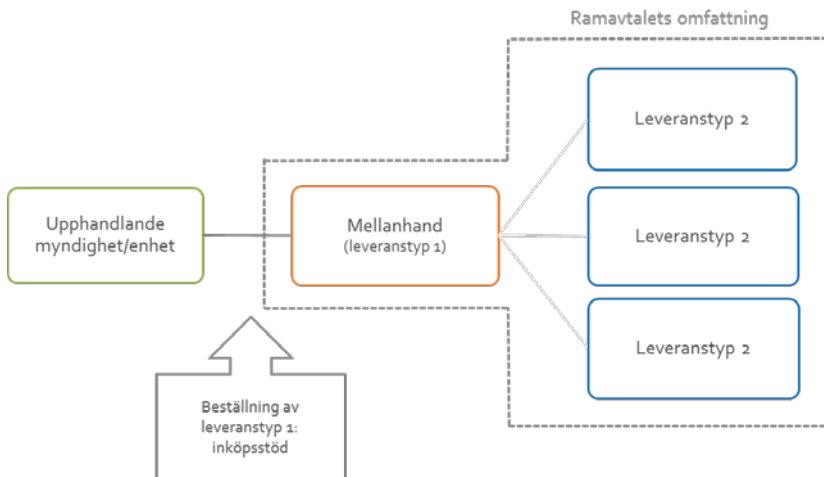
1. En upphandlande myndighet eller enhet har upphandlat ett ramavtal med en leverantör (mellanhand). Mellanhanden levererar dels en tjänst i form av inköpsstöd (leveranstyp 1), dels andra varor eller tjänster med hjälp av underleverantörer (leveranstyp 2). Situationen klagas i figur 10.

Figur 10: Underleverantörlösningen (ramavtalsupphandling)



2. När den upphandlande myndigheten eller enheten uppmärksammar ett behov av leveranstyp 2 kontaktas mellanhanden. Mellanhanden får i uppdrag att omhänderta anskaffningsbehovet – dvs. en beställning av leveranstyp 1, inköpsstöd, genomförs (se figur 11).

Figur 11: Underleverantörlösningen (avrop 1)

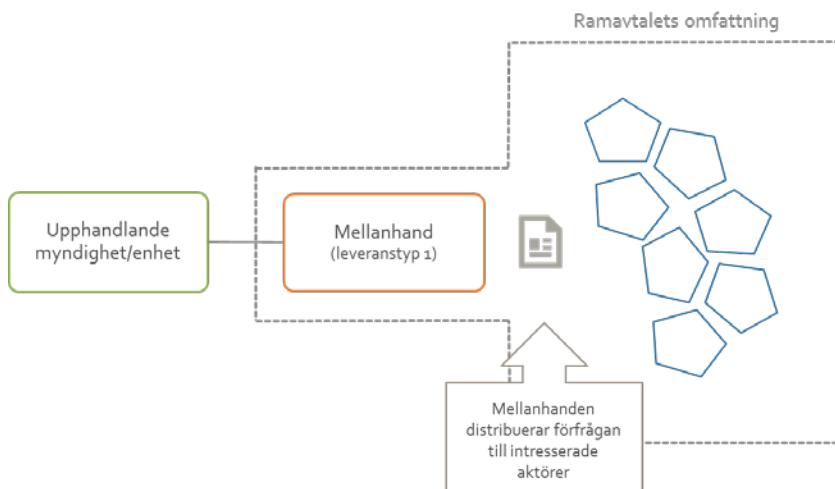


3. Den upphandlande myndigheten eller enheten tar fram en avropsförfrågan som innehåller omfattande preciseringar som rör leverans av efterfrågad vara eller tjänst (leveranstyp 2). Avropsförfrågan sänds över till mellanhanden.

I mellanhandens uppdrag ingår följande:

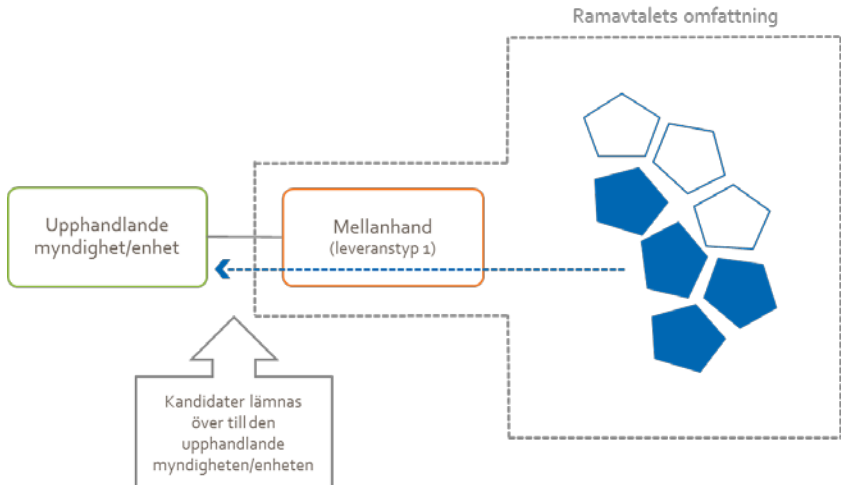
- att ta emot, och eventuellt bistå med rådgivning vid framtagandet av, ett avropsunderlag för leveranstyp 2,
- distribuera förfrågan till potentiella utförare och/eller aktivt hitta lämpliga kandidater,
- tillhandahålla IT-stöd för dessa kontakter,
- hantera kontakter under anbudstiden samt
- ta emot anbud.

Figur 12: Underleverantörlösningen (konkurrensutsättning)



4. Mellanhanden lämnar därefter över inkomna anbud till den upphandlande myndigheten eller enheten.

Figur 13: Underleverantörlösningen (kandidater)



5. Mellanhanden har dessförinnan genomfört en viss kontroll och urval av underleverantörerna. En prispförhandling kan även ha ägt rum.
6. Den upphandlande myndigheten eller enheten beslutar därefter om vilken utförare som mellanhanden ska kontraktera som underleverantör för att genomföra leveranstyp 2. Mellanhanden meddelar de aktörer som deltagit i anbudsfordarandet om resultatet.
7. Avtal tecknas mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och mellanhanden respektive mellan mellanhanden och den "vinnande anbudsgivaren" som intar rollen som underleverantör till mellanhanden.

Enligt vår bedömning är detta tillvägagångssätt inte tillåtet av två skäl. Det första är att ramavtalet inte innehåller samtliga villkor, dvs. att det inte är möjligt att tillgodose behovet genom att tillämpa fastställda villkor vid avrop. Det andra skälet är att det inte är tillåtet för en upphandlande myndighet eller enhet att fatta beslut om vilken underleverantör som leverantören ska använda för att utföra åtagandet. Den upphandlande myndigheten eller enhetens tillvägagångssätt påminner om en förnyad konkurrensutsättning men i ett ramavtal med en enda leverantör. Ett sådant avropssätt förekommer inte i upphandlingslagstiftningen.

5.2 Tilldelning i enlighet med villkoren i ramavtalet och samråd

Detta avsnitt handlar om när en upphandlande myndighet eller enhet behöver precisera eller komplettera sitt avrop med information som inte finns med i ramavtalet, alternativt finns med men endast på en övergripande nivå. Frågan är hur mycket information som får preciseras eller kompletteras när det rör sig om ett avrop från ett ramavtal med en leverantör, där samtliga villkor redan är fastställda.

Det följer av transparensprincipen att ett ramavtal med en leverantör ska innehålla de villkor som är nödvändiga för att ett framtida behov ska kunna tillgodoses genom avrop från ramavtalet. Den upphandlande myndigheten eller enheten kan vid avrop komplettera med sådana förutsättningar som särskilt avser det aktuella behovet och som därmed inte är möjliga att ange redan i upphandlingen av ramavtalet. Det kan t.ex. avse tidpunkten för utförandet, information om den miljö i vilken uppdraget ska utföras samt volymer. I LOU kallas utrymmet för dessa

kompletteringar eller preciseringar samråd. Det finns inget motsvarande begrepp i LUF.

I doktrin framförs bl.a. att utgångspunkten är att det ställs samma krav på detaljeringsgrad i ramavtalet (med en leverantör) som det gör i ett kontrakt som inte är ett ramavtal. Samråd kan avse arbetsmetodik för utförande av det specifika projektet som avropas eller leveranstider. Det ska röra sig om preciseringar som innebär att ramavtalets villkor tillämpas på det enskilda avropet.⁴⁴

För ramavtal med en enda leverantör anges i LOU att kontrakt ska tilldelas i enlighet med villkoren i ramavtalet.⁴⁵ Det är viktigt att villkoren i ett kontrakt som grundar sig på ett ramavtal inte avviker väsentligt från villkoren i ramavtalet.⁴⁶ Bedömningen ska göras utifrån reglerna om väsentliga ändringar i 17 kap. LOU respektive 16 kap. LUF.⁴⁷ Exempel på ändringar som är väsentliga är följande:

- Om ändringen hade varit en känd förutsättning vid genomförandet av upphandlingen så hade andra leverantörer deltagit och/eller andra anbud utvärderats.
- Om den ekonomiska jämvikten ändras till förmån för befintlig leverantör.
- Om ramavtalets/kontraktets omfattning utvidgas betydligt.
- Vid leverantörsbyte.⁴⁸

⁴⁴ Arrowsmith, Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 3 u, 2014, Sweet & Maxwell, London, s. 1137.

⁴⁵ 7 kap. 4 § första stycket LOU.

⁴⁶ 7 kap. 3 § andra stycket LOU.

⁴⁷ Prop. 2015/16:195 s. 1010.

⁴⁸ Ett byte av leverantör som uppfyller förutsättningarna i 17 kap. 13 § LOU respektive 16 kap. 13 § LUF är dock inte att anse som en väsentlig förändring.

Det finns ytterligare bestämmelser i 17 kap. 9–13 §§ LOU respektive 16 kap. 9–13 §§ LUF angående ändringar och om dessa är att beteckna som tillåtna eller inte.

Om en ändring är att ses som väsentlig så innebär det att ett nytt kontrakt har tilldelats.

I LOU-direktivet poängteras betydelsen av att det är särskilt viktigt att väsentliga ändringar inte sker när det gäller just ramavtal med en enda leverantör.⁴⁹ Detta signalerar att lagstiftaren vill undanröja de särskilda risker som aktualiseras i ett ramavtal med en enda leverantör. Mot bakgrund av detta bör innebörden av samråd och kompletteringar av anbudet tolkas på ett restriktivt sätt när det gäller ramavtal med en enda leverantör.

I LUF anges inte särskilt ramavtalstypen ”ramavtal med en leverantör med samtliga villkor fastställda” (se avsnitt 3). Upphandlande enheter har dock möjlighet att ingå ramavtal med en enda leverantör, såvida ramavtalet inte används på ett onödigt konkurrensbegränsande sätt.⁵⁰ Att samtliga villkor ska vara fastställda när det handlar om ett ramavtal med endast en leverantör har dock sin grund i de grundläggande principerna, vilka även gäller för upphandlingar som omfattas av reglerna i LUF.

I vår tidigare lagstiftning för upphandling inom försörjningssektorerna⁵¹ angavs att det vid avrop från ett ramavtal var möjligt att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

⁴⁹ Art. 33.2 tredje stycket LOU-direktivet.

⁵⁰ Prop. 2015/16:195 s. 524.

⁵¹ Lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

Denna formulering återfinns inte i nu gällande lagstiftning.⁵² Enligt förarbetena till nuvarande lagstiftning anges, i anslutning till redogörelsen avseende ramavtal med flera leverantörer, att det inte finns något förbud mot att förhandla med en eller flera av ramavtalsleverantörerna.⁵³ Även om det är möjligt att förhandla vid avrop från ett ramavtal med en leverantör så kan en sådan förhandling enligt vår bedömning inte innebära att den upphandlande enheten har möjlighet att fatta beslut om val av underleverantör, se avsnitt 5.3.

I underleverantörlösningar ser vi att det i många upphandlingar finns brister i kravställningen i ursprungsupphandlingen. När den upphandlande myndigheten eller enheten endast har kravställt på en övergripande nivå avseende leveranstyp 2 är risken stor att myndigheten eller enheten behöver tillföra stora mängder ny information i samband med avropet. De krav och villkor som finns i ramavtalet är med andra ord inte tillräckliga för att myndighetens eller enhetens behov ska kunna tillgodoses.

5.3 Val av (under)leverantör

Möjligheterna att välja leverantör på grunder som inte är objektiva strider mot grundtankarna bakom regleringen av den offentliga upphandlingen och skapar osäkerhet hos leverantörerna.⁵⁴

⁵² Enligt prop. 2015/16:195 s. 524 innebär dock regleringen avseende förnyad konkurrensutsättning i LUF inte något förbud mot att den upphandlande enheten förhandlar med ramavtalsleverantörerna i samband med tilldelning av kontrakt.

⁵³ Prop. 2015/16:195 s. 524.

⁵⁴ Se prop. 2006/07:128 s. 175.

För ett ramavtal med en leverantör med samtliga villkor fastställda finns det inte – av naturliga skäl – några särskilda bestämmelser om hur valet av leverantör ska gå till. Det finns endast en leverantör som kan bli aktuell att leverera varan eller tjänsten. Någon förhandling eller utvärdering av leverantörens (ursprungliga) anbud ska inte ske och några tilldelningskriterier ska heller inte användas.⁵⁵

Av förarbetena framgår att valet av vilken leverantör som ska utföra en viss uppgift måste göras i enlighet med de grundläggande principerna och därmed inte får bero på den upphandlande myndighetens eller enhetens godtycke. Det ska vara möjligt att förutse enligt vilka grunder och hur valet av leverantör kommer att gå till i en viss given situation. Det ska också kunna gå att i efterhand konstatera vilka faktorer som gjorde att en viss leverantör valdes som utförare framför en annan.⁵⁶

Vår utredning har visat att många ramavtal med en mellanhand i praktiken används med en form av förnyad konkurrensutsättning av underleverantörsledet. Den "förnyade konkurrensutsättningen" genomförs ofta i mellanhandens egna system. Den upphandlande myndigheten eller enheten behåller många gånger beslutanderätten över vilka leverantörer (formellt sett underleverantörer till mellanhanden) som ska utföra de enskilda uppdragen. Detta har varit särskilt tydligt i konsultförmedlingsupphandlingar.

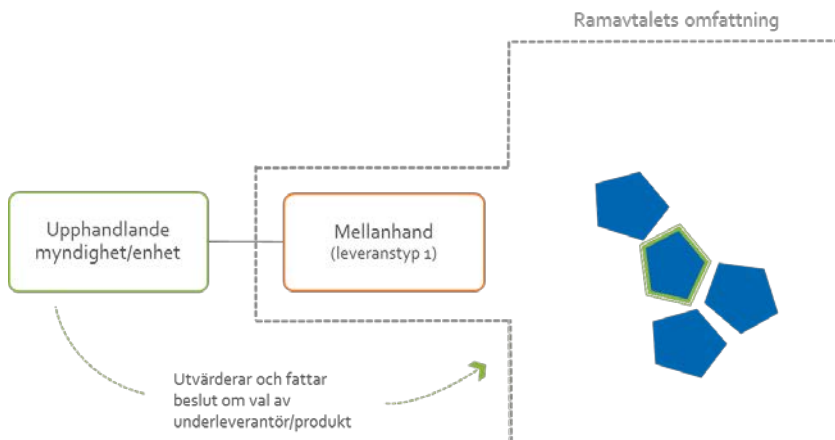
Figur 14 visar att den upphandlande myndighet eller enheten enbart har ett avtal med mellanhanden – som i sin tur har avtal med underleverantörerna. Bilden visar även att den upphandlande myndigheten eller enheten får ett betydande inflytande i

⁵⁵ Se prop. 2015/16:195 s. 517.

⁵⁶ Se prop. 2015/16:195 s. 519.

avropsprocessen och själva gör valet av (fattar beslut om) *underleverantör* i samband med avropet.

Figur 14: Underleverantörlösningen (inflytande)



Högsta förvaltningsdomstolen har i RÅ 2010 ref. 97 uttalat sig om utformningen av ett förfrågningsunderlag i en ramavtalsupphandling. Domstolen konstaterade att det aktuella förfrågningsunderlaget i vissa fall gav avropande myndigheter en valfrihet i fråga om vilken av två modeller som skulle användas vid tilldelning av kontrakt (fastställd rangordning eller förnyad konkurrensutsättning). Utformningen av förfrågningsunderlaget gav avropande myndighet *fritt skön att välja* tilldelningsmetod vid ett senare avrop. Eftersom förfrågningsunderlaget till ramavtalsupphandlingen gav avropande myndigheter en valfrihet att välja tilldelningsmetod, uppfyllde det inte kraven på likabehandling och transparens.⁵⁷

⁵⁷ Se även Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 3418-14.

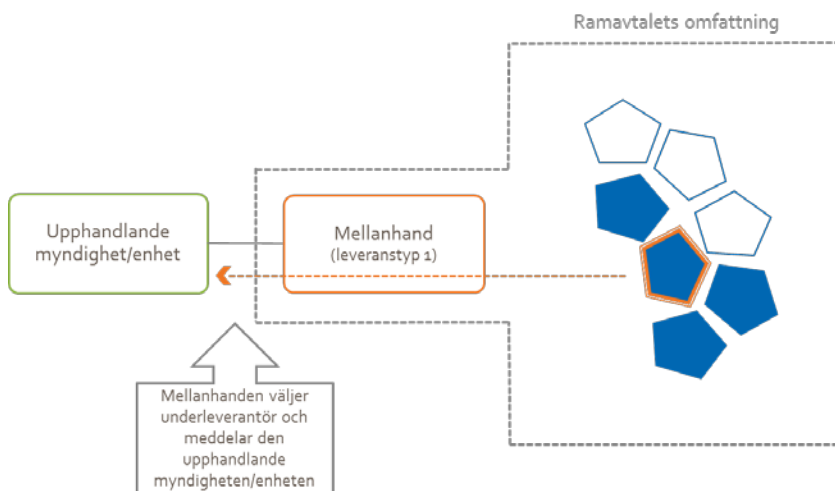
I likhet med RÅ 2010 ref. 97 ser vi att ramavtal som innefattar en avropssituation enligt illustrationen (figur 14) ger upphandlande myndigheter eller enheter utrymme för godtyckliga val i samband med avrop. I vårt exempel ser vi dessutom att godtycket går än längre eftersom det innebär fritt val av underleverantör.

När beslutanderätten av val av underleverantör i praktiken ligger kvar hos den upphandlande myndigheten eller enheten går det inte att garantera att avropen i dessa situationer sker utan godtycke och subjektiva preferenser. Det har ingen betydelse om den upphandlande myndigheten eller enheten, eller mellanhanden, är transparent med sitt tillvägagångsätt. Det är alltså inte förenligt med upphandlingslagstiftningen att utforma, eller i praktiken tillämpa, ett sådant ramavtal som innebär att den upphandlande myndigheten eller enheten kan välja underleverantör fritt.

En upphandlande myndighet eller enhet kan heller inte i samband med ett avrop peka ut en leverantör på marknaden och kräva att mellanhanden tar in den som underleverantör. En sådan situation måste också ses som att den upphandlande myndigheten eller enheten ger sig själv fritt skön.

Figur 15 illustrerar en avropssituation från ett ramavtal med samtliga villkor fastställda. Ramavtalsleverantören har underleverantörer knutna till sig för att kunna fullgöra kontraktet.

Figur 15: Underleverantörlösningen (mellanhandens val)



I denna situation levererar ramavtalsleverantören en vara, tjänst eller byggtrepprenad till den upphandlande myndigheten eller enheten i enlighet med ramavtalets villkor och den avropsförfrågan som ligger till grund för det aktuella uppdraget. Den upphandlande myndigheten eller enheten har lämnat över hela beslutanderätten till ramavtalsleverantören, och kan därmed inte påverka utfallet av den underleverantör som kommer att utföra konsultinsatsen. Denna situation ger därmed inte utrymme för godtycklighet eller fritt skön hos den upphandlande myndigheten eller enheten.

Det är vanligt att det i avtalsvillkoren anges att en upphandlande myndighet eller enhet har möjlighet att avböja den konsult som mellanhanden har utsett. En sådan möjlighet får naturligtvis inte missbrukas. Den upphandlande myndigheten eller enheten måste då ha objektiva skäl för ett sådant beslut.

5.4 Slutsats

Avrop från ett ramavtal med en enda leverantör ska ske i enlighet med villkoren i ramavtalet.

Som redovisats tidigare menar många kritiker att de villkor som återfinns i ramavtal med mellanhänder inte är tillräckliga för att ett avrop ska kunna genomföras på rätt sätt. För att det aktuella behovet ska kunna tillgodoses krävs nämligen att ytterligare villkor tillförs i mycket stor omfattning. Den upphandlande myndigheten eller enheten är skyldig att säkerställa att ramavtalet innehåller samtliga villkor. Ytterst handlar det om att se till att kravställningen avseende *samtliga leveranstyper* är specificerade på ett tillräckligt uttömmande sätt i ursprungsupphandlingen.

Enligt LOU får parterna *samråda* med varandra i samband med ett avrop. Innebörden av samråd och kompletteringar av anbudet bör tolkas på ett restriktivt sätt när det gäller ramavtal med en enda leverantör.

Upphandlingslagstiftningen värnar om objektivitet och likabehandling av leverantörer. Därför är det inte tillåtet för en upphandlande myndighet eller enhet att i något skede i en upphandling, eller under ett pågående avtal, agera godtyckligt. Eftersom det är mellanhanden som är avtalspart är det också den som ska kunna leverera en vara eller tjänst i enlighet med de villkor som anges i ramavtalet och de eventuella preciseringar som framförts i avropet.

Om beslutanderätten av val av underleverantör i praktiken ligger kvar hos den upphandlande myndigheten eller enheten går det inte att garantera att avropen i dessa situationer sker utan den upphandlande myndighetens eller enhetens godtycke och subjektiva

preferenser. En sådan tillämpning av ramavtalet är inte förenlig med upphandlingslagstiftningen. Om en upphandlande myndighet eller enhet har ett behov av att vara involverad i avropsprocessen bör andra upphandlingsformer istället användas.⁵⁸

⁵⁸ Se avsnitt 10.

6 Skyldigheten att tillhandahålla effektiva rättsmedel

Vid vissa mellanhandslösningar framförs kritik från aktörer som har intresse av att gå in som underleverantör till mellanhanden. Kritiken avser bristen på transparens, och eventuellt likabehandling, i tilldelningsskedet vid avrop från ett ingånget ramavtal. Problematiken har behandlats i avsnitt 5. I anslutning till detta uppstår frågan vilka rättsmedel – om något – som står till buds för de potentiella underleverantörerna. En leverantör har möjlighet att överpröva dels en pågående upphandling, dels giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör.⁵⁹ Andra rättsmedel, såsom skadestånd och upphandlingsskadeavgift, kommer inte att behandlas i detta avsnitt.

I sammanhanget är det viktigt att poängtera att dessa aktörer inte formellt är underleverantörer till mellanhanden enligt ramavtalet. Vilken underleverantör som mellanhanden knyter till sig i respektive avrop är nämligen inte fastställt i ramavtalet vid den typ av ramavtal som kritiken rör. Det är först när avropsavtal för leveranstyp 2⁶⁰ tecknas som en sådan aktör blir underleverantör till mellanhanden.

Det är särskilt två omständigheter som gör att frågan inte låter sig besvaras så enkelt: Först och främst så rör det sig normalt om ett ramavtal med en enda leverantör och huvudregeln är att det inte är möjligt att överpröva avrop från ett sådant ramavtal. Skälet till

⁵⁹ 20 kap. 4 § LOU samt 20 kap. 4 § LUF.

⁶⁰ Se avsnitt 5.1 andra stycket sjunde punkten.

detta är att det inte uppkommer något beslut som innehåller ny information. Avropet görs helt enkelt i enlighet med fastställda villkor och dessa villkor har kunnat överprövas i samband med genomförandet av upphandlingen av ramavtalet. Tillåtna preciseringar av dessa villkor för det enskilda avropet ska inte förändra förutsättningarna som de var vid tidpunkten för tilldelning av ramavtalet, varför det inte finns något skäl att öppna upp för överprövningsmöjligheter.

Om en upphandlande myndighet vid ett avrop går utanför vad som är tillåtet kan tilldelningen dock komma att betecknas som en direktupphandling. I sådant fall kan det vara möjligt att överpröva direktupphandlingen, dvs. innan avtal har ingåtts. Om "avropsavtalet" har ingåtts så kan det vara möjligt att överpröva det genom att föra en ogiltighetstalan.

Den andra omständigheten innebär att den krets aktörer som kan ha intresse av att få en prövning till stånd normalt inte är verk samma på samma marknad som leverantören (mellanhanden). De konkurrerar normalt inte om samma avtal. I detta avsnitt kommer vi att behandla talerätten. Endast en aktör som har talerätt kan ansöka om överprövning av en upphandling eller ett avtal. Det är därför intressant att resonera kring vilka aktörer som kan få en mellanhandsupphandling prövad i domstol och i vilka situationer.

6.1 Allmänt om talerätt

Reglerna om överprövning baseras på rättsmedelsdirektiven. Enligt rättsmedelsdirektiven är medlemsstaterna skyldiga att vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets eller enhets *beslut* gällande avtal som omfattas av upphandlings-

direktiven kan prövas effektivt. Prövningsförfarandena ska vara tillgängliga *åtminstone* för var och en som har eller har haft *intresse av att få ingå ett visst avtal*.⁶¹ Bestämmelserna i rättsmedelsdirektiven ska skydda anbudsgivarna mot den upphandlande myndighetens godtycke.⁶²

Det bör noteras att det därmed inte är möjligt att överpröva leverantörens (mellanhandens) val av underleverantör enligt upphandlingslagstiftningen. Det är enbart den upphandlande myndighetens eller enhetens beslut som omfattas av lagens rättsmedel.

Utgångspunkten för möjligheten att få en ansökan om överprövning prövad av förvaltningsdomstolen är:⁶³

1. att sökanden är en *leverantör* i lagens mening och
2. att sökanden *anser sig* ha lidit skada eller att denne kan komma att göra det.

Dessa förutsättningar gäller både vid överprövning av en upphandling och vid överprövning av ett avtals giltighet. Det andra rekvisitet utgörs av en rent subjektiv bedömning som görs av den klagande parten själv. Man bör kunna utgå från att detta är uppfyllt i och med inlämnandet av ansökan om överprövning. Mot bak-

⁶¹ Art 1.3 Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (konsoliderad version) samt art 1.3 Rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (konsoliderad version).

⁶² C-538/13 *eVigilo*, punkt 50.

⁶³ 20 kap. 4 § LOU samt 20 kap. 4 § LUF.

grund av detta kommer vi att fokusera på begreppet leverantör, dvs. det första rekvisitet.

Med leverantör avses den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggentreprenader.⁶⁴ I praxis har denna definition tolkats på följande sätt:

- Det krävs inte att aktören har kunnat tillhandahålla alla de tjänster som omfattas av upphandlingen eftersom det kan förekomma krav som omöjliggör deltagande och som strider mot de grundläggande principerna eller annan upphandlingsrättslig bestämmelse.^{65 66}
- Aktören behöver inte ha lämnat anbud eller ha ansökt om att få lämna anbud i upphandlingen.⁶⁷
- Det är inte nödvändigt att man har möjlighet att genomföra det åtagande som upphandlingen omfattar med egna resurser.^{68 69}

⁶⁴ 1 kap. 16 § LOU samt 1 kap. 15 § LUF.

⁶⁵ C-230/02 *Grossman*.

⁶⁶ Se t.ex. Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 396-10. En kommun hade tecknat ett treårigt hyresavtal avseende bostadsmoduler utan föregående annonsering. En leverantör av "fastighetsförvaltning och därmed förenlig verksamhet" ansökte om överprövning och domstolen konstaterade att leverantörsbegreppet ska tolkas extensivt. Denna förutsättning tillsammans med att klaganden förklarat sig ha intresse av att tilldelas kontraktet innebar att bolaget hade talerätt.

⁶⁷ C-26/03 *Stadt Halle*, punkt 40.

⁶⁸ C-305/08 *CoNISMa*, punkt 41 och punkt 42. I målet hade ett konsortium bestående av universitet och statliga myndigheter uteslutits från deltagande i en upphandling av bl.a. marina provtagningar med motiveringen att konsortiet inte utgjorde en leverantör i lagens bemärkelse.

⁶⁹ I Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 2902-14 hade en kommun tecknat tre olika avtal med en leverantör angående övertagande, utbyggnad och uthyrning av optofibernät. Net at

- Aktören behöver inte vara stadigvarande verksam på den aktuella marknaden.⁷⁰

Det finns flera nationella domar som behandlar tolkningen av begreppet leverantör. I en dom från Kammarrätten i Stockholm hade den klagande parten valt att gå in som underleverantör till en av anbudsgivarna men menade att de själva kunde ha lämnat anbud om de hade fått vetskap om en förändring i volymer (utökning) som publicerades under anbudstiden. Domstolen fann att företaget hade deltagit i liknande upphandlingar tidigare samt hade intresse av att tilldelas det aktuella kontraktet. Både ramavtalet och avropsavtalet förklarades ogiltiga.⁷¹

I en annan dom från Kammarrätten i Stockholm klagade en producent på att upphandlingen innehållit krav som inneburit att denne varit förhindrat att delta i upphandlingen (hänvisning till annat varumärke). De upphandlande myndigheterna menade att producenten inte hade talerätt eftersom det enbart var en underleverantör till återförsäljare och att det inte hade deltagit som anbudsgivare på tio år. Kammarrätten fastställde inledningsvis att begreppet leverantör enligt LOU har en vidsträckt innebörd. Det krävs inte att aktören har lämnat ett anbud i den aktuella upphandlingen utan det är tillräckligt att denne erbjuder sig att tillhandahålla varor och tjänster på marknaden samt har ett intresse av att få det aktuella kontraktet. Aktören behöver vidare inte vara stadig-

Once är leverantör av internetkapacitet och skulle därmed kunna tillgodose behovet enligt hyresavtalet. Net at Once är att beteckna som en leverantör i lagens mening med hänvisning till att leverantörsbegreppet är vitt formulerat och omfattar varje aktör på marknaden som tillhandahåller varor eller tjänster.

⁷⁰ C-305/08 *CoNISMa*, punkt 42.

⁷¹ Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 6695-15.

varande verksam på marknaden eller kunna visa exakt hur denne avsett uppfylla kontraktsföremålet. Kammarrätten gjorde bedömningen att den klagande parten var en leverantör enligt lagens mening och återförvisade målet till förvaltningsrätten för prövning i sak.^{72 73}

I en dom från Kammarrätten i Göteborg upphandlade en kommun armaturbyte. Domstolen konstaterade att ett företag som tillhandahöll armaturer inte var att beteckna som leverantör enligt lagens mening. Domstolen menar att det krävs att aktören i vart fall har haft för avsikt att lämna anbud i upphandlingen.⁷⁴ Precis som i en av de domar från Kammarrätten i Stockholm som beskrevs tidigare klagade företaget på att den upphandlande myndigheten hade angivit specifika varumärken i upphandlingen.

Det finns en svårighet att avgöra huruvida en aktör har haft intresse av att *få ingå* ett avtal, när denna normalt levererar till offentlig sektor som underleverantör till upphandlande myndigheternas eller enheternas avtalsparter. Även om aktören har ett intresse av avtalet, och riskerar att lida skada av den upphandlande myndighetens eller enhetens agerande, följer inte per automatik att aktören har ett intresse av att ingå avtalet.⁷⁵

⁷² Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 2200-15.

⁷³ Förvaltningsrätten fann i det efterföljande målet (mål nr 2193-15) att upphandlingen stred mot LOU och att leverantören hade gjort sannolikt att bolaget hade riskerat att lida skada med anledning av överträdelsen; bolaget hade varit förhindrat att lämna ett konkurrenskraftigt anbud, dess produkter utestängdes från upphandlingen och bolaget anförde även att det vill öka sitt deltagande på den offentliga marknaden.

⁷⁴ Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 1625-16.

⁷⁵ Högsta Förvaltningsdomstolen har meddelat prövningstillstånd i mål nr 4876-16 (Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 4141-16). Målet avser frågan om talerätt kan tillkomma en leverantör som inte haft för avsikt att lämna anbud i upphandlingen.

6.2 Vilken betydelse har krav på neutralitet för talerätten?

Det finns möjligen särskilda svårigheter i upphandlingar där man ställer krav på neutralitet hos leverantören.⁷⁶ I sådana fall har en och samma leverantör inte möjlighet att tillhandahålla samtliga leveranser som upphandlingen omfattar. EU-domstolen konstaterade i *CoNISMa*⁷⁷ att *varje person eller enhet som med beaktande av de villkor som uppställs i ett meddelande om offentlig upphandling, anser sig vara lämpad att direkt eller genom att använda sig av underleverantörer säkerställa att kontraktet genomförs, får lämna anbud eller anmäla sig som anbudssökande*. Det skulle innebära att en aktör som avser konkurrera om att få leverera leveranstyp 2 som underleverantör inte samtidigt "kan" ha intresse av att tilldelas ramavtalet eftersom en leverantör av leveranstyp 2 då är förbjuden att tillhandahålla leveranstyp 1 (stödtjänsten).

Bedömningen skulle kunna se annorlunda ut om det är själva begränsningen som ifrågasätts.⁷⁸

6.3 Överprövning av ramavtalet eller avropsavtalet?

I en upphandling av en sådan lösning som denna rapport fokuserar på⁷⁹ har vi vanligtvis att göra med ett ramavtal med en leverantör. Ramavtalsupphandlingen och ramavtalet kan bli föremål för överprövning. *Avrop* från ett ramavtal med en enda leverantör bör dock

⁷⁶ Se avsnitt 11.1 för utveckling av begreppet neutralitet.

⁷⁷ Se C-305/08 *CoNISMa*, punkt 42.

⁷⁸ C-230/02, *Grossman*: Den klagande aktören hade talerätt trots att den inte hade kunnat tillhandahålla alla de tjänster som upphandlingen omfattade. Leverantören klagade på diskriminerande krav som omöjliggjorde deltagande som anbudsgivare.

⁷⁹ Se definition och avgränsning i avsnitt 2.3.

utgöra ren verkställighet av tidigare fattade beslut (bl.a. tilldelningsbeslutet avseende ramavtalet) och utgångspunkten är att det därför inte är möjligt att överpröva sådana beslut.

Om denna förutsättning inte stämmer, utan avropet strider mot gällande rätt, kan avropet utgöra en ny upphandling; en direktupphandling. Detta kan bli aktuellt om den upphandlande myndigheten eller enheten avropar något som inte omfattas av ramavtalet. En sådan upphandling kan bli föremål för överprövning där det direktupphandlade avtalet kan ogiltigförklaras. Direktupphandlingen behandlas då som självständig i förhållande till ramavtalsupphandlingen.

I sammanhanget kan detta ha betydelse för bedömning av vilka aktörer som har talerätt. Talerätt tillkommer alla de aktörer som *på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggenreprenader* och som har haft *intresse av att få ingå avtalet*. Bedömningen av intresset av att få ingå avtalet kan i detta avseende skilja sig åt från samma fråga i ramavtalsupphandlingen. Förutsättningarna i ramavtalsupphandlingen – eller vilken annan upphandling som helst – inverkar inte på bedömningen av direktupphandlingen, om en sådan konstaterats.

Vi har inte funnit någon rättspraxis som behandlar avrop från ramavtal med en enda leverantör.

Även om inköpet är att se som en ny upphandling, så är det dock inte nödvändigtvis en *otillåten direktupphandling*. Den upphandlande

myndigheten eller enheten kan ha haft möjlighet att använda något av de undantag från annonsering som finns i lagen.⁸⁰

6.4 Slutsats

Enligt rättsmedelsdirektiven ska överprövningsförfarandena vara tillgängliga för den som har eller har haft *intresse av att få ingå ett visst avtal*. I LOU och LUF anges att endast aktörer som är att beteckna som "leverantörer" enligt definitionen i upphandlingslagarna har talerätt.

Det är tillräckligt att erbjuda varor, tjänster eller byggentreprenader som endast utgör en del av hela kontraktsföremålet för att anses vara verksam på "marknaden", vilket är en förutsättning för att kunna betecknas som leverantör i lagens bemärkelse. EU-domstolen har fastställt att begreppet leverantör ska ges en vidsträckt tolkning.

Det finns många aktörer som har intresse av att tillgodose behov hos upphandlande myndigheter och enheter utan att ha en direkt avtalsrelation med dem. Även om en aktör inte har någon avtalsrelation med den upphandlande myndigheten eller enheten kan dess möjligheter att leverera sina varor eller tjänster ändå påverkas av beslut som myndigheten eller enheten fattar.

⁸⁰ 19 kap. 7 § tredje stycket LOU samt 19 kap. 7 § tredje stycket LUF: om upphandlingens värde inte överstiger direktupphandlingsgränsen, om någon av förutsättningarna för att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering föreligger eller om synnerliga skäl föreligger. Se även Konkurrensverkets och Upphandlingsmyndighetens informationsmaterial *Är inköpen av samma slag? Hjälpregler för beräkning av kontraktsvärdet vid direktupphandlingar av samma slag*, 2015.

I denna del resonerar vi kring lämplighetsaspekter kopplade till mellanhandslösningar.

Till grund för innehållet i detta avsnitt ligger egna iakttagelser och de synpunkter från intressenter som vi har haft förmånen att få ta del av under arbetets gång.

Lämplighet

7 Lämplighetsaspekter i inköpsprocessen

För att tillgodose en verksamhets behov, och samtidigt genomföra en god affär, behöver den upphandlande myndigheten eller enheten kartlägga och analysera ett antal aspekter innan den genomför en upphandling.⁸¹

Inledningsvis behöver verksamhetens behov definieras. För att kunna beskriva behovet på bästa sätt behöver förarbetet inkludera en kombination av behovsanalys och marknadsanalys, dvs. både en intern och extern process. Resultatet blir sannolikt bäst om de två aktiviteterna genomförs i dialogform med respektive målgrupp. Behovsanalysen genomförs tillsammans med de som står för behovet: verksamheten. Marknadsanalysen genomförs tillsammans med marknaden och processen kännetecknas av lyhördhet och dialog för att nå bästa resultat.

Figur 16: Analys och paketering inför en upphandling



⁸¹ Se www.upphandlingsmyndigheten.se för information om tillvägagångssätt vid förberedelserna inför genomförandet av en upphandling.

I arbetet med marknadsanalysen är det viktigt att undersöka om en underleverantörlösning är ett lämpligt sätt att tillgodose verksamhetens behov. De eventuella risker som en underleverantörlösning kan tänkas medföra behöver identifieras. När olika alternativ är identifierade och riskerna beskrivna kan ett medvetet beslut fattas utifrån vilken risk som organisationen är beredd att ta.

I avsnitt 8–12 kommer vi att behandla de delar i inköpsprocessen där lämplighetsaspekter huvudsakligen kommer in:

- i behovsanalysen,
- i marknadsanalysen,
- vid identifiering av olika paketeringsalternativ,
- vid valet av paketering,
- vid formulering av krav och villkor samt
- i avtalsförvaltningen.

Syftet med dessa avsnitt är att kortfattat lyfta olika lämplighetsaspekter som kan aktualiseras när en underleverantörlösning är ett alternativ. Vår förhoppning är att presentationen ska kunna tjäna som underlag och inspiration i en specifik inköpsprocess.

Framställningen baseras som nämnts på synpunkter och erfarenheter som har förmedlats till oss av olika intressenter. Vi har inte genomfört någon egen utredning av respektive aspekt utan enbart gjort en rimlighetsbedömning och försökt att sätta in dem i rätt sammanhang.

För att de som är involverade i upphandlingarna ska ha förutsättningar att göra ett bra arbete är det av vikt att dessa har rätt kompetens och tillräckligt med resurser. Det är många olika aspekter som vägs in, exempelvis hur man skaffar sig marknads-kunskap, hur man vårdar konkurrensen på marknaden, hur man

kommunicerar med potentiella leverantörer, hur korrekta drivkrafter för leverantörerna skapas via val av ersättningsformer, eventuell bonus och vite, hur kontraktet ska följas upp etc. De resurser som finns att tillgå bör ligga till grund för de beslut som tas gällande paketeringen. För att möjliggöra en strukturerad och professionellt genomförd avtalsuppföljning vid en underleverantörlösning kanske den upphandlande myndigheten eller enheten behöver tillsätta mer resurser.

8 Behov och syften med underleverantörlösningar

Mellanhanden har skapats för att underlätta köp och försäljning. I detta avsnitt fördjupar vi oss i vilka syften som kan ligga till grund för mellanhandslösningar på det sätt som vi har definierat som en underleverantörlösning⁸². Först när vi har identifierat dessa syften kan vi föreslå alternativa lösningar och resonera kring lämpligheten med en underleverantörlösning.

Många röster menar att det främsta syftet hos upphandlande myndigheter eller enheter med vissa underleverantörlösningar är att undgå en regelrätt upphandling. En sådan inställning innebär naturligtvis att det rör sig om ett icke legitimt syfte. Vår bild är att det finns många olika syften som kan motivera en underleverantörlösning.

Ett syfte kan vara såväl objektivt som subjektivt. Det kan beteckna användningsområdet för en viss lösning (objektivt syfte) men även avsikten hos den som skapar eller använder lösningen (subjektivt syfte). I detta avsnitt beskriver vi några objektiva syften med underleverantörlösningar.

8.1 Ökad kontroll eller flexibilitet

Underleverantörlösningar används inom både privat och offentlig sektor. Förutsättningarna för att göra inköp skiljer sig dock åt mellan sektorerna. Hur anskaffningar ska gå till följer i lag

⁸² Se figur 2 i avsnitt 2.1.

fastställda processer som är tvingande för den upphandlande myndigheten eller enheten. Denna reglering skapar goda förutsättningar för att den upphandlande myndigheten eller enheten ska ha kontroll över sina inköp. Det är också tydligt för leverantörsmarknaden vad som gäller vid affärer med offentlig sektor. En upphandlande myndighet eller enhet som följer upphandlingslagstiftningen har med stor sannolikhet en god kontroll över upphandlingsprocessen. Att få bättre kontroll har framförts som ett av de främsta syftena med mellanhänder i privat sektor medan effektivisering och flexibilitet ofta nämns som primära syften i offentlig sektor. Lösningen är således densamma – användandet av underleverantörlösningar – även om syftena kan skilja sig åt.

8.2 Sortimentetsbredd – färre leverantörer

Vad som är gemensamt för de branscher där vi har träffat på underleverantörlösningar är att leveranstyp 2 avser en diversifierad bransch. När det gäller tolktjänster så kan den upphandlande myndigheten eller enheten ha behov av tolkning på hundratals olika språk. Och behovet av resor och boende kan omfatta minst lika många kombinationer av sträckor, färdmedel och platser. På liknande sätt hanterar grossister inom livsmedel kanske tusentals produkter. I dessa fall är det naturligt att det uppstår ett behov av en samordnande funktion som när det gäller varor kan betecknas som att mellanhanden har en sortimentsbredd.

Att hantera många leverantörer innebär höga transaktionskostnader. Likaså innebär genomförandet av en upphandling en process som tar mycket tid och resurser i anspråk. En konsekvens av detta är att man gärna tecknar så långa avtal som möjligt. Ju längre avtalen blir desto mer ökar risken för att det under avtalets

löptid kommer att uppstå förändrade förutsättningar på marknaden. För köpare som omfattas av upphandlingsreglerna så innebär sådana förändringar inte enbart ett praktiskt problem. Om avtalet behöver förändras för att den upphandlande myndigheten eller enheten ska kunna få sitt behov tillgodosett finns det risk att det förändrade avtalet måste upphandlas på nytt.⁸³

8.3 Föränderlig underleverantörsmarknad

Ytterligare en aspekt är föränderligheten i branschen. Det kan handla om branscher med snabb teknisk utveckling, ständiga organisatoriska förändringar eller varierande priser. Detta innebär särskilda utmaningar för en upphandlande myndighet eller enhet vid tillämpning av en effektiv inköpsprocess, med hänsyn tagen till upphandlingslagstiftningen. Ett exempel på en bransch som har hög förändringstakt är marknaden för IT-konsulttjänster. En underleverantörlösning medger en flexiblere lösning än ramavtal med fasta leverantörer/underleverantörer. Detta sker dock på bekostnad av att den upphandlande myndigheten eller enheten inte kan kontrollera hur leverantören kommer att tillgodose de behov som omfattas av ramavtalet innan det ingås.

8.4 Identifiera och attrahera lämpliga utförare

I branscher där den upphandlande myndigheten eller enheten upplever svårigheter med att knyta till sig rätt utförare när ett visst behov uppstår kan en underleverantörlösning vara ett lämpligt alternativ. Det kan handla om branscher där intresset av att agera

⁸³ Se mer om väsentlig ändring i avsnitt 5.2.

som anbudsgivare på marknaden för offentlig upphandling inte är tillräckligt stort eller där utbudet av möjliga utförare är litet. Det kan vara en leverantörsmarknad som till stor del består av fåmansföretag och/eller där företagen är nischade.

9 Leverantörsmarknaden

Vad som är speciellt i underleverantörsslösningar är att en eller flera leverantörsmarknader är avskurna från en "automatisk" kontakt med den upphandlande myndigheten eller enheten, trots att de tillgodoser den upphandlande myndighetens eller enhetens behov.

Många av de aktörer som kommer att vara underleverantörer i framtida avrop kommer sannolikt inte att ha möjlighet att ta ställning till de krav och villkor som framgår av upphandlingsdokumenten. Detta eftersom kretsen potentiella anbudsgivare består av mellanhänder. Den upphandlande myndigheten riskerar därmed att gå miste om en viktig del i den dialog som normalt förs med potentiella anbudsgivare under anbudstiden i form av frågor och svar.

Om den upphandlande myndigheten eller enheten väljer en underleverantörslösning är det förhoppningsvis en lösning som gagnar alla tre parter: den upphandlande myndigheten eller enheten (inköp samt verksamheten), den leverantör som svarar för leveranstyp 1 (mellanhanden) och leverantörens underleverantörer, som svarar för leveranstyp 2. Det är viktigt att samtliga tre parter deltar redan i den inledande marknadsanalysen, som syftar till att hitta lösningar som gör att avtalet innebär en god affär för samtliga på lång sikt. På detta sätt kan den upphandlande myndigheten eller enheten både uppfylla syftet att ha färre leverantörer och bibehålla

en god konkurrens på den leverantörsmarknad som den inte (längre) har en direkt avtalsrelation till.⁸⁴

Om dialogen inte fungerar kan detta leda till att aktörerna i en bransch blir färre på lång sikt och att myndigheten kommer få färre anbud i sina upphandlingar framöver. Detta leder i sin tur till högre priser. Som alltid inom offentlig upphandling bör den goda affären vara i fokus. Inte bara på kort sikt.

⁸⁴ Läs mer om dialog på Upphandlingsmyndighetens webbplats www.upphandlingsmyndigheten.se.

10 Paketering av en upphandling

De syften som presenterats i avsnitt 8 ligger till grund för de lösningar som föreslås i detta avsnitt. Vi kommer att presentera några alternativa sätt att paketera sina inköp, i förhållande till ett ramavtal med en leverantör:

- Inköpsstöd i egen regi
- Dynamiska inköpssystem
- Ramavtal med flera mellanhänder
- Mäklarlösningen.

En förutsättning för de förslag som presenteras i kommande avsnitt är att tillämpliga regler följs (se avsnitt 3–5).

10.1 Inköpsstöd i egen regi

Ett alternativ är att behovet av leveranstyp 1 istället tillgodoses internt genom en förstärkning av den egna organisationen.

Behovet av leveranstyp 2 tillgodoses genom sedvanlig upphandling. Den upphandlande myndigheten eller enheten får en avtalsrelation med samtliga leverantörer, som den själv har valt ut.

10.2 Dynamiska inköpssystem

Att använda ett dynamiskt inköpssystem är en metod för tilldelning av kontrakt.⁸⁵ Det är inte ett särskilt förfarande. Systemet är helt elektroniskt och kan vara indelat i olika produktkategorier, med särskilda kvalificeringskrav för respektive kategori. Själva inrättandet av ett dynamiskt inköpssystem ska offentliggöras. Systemet ska vara öppet för alla intresserade leverantörer (som uppfyller kvalificeringskraven) under systemets giltighetstid. Det går att ansöka om att få ansluta sig när som helst under giltighetstiden. Den upphandlande myndigheten prövar inkomna ansökningar i takt med att de kommer in. När kontrakt sedan konkurrensutsätts i det dynamiska inköpssystemet tillämpas ett selektivt förfarande. Detta gäller både i LOU och LUF. Alla leverantörer som deltar i systemet i aktuell kategori ska bjudas in att lämna anbud. Huvudregeln är att anbudstiden ska vara minst tio dagar.⁸⁶ Utvärdering av inkomna anbud ska ske enligt de tilldelningskriterier som angivits i annonsen om upphandling eller i inbjudan att bekräfta intresse. Dessa tilldelningskriterier får preciseras i inbjudan att lämna anbud.

Ett skäl till att använda en mellanhand utan att anbudsgivarna behöver ange fasta underleverantörer kan vara att man vill möjliggöra för variationer över tid i underleverantörsledet (leveranstyp 2). Ett upphandlat ramavtal är ett slutet system i bemärkelsen att det normalt inte är möjligt att byta ut parter under avtalstidens gång. Och det finns inte någon motsvarande bestämmelse som avser

⁸⁵ Se 8 kap 1–14 §§ LOU respektive 8 kap. 1–14 §§ LUF.

⁸⁶ Det finns möjlighet för den upphandlande myndigheten att komma överens om en kortare anbudstid med de utvalda anbudssökandena. Detta anges i både LOU och LUF. I LOU kompletteras bestämmelsen med en begränsning, nämligen att denna möjlighet inte står till buds för en "central upphandlande myndighet".

underleverantörskretsen. En lösning är då att anlita en mellanhand som leverantör istället. På detta sätt skapas möjligheter att tillåta att ramavtalet är uppdaterat i förhållande till leverantörsutbudet på marknaden.

Med ett dynamiskt inköpssystem kan detta syfte uppnås med hjälp av ett alternativt tillvägagångssätt. Detta kan vara lämpligt om den upphandlande myndigheten eller enheten har ett behov av att fatta beslut om val av den aktör som ska tillhandahålla den leverans som motsvarar leveranstyp 2 i ett ramavtal med en mellanhand. Och om myndigheten samtidigt bedömer att det inte är lämpligt att genomföra nya upphandlingar vid varje tillfälle som behov av de aktuella leveranserna uppstår.

En nackdel med detta alternativ är att det kräver en teknisk lösning, med de konsekvenser i form av tidsaspekter och kostnader som det innebär. Dessutom är det inte möjligt att tillgodose syftet att minimera antalet leverantörer som den upphandlande myndigheten eller enheten har avtal med. Om det dynamiska inköpssystemet enbart omfattar behovet hos den enskilda upphandlande myndigheten eller enheten går den miste om de fördelar i form av bättre villkor som kan följa av mellanhandens möjligheter att köpa in stora volymer.

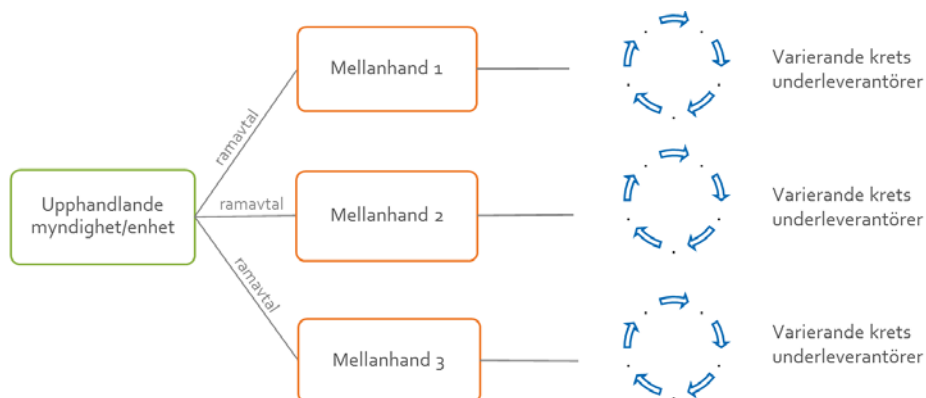
10.3 Ramavtal med flera mellanhänder

Vi antar att en upphandlande myndighet eller enhet står inför uppgiften att genomföra en upphandling som bl.a. syftar till att minska antalet leverantörer inom vissa segment. Den upphandlande myndigheten eller enheten vill i en stor andel av beräknade avrop kunna utvärdera och själv fatta beslut om vilken aktör som

ska tillhandahålla den leverans som motsvarar leveranstyp 2. Verksamheten kommer att kunna identifiera behov av leveranserna med relativt kort varsel i förhållande till den tidpunkt då behovet behöver vara tillgodosett, varför man eftersträvar en effektiv inköpsprocess. Leveranstyp 2 består i det här fallet av marknader som ofta förändras, både organisatoriska och tekniska sådana.

Med sådana förutsättningar kan det vara lämpligt att upphandla ett ramavtal med några få mellanhänder, med förnyad konkurrensutsättning som avropssätt.

Figur 17: Underleverantörlösningen med förnyad konkurrensutsättning



Om behovet exempelvis avser konsulttjänster så kan det vara lämpligt att teckna ramavtal med kombinerade avropssätt. Förnyad konkurrensutsättning kan tillämpas vid avrop av strategiska konsulttjänster. En enklare fördelningsnyckel tillämpas vid avrop av standardiserade konsulttjänster, där den upphandlande myndigheten eller enheten inte har något behov av att göra ett urval bland möjliga utförare. Om de standardiserade konsulttjänsterna specificeras och utvärderas i ramavtalsupphandlingen kan den upphandlande myndigheten eller enheten avropa från den

ramavtalsleverantör som erbjudit de bästa villkoren för den kompetens som krävs för att tillgodose behovet.

För den senare kategorin (standardiserade konsulttjänster) kan naturligtvis även ramavtal med en enda mellanhand vara en lämplig lösning, om man föredrar att dela upp tjänsterna på ett sådant sätt.

Något som kan upplevas som en nackdel med denna lösning – jämfört med ett ramavtal med en enda leverantör – är att den upphandlande myndigheten eller enheten inte får "en partner" till inköpsorganisationen. Statistik och uppföljning blir också mer komplex.

En fördel jämfört med lösningen med dynamiskt inköpssystem i avsnitt 10.1, är att det inte krävs någon teknisk lösning hos den upphandlande myndigheten eller enheten för att genomföra avropet.

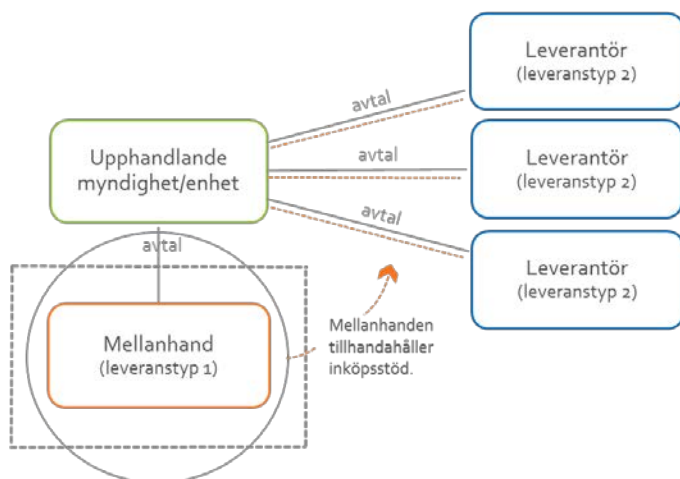
10.4 Mäklarlösningen

Om den upphandlande myndigheten eller enheten har behov av inköpsstöd så finns det alltid möjlighet att upphandla tjänsten skiljt från leveranstyp 2. Detta kräver dock att den upphandlande myndigheten eller enheten bedömer att det finns leverantörsmarknader för den typen av paketering.

Leveranstyp 2 upphandlas sedan på sedvanligt sätt. Den upphandlande myndigheten eller enheten kommer då att ingå avtal direkt med leverantörerna av leveranstyp 2.

Exempel på en sådan lösning återfinns i upphandlingar av försäkringsförmedling och resebyråupphandlingar. Lösningen skulle också kunna liknas vid upphandling av upphandlingskonsulttjänster. I upphandlingar av försäkringsförmedling och resebyråupphandlingar så avser dock tjänsten specialistkompetens med avseende på den vara, tjänst eller entreprenad som ska upphandlas. Detta bör jämföras med upphandlingskonsulttjänster där specialistkompetensen avser sakområdet offentlig upphandling.

Figur 18: Mäklarlösningen (upphandling)



10.5 Aspekter vid val av lösning

I detta avsnitt behandlar vi ett urval av aspekter som kan ge vägledning vid valet av paketering:

- Små och medelstora företag
- Avtalsrelationen
- Kvalitetsfokus

- Kompetensförsörjning
- Enkla eller komplexa leveranser
- Prissättning
- Risken för korruption och osund konkurrens

10.5.1 Små och medelstora företag

En långsiktig syn på de mindre företagens närvaro på marknader, som byggs upp kring offentlig upphandling, spelar en betydande roll för mångfalden av utförare vilket sannolikt bidrar till att öka konkurrensen. En väl fungerande konkurrens leder, under rätt villkor, till att den goda affären kan förverkligas till lägsta möjliga totalkostnad. Mot detta talar å ena sidan att en mellanhand normalt är en stor aktör, omsättningsmässigt. Å andra sidan vittnar många myndigheter om ett ökat deltagande från små och medelstora företag och lägre kostnader i underleverantörlösningar. Dessa företag har normalt haft svårt att lämna anbud i större upphandlingar.

De syften som ligger till grund för skyldigheten att överväga uppdelning av kontrakt⁸⁷ är dels att öka förutsättningarna för små och medelstora företag att delta i offentlig upphandling, dels att stärka konkurrensen.⁸⁸ I underleverantörlösningar läggs tvärt emot många olika delar ihop till en enda upphandling med en leverantör. En minskning av antalet leverantörer som potentiella anbudsgivare behöver dock inte få till följd att antalet aktörer på leverantörsmarknaden för leveranstyp 2 också minskar. Den upphandlande myndigheten eller enheten bör dock uppmärksamma att denna risk finns och hantera den. Att ställa krav på neutralitet hos mellan-

⁸⁷ Se avsnitt 4.1.

⁸⁸ Beaktandeskäl 78 LOU-direktivet.

handen (se avsnitt 11.1) eller att på annat sätt föreskriva hur mellanhanden ska agera vid kontakt med leverantörsmarknaden för leveranstyp 2 är exempel på hur en sådan hantering kan se ut.

10.5.2 En viktig avtalsrelation?

I en underleverantörlösning har den upphandlande myndigheten eller enheten ingen avtalsrelation med de aktörer som svarar för leveranstyp 2. Att ha en avtalsrelation kan ha mindre betydelse om leveranstyp 2 är en vara eller tjänst som inte är strategiskt viktig för den upphandlande myndigheten eller enheten. I det förberedande arbetet bör den upphandlande myndigheten eller enheten därför bedöma den strategiska vikten av leveransen. I detta arbete kan Kraljics inköpsmatris tjäna som stöd:⁸⁹

Figur 19: Kraljics inköpsmatris



⁸⁹ Kraljic, Peter, Purchasing must become Supply Management, 1983, Harvard Business Review.

10.5.3 Kvalitetsfokus

Det kan skapas ett mindre fokus på kvalitet när leverantörsledet förflyttas. Den dialog som finns mellan två avtalsparter där den ena tillgodoser den andres behov har ingen naturlig plats i en underleverantörlösning. Utförarna av leveranstyp 2 kan inte i samma utsträckning peka på de kvalitativa fördelarna i sitt eget utförande jämfört med konkurrenternas. Om kvalitetsaspekter är av betydelse för den upphandlande myndigheten eller enheten bör denna risk hanteras på något sätt. Antingen väljs en lösning som inte innefattar en mellanhand eller så kan den upphandlande myndigheten eller enheten exempelvis upprätta ett särskilt forum för dialog. På utvecklingsintensiva marknader kanske det t.o.m. är nödvändigt med en avtalsrelation med producenten för att behovet ska kunna tillgodoses både i det korta och i det långa perspektivet.

10.5.4 Kompetensförsörjning

En underleverantörlösning kan få till följd att leverantörerna av leveranstyp 2 på sikt kan komma att utgöras av uteslutande fåmansföretag med smala specialistområden. Kompetensförsörjningen kan då avstanna eftersom fåmansföretag inte i lika stor utsträckning som större aktörer har möjlighet att introducera yngre förmågor i verksamheten. Detta kan göra sig gällande i särskilt stor utsträckning om användandet av underleverantörlösningen blir en standard för inköp på den aktuella marknaden.

10.5.5 Enkla eller komplexa leveranser?

Under vårt arbete med denna rapport har det höjts röster för att underleverantörlösningar kan vara bra i vissa branscher men mindre bra i andra. I detta avsnitt diskuterar vi hur man kan tänka för att identifiera dessa branscher. Det är också av värde att fundera på vilken påverkan olika upphandlingsmodeller kan ha på den enskilda upphandlingsmarknaden.

Vi har i rapporten konstaterat att en laglig underleverantörlösning bl.a. förutsätter att den upphandlande myndigheten eller enheten inte agerar godtyckligt och fattar beslut om val av (under)leverantörer i samband med avropet. En sådan tillämpning av ramavtalet innebär att den upphandlande myndigheten eller enheten i praktiken kan välja underleverantör fritt – något som inte är förenligt med upphandlingslagstiftningen.

Vi har i vår utredning identifierat att det i synnerhet är i konsultförmedlingsupphandlingar som subjektiva preferenser och risken för godtycklighet är som störst. Sådana preferenser kan dock även förekomma i andra upphandlingar.

När det gäller förekomsten av subjektiva preferenser och godtycklighet har vi träffat på flest exempel i de avrop där konsultinsatserna är på en mer avancerad och intellektuell nivå, eller när den upphandlande myndigheten eller enheten har behov av en projektleverans. Vi ser att detta också kan förekomma när det rör sig om strategiskt viktiga produkter.

Vi kan ta ett exempel med en avancerad konsulttjänst. Det är den upphandlande myndigheten eller enheten som har den yttersta kunskapen om den kompetens som behövs samt kunskap om det

arbete som ska utföras. När det rör sig om en tjänst som är på en mer avancerad och intellektuell nivå, eller om det rör sig om en projektleverans, är det vår uppfattning att det finns en större risk för att den upphandlande myndigheten eller enheten involveras i avropsprocessen. Det kan handla om att den upphandlande myndigheten eller enheten har ett större intresse av att kontrollera och följa utgången av avropet när det rör sig om en konsult- eller projektinsats som är mycket betydelsefull för myndigheten eller enheten. Det kan även handla om att mellanhanden inte har den kunskap som krävs för att på egen hand kunna förmedla rätt kompetens. I dessa fall kan det vara en förutsättning, för att "rätt" konsult ska kunna förmedlas, att den upphandlande myndigheten eller enheten involveras och gör bedömningen i avropsprocessen.

Vi har blivit uppmärksammade på att nära kundrelationer mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och utföraren eller producenten skulle kunna försämrats med en sådan lösning. Som exempel har nämnts att det kan vara problematiskt att avtalsfrågor diskuteras med mellanhanden och inte direkt med utföraren eller producenten. Det framhålls även att den försämrade kundrelationen riskerar att påverka tjänstens eller projektets utförande, och är till stor nackdel för den upphandlande myndigheten eller enheten. Vi ser att dessa risker även gäller vid köp av strategiskt viktiga produkter.

Vi kan dock se att en underleverantörlösning kan lämpa sig för tjänster och produkter av enklare karaktär. Vad som menas med "enklare karaktär" får avgöras i varje enskilt fall. Vår uppfattning är att den upphandlande myndigheten eller enheten inte i lika stor utsträckning har behov av att fatta beslut om underleverantör när det rör sig om tjänster eller produkter av enklare slag. För dessa tjänster och produkter skulle mellanhanden på *egen hand* kunna

leverera en konsult eller produkt till den upphandlande myndigheten eller enheten.

Till skillnad från tjänster som är på en mer avancerad nivå, eller strategiskt viktiga produkter, bör det inte för enklare tjänster och produkter finnas samma behov av ingripande och bedömning i avropsprocessen för den upphandlande myndigheten eller enheten.

10.5.6 Fundera över vem som ska sätta priserna

Om en underleverantörlösning väljs innebär det att anbudsgivaren, dvs. mellanhanden, sätter priserna på både sina egna tjänster och de varor, tjänster eller byggentreprenader som kommer att tillhandahållas av de kommande underleverantörerna (leveranstyp 2). Detta följer av de förutsättningar som vi redogjorde för i avsnitt 4.

Den upphandlande myndigheten eller enheten behöver ta ställning till om ett sådant tillvägagångssätt är lämpligt. Faktorer som kan vara av betydelse för en sådan bedömning är ramavtalets omfattning, aktuell bransch och mellanhandens kompetens. Om det rör sig om en tydligt definierad bransch och den upphandlande myndigheten eller enheten bedömer att de potentiella anbudsgivarna har god kännedom om denna så kan det tala för en sådan lösning. Man kan föreställa sig att anbudsgivaren under anbuds-tiden inte har möjlighet att stämma av angivna villkor med samtliga leverantörsmarknader som berörs. I vissa fall utgör detta inget problem medan det i andra fall kan få till följd att det står klart först vid avropstillfället att få eller inga av de aktörer som skulle kunna tillgodose behovet vill eller kan gå med på avtalade villkor. Risker för detta kan öka om valda villkor avviker från standardvillkor. Om

det finns partsförhandlade avtal i aktuell bransch (leveranstyp 2) kan det därför vara lämpligt att tillämpa samma villkor i upphandlingen, om den upphandlande myndigheten eller enheten vill möjliggöra en underleverantörlösning.

En förutsättning för att det ska vara möjligt att prissätta leveranstyp 2 och att priserna i anbudena kan jämföras är att det finns tydliga krav på de varor, tjänster eller byggtjänster som ska levereras via mellanhanden. Om det ska vara möjligt att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ligger det i den upphandlande myndighetens eller enhetens intresse att säkerställa att anbudsgivarna prissätter samma saker.

10.5.7 Tänk på risken för korruption och osund konkurrens

Upphandlingslagstiftningen fyller en viktig roll för att motverka korruption och andra former av otillbörlig favorisering. Ett exempel är reglerna om effektiva rättsmedel. Genom reglerna om överprövning kan leverantörer som anser att de lidit skada av överträdelser av upphandlingslagstiftningen få sina invändningar prövade i domstol. Detta innebär att en upphandlande myndighet eller enhet måste räkna med att få handläggningen granskad av en utomstående instans. Detta gör det svårare för den upphandlande myndigheten eller enheten att väga in andra än rent objektiva hänsyn vid tilldelningen av kontrakt.

Konkurrensverket har tidigare konstaterat att offentliga upphandlingar framstår som särskilt utsatta för risk för korruption.⁹⁰

⁹⁰ Se Konkurrensverkets rapport 2013:6, Osund konkurrens i offentlig upphandling, s. 93 samt OECD principles for Integrity in public procurement (2009). Se även United Nations,

Vi har noterat att det finns en oro att risken för korruption och osund konkurrens ökar vid användning av mellanhänder i den offentliga sektorn. Oron har beskrivits utifrån den starka ställning som mellanhanden har. Den starka ställningen består i att mellanhanden på egen hand, och utan att behöva tillämpa upphandlingslagstiftningen, ska leverera en tjänst eller vara till den upphandlande myndigheten eller enheten. Det finns underleverantörer som beskriver att de undviker att ifrågasätta mellanhandens val av underleverantör i rädsla för att det skulle kunna påverka deras chanser att bli tilldelade uppdrag i framtiden. De är med andra ord oroad för att bli negativt särbehandlade av mellanhanden.

För att minimera riskerna för korruption och osund konkurrens kan upphandlande myndigheter eller enheter som planerar för att upphandla en underleverantörlösning adressera denna frågeställning i dialog med berörda aktörer, ställa krav på mellanhanden i transparens hänseende och följa upp risken under avtalstiden.

11 Särskilda krav och villkor i underleverantörlösningar

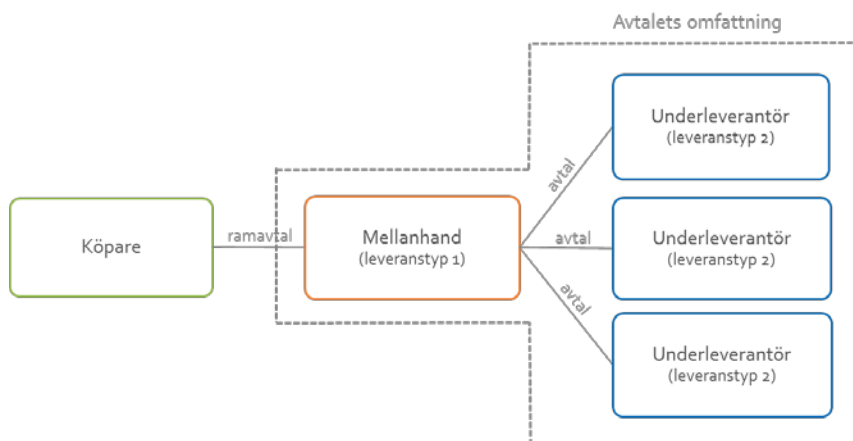
I detta avsnitt resonerar vi kring neutralitetskrav respektive ansvaret för fel i underleverantörlösningar.

11.1 Vilken betydelse har krav på neutralitet?

Om den upphandlande myndigheten eller enheten har valt att gå vidare med en underleverantörlösning bör denne i riskanalysen ta hänsyn till frågan om mellanhandens neutralitet. I många fall kan beslutet att ställa krav på neutralitet eller inte komma att få betydelse för exempelvis kvaliteten på de varor, tjänster eller byggtreprenader som omfattas av leveranstyp 2, kretsen potentiella anbudsgivare i ramavtalsupphandlingen och, konkurrenssituationen på marknaden för leveranstyp 2 både på kort och lång sikt. Vad neutralitetskravet innebär och vilka konsekvenser det kan få kommer att utvecklas i detta avsnitt.

Med krav på neutralitet avses i sammanhanget att leverantören ska vara helt oberoende i förhållande till dem som kan komma ifråga för tillhandahållandet av leveranstyp 2 på ramavtalet. I vissa upphandlingar krävs att mellanhanden inte har någon egen verksamhet inom branschen för leveranstyp 2. I andra att mellanhanden är förbjuden att leverera egna varor eller tjänster som avser leveranstyp 2.

Figur 2: Underleverantörlösningen (definition)



Om det inte finns en naturlig gräns – dvs. en gräns skapad av marknaden – mellan den bransch som tillhandahåller leveranstyp 1 och den bransch som tillhandahåller leveranstyp 2 så skapas en gräns i och med kravet på neutralitet. Det innebär alltså att den kontrakterade leverantören (mellanhanden) aldrig kan komma ifråga för leveranstyp 2.

Av de branscher som beskrevs i avsnitt 2 så är det endast i två av dem som vi har påträffat neutralitetskrav. Det gäller upphandlingar av försäkringsförmedling respektive konsultförmedling. I denna rapport har vi, enligt avgränsningen i avsnitt 2.3, valt att fokusera på lösningar där mellanhanden säljer vidare en vara, tjänst eller byggtreprenad utan att själv bearbeta den innan den levereras till den upphandlande myndigheten eller enheten. Av de två nämnda branscherna är det enbart konsultförmedling som omfattas av avgränsningen.

En förklaring till varför begreppet neutralitet normalt inte verkar förekomma i andra branscher kan vara att köparsidan inte har

bedömt det som nödvändigt att ställa krav på detta för att uppnå en ändamålsenlig leverans. I vissa branscher – exempelvis resebyrå-tjänster och annonsförmedling – är gränsen mellan leveranstyp 1 och 2 så naturlig att något neutralitetskrav i juridisk bemärkelse inte är nödvändigt.

Upphandlande myndigheter och enheter har ibland valt att införa villkor som syftar till att säkerställa transparensen mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och mellanhanden. Det kan handla om att motverka snedvridning av konkurrensen genom att förbjuda ersättningar mellan mellanhanden och aktörer som tillhandahåller leveranstyp 2. Ersättningar som normalt är dolda för köparen. Denna typ av villkor har vi träffat på i branscher där det finns en naturlig gräns mellan marknaderna för leveranstyp 1 och 2, exempelvis resebyrå-tjänster och försäkringsförmedling, men även i upphandlingar av konsultförmedling.

Vi uppfattar det som att de syften som ligger till grund för denna typ av villkor – neutralitetskrav och villkor som säkerställer transparensen – utgörs av den upphandlande myndighetens eller enhetens vilja att bibehålla en god konkurrens på de marknader som tillhandahåller leveranstyp 2. I mellanhandsupphandlingar med underleverantörlösningen (se figur 2) är nämligen ett leverantörsled förskjutet från den upphandlande myndigheten eller enheten. En konsekvens av detta är att den upphandlande myndigheten eller enheten inte längre kan kontrollera det konkurrens-
uppsökande skedet i förhållande till dessa aktörer. Icke desto mindre får underleverantörerna offentliga medel för att tillgodose den upphandlande myndighetens eller enhetens behov.

I två av de branscher som vi har beskrivit i avsnitt 2 har vi att göra med en underleverantörlösning utan att något krav på neutralitet

ställs, såvitt vi har kunnat se. Den ena branschen är tolktjänster (tolkförmedling och tolkning). I en jämförelse mellan branscherna kan vi se att leveranstyp 2 i högre utsträckning avser standardiserade tjänster än exempelvis konsulttjänster inom IT, viss teknik, juridik, organisation och kommunikation. Den andra branschen är upphandlingar med stora volymer av varor, som vi betecknar som grossistupphandlingar. En grossist är en person eller företag som bedriver grosshandel. Grosshandel i sin tur beskrivs som ett distributionsled som förmedlar varor till detaljhandeln och större förbrukare.⁹¹ Funktionen som grossist hör alltså samman med *förmedling* av varor. När man i offentlig upphandling talar om exempelvis livsmedelsgrossister så begränsas uppdraget dock inte till enbart förmedlingen (eftersöka produkter, teckna avtal med underleverantörer, tillhandahålla logistik etc.) utan grossisten producerar många gånger leveranstyp 2 under eget varumärke. Det är därmed inte en ren grossisttjänst som levereras.

Som upphandlande myndighet eller enhet bör man vara medveten om vilka konsekvenser en sådan sammanläggning av uppdrag (grossist och producent) kan ge. Om grossisten å ena sidan förhandlar med underleverantörerna i egenskap av köpare av varorna och å andra sidan är en konkurrent till samma aktörer så innebär det en uppenbar konkurrensfördel för grossisten. Grossisten får exempelvis full insyn i konkurrenternas prissättning, vilket denne kan nyttja i sin egen produktion.

Under arbetet med denna rapport har vi även tagit emot synpunkter som avser förutsättningarna för utvecklingsarbete i grossistupphandlingar utan krav på neutralitet. Kritikerna menar att de rena producenterna vanligtvis bedriver ett betydelsefullt

⁹¹ Nationalencyklopedin, www.ne.se, 2016-10-13.

utvecklingsarbete medan detta saknas hos grossisterna. I takt med att levererade varor i allt större utsträckning produceras av grossisterna, i förhållande till de rena producenterna, så kommer allt mindre resurser att läggas på utvecklingsarbete. Som upphandlande myndighet eller enhet så bör man dock bedöma risken i det enskilda fallet och hantera den om så krävs.

Precis på samma sätt som att en minimering av antalet leverantörer är ett av syftena bakom att upphandla en underleverantörlösning (se figur 2) så kan man räkna med att även grossisterna söker sådana effektivitetsvinster. Om den upphandlande myndigheten eller enheten söker efter att kombinera detta syfte med att maximera antalet potentiella underleverantörer så kan detta behöva regleras i avtalsvillkoren. Det är vanligt i konsultförmedlingsupphandlingar.

På längre sikt kan bristande neutralitet hos mellanhanden leda till en ökad misstro mot köparsidan, dvs. upphandlande myndigheter och enheter. En ökad misstro bör rimligtvis inverka negativt på marknadens intresse av att leverera till offentlig sektor. Trots att krav på neutralitet är en inskränkning för marknaden så kan det därför vara ett nödvändigt villkor för att slå vakt om konkurrensen på längre sikt, och därmed skapa bättre förutsättningar för goda affärer för offentlig sektor.

11.2 Ansvar för fel

Under arbetet med rapporten har ansvarsfrågor lyfts fram av olika intressenter som en riskfaktor i mellanhandslösningar. När ett leverantörsled förskjuts genom att en mellanhand träder in som avtalspart kan frågan om ansvar för fel i tillhandahållandet av

leveranstyp 2 uppkomma. En försäkring som täcker mellanhandens sedvanliga verksamhet är kanske inte avsedd att täcka fel som kan uppkomma i alla de typer av verksamheter som underleverantörerna bedriver (leveranstyp 2). Det är därför viktigt att den upphandlande myndigheten eller enheten funderar över ansvarsfrågan och ser till att rätt typ av försäkring är tecknad.

12 Avtalsförvaltning – vikten av uppföljning

Den offentliga sektorn har ett ansvar att säkerställa att skattemedlen används på ett effektivt sätt.

Hur stor kontroll behöver då den upphandlande myndigheten eller enheten ha? Där finns inget entydigt svar men det är lämpligt att säkerställa att kontroll finns så långt som den uppenbara risken finns. Huvudargumentet för ett sådant resonemang är att den upphandlande myndigheten eller enheten ska få den vara eller tjänst som de kravställt och betalar för. Om det finns en risk att leveransen försämras på grund av någon del i värdekedjan är det där som kontrollen/uppföljningen behöver finnas.

En av riskerna med en underleverantörlösning är att den upphandlande myndigheten eller enheten inte har någon avtalsrelation med den som tillhandahåller leveranstyp 2. Det innebär att den upphandlande myndigheten eller enheten inte har någon direkt kontroll över "produktionen". Det kan därför vara svårt för att följa upp avtalet. Den upphandlande myndigheten eller enheten behöver säkerställa, i avtal eller annat, att uppföljning kan ske samt avsätta de resurser som krävs för den kontrollen.

Vid en jämförelse med att ställa etiska krav vid upphandling av produkter där det finns en risk för brott mot grundläggande rättigheter i arbetslivet (exempelvis brott mot ILO:s kärnkonventioner), så behöver kontrollen finnas flera steg ner i värdekedjan: där produkten produceras. Det finns exempel på upphandlande myndigheter och enheter som har byggt upp en intern funktion för att hantera den uppföljningen. Behöver den upphandlande myndighet eller enhet som genomför en upphandling med underleveran-

törlösning bygga upp samma funktion? Svaret är inte ett självklart ja eller nej. Den upphandlande myndigheten eller enheten behöver värdera sina risker och ta det beslut som säkerställer en avtalsenlig leverans.

En slutsats av detta resonemang är att ansvaret hos den upphandlande myndigheten eller enheten inte bara är det lagliga utan att ansvaret sträcker sig längre än så, just mot bakgrund av att det är offentliga medel som hanteras.

13 Sammanfattning av lämplighetsaspekter

Mot bakgrund av redogörelsen av behov och syften ser vi att följande motiv särskilt framhävs vid upphandling av en underleverantörlösning:

- Transaktionskostnaderna minskar med enbart en avtalspart.
- Effektivare avropsprocess när den upphandlande myndigheten eller enheten enbart behöver vända sig till en avtalspart.
- Lättare att ha kontroll och föra statistik över de varor eller tjänster som har köpts in.
- Dra nytta av mellanhandens möjligheter att erhålla bättre avtalsvillkor genom att samla ihop större volymer.
- Få tillgång till leveranskapacitet hos aktörer, exempelvis fåmansbolag som inte är intresserade av att träda in som anbudsgivare i offentlig upphandling.

Som vi kan se finns det många lämplighetsaspekter med särskild koppling till underleverantörlösningar. Slutsatsen är att underleverantörlösningen kan vara mer lämplig i vissa fall och mindre lämplig i andra.

Vi har uppmärksammat att flera aktörer som har haft intresse av att gå in som underleverantörer till en mellanhand har ställt sig kritiska till den bristande transparensen vid val av underleverantör. Att som ett alternativ anamma ett mer transparent tillvägagångssätt

där skälen för beslut om underleverantör kommuniceras till alla potentiella underleverantörer som har visat intresse är inte en lösning. Grundproblemet kvarstår; den upphandlande myndigheten eller enheten får inte välja vilken produkt eller vilken underleverantör som ska tillgodose behovet via mellanhanden.

Med detta som utgångspunkt bör den upphandlande myndigheten eller enheten endast upphandla underleverantörlösningen i de fall denne bedömer det lämpligt att mellanhanden anger villkoren (särskilt priser) för både leveranstyp 1 och 2 och att denne självständigt tillhandahåller underleverantör vid avrop från ramavtalet. Sammantaget ser vi att standardiserade varor, tjänster och byggentreprenader kan passa för underleverantörsupplägget. När det gäller strategiskt viktiga varor, tjänster och byggentreprenader och leveranser av ett resultat eller en funktion är det lämpligt att använda andra lösningar.

I denna del beskriver vi två exempel på upphandlingar av mellanhänder.

Vi resonerar kring relevanta aspekter kopplade till de frågor som har berörts tidigare i denna rapport. Både laglighet och lämplighet aktualiseras.

Exempel

14 Exempel 1 – resebyråttjänster

Scenario

Myndighet X har behov av en resebyrå för att få hjälp med det administrativa arbetet i samband med bokning av resor och hotell.

Myndigheten uppskattar det totala kontraktsvärdet till det totala belopp som den beräknar att resebyråttjänsten kommer att kosta. Myndighetens kostnader för hotellvistelser och resor ingår inte i detta värde.

Myndigheten väljer att ställa krav på utförandet av resebyråttjänsten. För att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utvärderar myndigheten resebyråns stödjande tjänst.

När ramavtalet är på plats börjar myndigheten omgående att tillämpa avtalet. Myndigheten är av uppfattningen att ramavtalet omfattar, utöver resebyråns stödjande tjänst, även hotellvistelser och resor som resebyrån bokar åt dem. Har myndigheten rätt? Vad omfattas egentligen av avtalet?

Kommentar

Myndigheten är av uppfattningen att ramavtalet omfattar flera leveranstyper, dvs. resebyråns stödjande tjänst samt hotell och resor/transportsätt.

I avsnitt fyra i denna rapport beskriver vi vad som krävs för att en vara, tjänst eller byggtreprenad ska anses omfattas av en upphandling.

Följande förutsättningar behöver vara uppfyllda:

1. Om flera leveranstyper omfattas av upphandlingen så ska värdet av samtliga delar räknas in i kontraktsvärdet.
2. Föremålet för upphandlingen ska vara klart definierat redan i upphandlingen, dvs. båda leveranstyperna ska vara tillräckligt specificerade.
3. Det är den anbudsgivare som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet som ska antas.

Med beaktande av ovanstående står det klart att myndigheten i sin upphandling har fokuserat på resebyråns stödande tjänst (leveranstyp 1). Det är värdet av den stödande tjänsten som har beräknats i kontraktsvärdet och det är också denna tjänst som har kravställts och utvärderats. Det råder inga tvivel om att resebyråns stödande tjänst omfattas av upphandlingen.

Myndigheten anser att det ramavtal de har tecknat även omfattar hotellvistelser och resor/transportsätt. Det framgår att dessa tjänster (leveranstyp 2) varken har räknats in i kontraktsvärdet, kravställts eller utvärderats. Därmed kan inte dessa tjänster anses omfattas av upphandlingen.

För att bedöma vilka avtal som ska upphandlas genom ett annonserat förfarande behöver myndigheten beräkna kontraktsvärdena för de olika avtalen. Endast tjänster av samma slag behöver sammanräknas. De tjänster vars kontraktsvärde understiger direktupphandlingsgränsen kan direktupphandlas med hänvisning till lågt värde. I sådana fall kan myndigheten fortsätta att köpa in

tjänsterna på det sätt som den gjort tidigare utan att det strider mot upphandlingslagstiftningen.

För myndigheten skulle detta kunna innebära att kostnaden för resande på de sträckor som medarbetare reser frekvent sammantaget överstiger direktupphandlingsgränsen. Detsamma kanske gäller boende på platser som besöks ofta av myndighetens anställda. När dessa tjänster har upphandlats genom ett annonserat förfarande så kan resebyrån sedan stödja i tillämpningen av de upphandlade avtalen när myndigheten har behov av hotell och resor/transporter.

15 Exempel 2 – konsultförmedling

Scenario

Myndighet X har behov av konsulttjänster av olika slag. För att få en mer effektiv avropsprocess och samtidigt minska transaktionskostnader vill myndigheten upphandla konsultförmedling.

Myndigheten beräknar kontraktsvärdet till det totala belopp den uppskattar för mellanhandens stödjande tjänst och de konsulttjänster den har behov av under avtalsperioden.

I upphandlingsdokumenten ställer myndigheten krav på både den stödjande tjänsten som mellanhanden tillhandahåller och konsulttjänsterna. Kraven avseende konsulttjänsterna är på en mer övergripande nivå. Anledningen är att myndigheten har svårt att uppskatta sitt kommande behov av samtliga konsultrroller framöver.

För att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utvärderar myndigheten mellanhandens prispåslag samt det takpris anbudsgivarna lämnat för efterfrågade konsultrroller.

När ramavtalet är på plats börjar myndigheten att använda ramavtalet. När behov av en konsulttjänst uppstår kontaktar myndigheten mellanhanden och sänder över en avropsförfrågan för aktuellt uppdrag. Av avropsförfrågan framgår att myndigheten har preciserat och kompletterat med omfattande information om det aktuella uppdraget.

Mellanhanden skickar i sin tur vidare ett antal kandidater (potentiella underleverantörer) till myndigheten. Myndigheten utvärderar och fattar därefter beslut om val av underleverantör.

Myndigheten tycker att ramavtalet fungerar bra, men har blivit varse om att kritiska röster har höjts som rör myndighetens tillämpning av ramavtalet. Kritikerna menar att myndigheten tillför omfattande information i samband med avropet – krav och villkor som inte framgår tydligt av ramavtalet. Dessutom menar de att myndigheten i princip har gett sig en fri prövningsrätt när den fattar beslut om (under)leverantör.

Kommentar

Myndigheten har beräknat det totala kontraktsvärdet till värdet av konsultförmedlarens tjänst samt värdet av det uppskattade behovet av konsultinsatser. Därefter har myndigheten kravställt och utvärderat båda leveranstyperna (konsultförmedlarens stödjande tjänst samt själva konsulttjänsterna). Upphandlingen av konsultförmedlingen synes ha gått rätt till – samtliga förutsättningar som återges i avsnitt 4 får betraktas som uppfyllda.

När myndigheten tillämpar ramavtalet uppstår det dock två situationer som skulle kunna påverka om det är tillåtet. Det framgår dels att myndigheten tillför mycket omfattande information vid avropstillfället, dels att myndigheten behåller beslutanderätten och gör valet av underleverantör.

Som har redogjorts i avsnitt 5.2 följer att ett ramavtal med en leverantör ska innehålla de villkor som är nödvändiga för att ett framtida behov ska kunna tillgodoses genom avrop från ramavtalet, utan att nya beslut behöver fattas. Den upphandlande myndigheten

eller enheten kan vid avrop komplettera med sådana förutsättningar som särskilt avser det aktuella behovet och som därmed inte är möjliga att ange redan i upphandlingen av ramavtalet. Det kan t.ex. avse tidpunkten för utförandet, information om den miljö i vilken uppdraget ska utföras samt volymer. Innebörden av samråd och kompletteringar av anbudet bör tolkas på ett restriktivt sätt när det gäller ramavtal med en enda leverantör. Myndigheten behöver därför säkerställa att deras ramavtal fungerar att tillämpa på avsett sätt. Ytterst handlar det om att se till att kravställningen avseende samtliga leveranstyper i upphandlingen är specificerade på ett tillräckligt uttömmande sätt.

Det är viktigt att villkoren i ett kontrakt som grundar sig på ett ramavtal inte avviker väsentligt från villkoren i ramavtalet. Bedömningen ska göras utifrån reglerna om väsentliga ändringar i 17 kap. LOU respektive 16 kap. LUF. Om en ändring är att ses som väsentlig så innebär det att ett nytt kontrakt har tilldelats.

Det framgår också att myndigheten behåller beslutanderätten och väljer underleverantör själv. Det är viktigt att påminna om att det rör sig om ett ramavtal med en leverantör och att det är ramavtalsleverantören (mellanhanden) som i sitt uppdrag ska leverera konsulttjänster till myndigheten.

Upphandlingslagstiftningen värnar om objektivitet och likabehandling av leverantörer. Därför är det inte tillåtet för en upphandlande myndighet eller enhet att i något skede i en upphandling, eller under ett pågående avtal, agera godtyckligt. Eftersom det är mellanhanden som är avtalspart är det också den som ska kunna leverera en vara eller tjänst i enlighet med de villkor som anges i ramavtalet och de eventuella preciseringar som framförts i avropet.

Om beslutanderätten av val av underleverantör i praktiken ligger kvar hos myndigheten går det inte att garantera att avropen i dessa situationer sker utan myndighetens godtycke och subjektiva preferenser. En sådan tillämpning av ramavtalet är inte förenlig med upphandlingslagstiftningen.

Även om myndighetens ursprungliga upphandling av konsultförmedling synes ha gått rätt till, finns det en del tveksamheter rörande tillämpningen av ramavtalet.

Mellanhänder har en naturlig roll i vår ekonomi – både i privat och i offentlig sektor. Mellanhänder i offentlig upphandling är en fråga som intresserar många, och det finns ett stort behov av att reda ut vad som gäller.

Med den här rapporten vill Upphandlingsmyndigheten och Konkurrensverket bidra till att mellanhänder används på ett ändamålsenligt sätt i offentlig upphandling. Vi hoppas att den här rapporten ska ge svar och verktyg för att avgöra vilken form en mellanhandslösning ska ha för att vara laglig och om den är lämplig eller inte.



Adress 103 85 Stockholm
Telefon 08-700 16 00
Fax 08-24 55 43
E-post konkurrensverket@kkv.se



Adress Box 1194, 171 23 Solna
Telefon 08-586 217 00
E-post info@uhmynd.se
upphandlingsmyndigheten.se