

Kriminalvården
601 80 Norrköping

Kriminalvården – avtal gällande organisationskonsulttjänster

Utkast till beslut

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

Ärendet

Bakgrund

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

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

I mars 2013, cirka tre månader in på ramavtalets 24 månader långa löptid, beslutade ni att uppdragets omfattning skulle utökas. Enhancer AB fick därför i uppdrag att utöver huvudkontorets verksamhet även utreda den regionala och

¹ Jämlikt 8 kap. 9 § och 15 kap. 10 § LOU.

lokala nivån för att ge en helhetsbild av hur er organisation lämpligast bör struktureras. I maj 2013, d.v.s. fem månader in på kontraktets löptid, konstaterade ni att det utökade uppdraget innebar att ramavtalets värde med råge skulle överstiga tröskelvärdet 1 233 401 kronor.

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

Skäl för beslutet

Rättsläget

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

Tjänsten organisationskonsulter är en A-tjänst enligt bilaga 2 till LOU. Upphandlingar vars kontraktsvärde överstiger tröskelvärdena ska annonseras i Europeiska unionens officiella tidning.² Syftet med att tillgängliggöra annonser om upphandlingar på detta sätt är att garantera en tillfredsställande och gränsöverskridande konkurrensutsättning av offentliga kontrakt inom EU:s samtliga medlemsstater. Kontrakt vars värden understiger tröskelvärdena ska upphandlas enligt bestämmelserna i 15 kap. LOU, innebärande att annonsering endast sker i Sverige. Den begränsade annonseringen leder till kraftigt minskade möjligheter för företag i andra medlemsstater att konkurrera om sådana kontrakt.

Beräkning av värdet av ett kontrakt inför val av upphandlingsförfarande

När en upphandlande myndighet ska beräkna värdet av ett kontrakt eller ett ramavtal, i syfte att bedöma om upphandlingen ska ske inom det direktivstyrda området eller om det räcker med ett förenklat förfarande, ska bestämmelserna i 3 kap. respektive 15 kap. LOU följas. Där stadgas att värdet ska uppskattas till det

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

totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Options- och förlängningsklausuler ska beaktas som om de utnyttjats.³ En upphandlande myndighet får heller inte dela upp en planerad anskaffning av varor eller tjänster i syfte att kringgå bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena i LOU.⁴ Även andra poster, som inte avser direkta utbetalningar, ska omfattas av beräkningsgrunden.⁵ Värdet av ett ramavtal ska beräknas till det högsta sammanlagda värdet av samtliga de kontrakt som planeras under ramavtalets löptid.⁶

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

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

Konkurrensverkets bedömning

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

Vid beaktande av förhållandena kring er upphandling av organisationskonsulter, konstaterar vi att ett flertal omständigheter talar för att ni borde ha insett att ett

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

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

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

⁶ Se 3 kap. 13 § LOU.

⁷ Se Prop. 2006/2007:128 s. 315

⁸ Se 15 kap. 2 § 4 st. LOU.

öppet eller selektivt förfarande borde ha tillämpats vid annonseringen av upphandlingen. Vi bedömer att enbart grundförutsättningarna, d.v.s. ett ramavtal ingånget med en leverantör, med två års löptid, där avtalsföremålet är organisationskonsulttjänster och den upphandlande myndigheten har en rikstäckande organisation av Kriminalvårdens storlek, bör leda till slutsatsen att ett öppet eller selektivt förfarande ska tillämpas. Anbudspriset hos den vinnande leverantören visade sig vara 1 850 kronor per timme, vilket möjliggör högst cirka 670 timmars konsulttjänster. Det motsvarar ungefär fyra månaders arbete för en enda konsult. Konkurrensverket erinrar om att en upphandlande myndighet vid beräkning av avtals värde ska beakta förlängningsklausuler som om de avses att utnyttjas.⁹ Enligt det faktureringsunderlag Konkurrensverket tagit del av framgår att leverantören fakturerat för 3-4 konsulters arbete varje månad, från tidpunkten för ramavtalets ingående till dess att uppdraget avslutades efter sju månader.

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

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

Mot bakgrund av avtalsföremålet, avsaknaden av ekonomisk gräns och löptiden om två år, har Kriminalvården enligt ramavtalets villkor haft möjlighet att avropa heltidsuppdrag för flera konsulter under en lång tid. Detta talar för att det redan vid annonseringen objektivt sett bör ha framstått som sannolikt att avtalsvärdet skulle komma att hamna ovanför tröskelvärdet. Vi anser därmed att risken att överskrida tröskelvärdet får anses ha varit känd redan vid tidpunkten för upphandlingens annonsering. Ni borde därför ha tillämpat ett öppet eller selektivt förfarande vid genomförandet av upphandlingen. Ni har vidare efter avtals tecknande valt att utöka leverantörens uppdrag och fortsatt att köpa aktuell tjänst, trots att ni efter fem månaders löptid hade kännedom om att tröskelvärdet

⁹ Se Kammarrätten i Jönköping, mål 2511-08.

skulle komma att överstigas. Senast vid denna tidpunkt borde ni ha sagt upp ramavtalet och genomfört ett nytt annonserat upphandlingsförfarande.

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

Slutsats

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

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

Dan Sjöblom

Björn Larsson

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats