

## PM 2 2019-07-01 SLUTLIG BEDÖMNING

**Fråga om snedvridning av konkurrensen genom ramavtal utan angiven kvantitet samt avrop genom ”ramavtal i ramavtal”.**

*En statlig myndighet har vid upphandling av ett digitalt arkivsystem tillämpat avrop genom ”ramavtal i ramavtal”. Myndigheten har till vinnande anbudsgivaren hittills betalat drygt 5 miljoner kronor i löpande räkning, trots att anbudet värderats till 129.000 kronor och därmed bedömdes mer förmånligt än ett konkurrerande anbud med ett huvudsakligen fast pris om c:a 400.000 kronor.*

Sveriges geologiska undersökning (nedan SGU) har slutit avtal med ett privat företag, här nedan angivet som IT-företaget, om köp av programvara samt tjänster för support, utbildning och systemutveckling av ett digitalt arkiveringsverktyg (dnr. 423-2398/2016).<sup>1</sup>

Avtalet har slutits genom s.k. *förnyad konkurrensutsättning* som grundar sig på ett av Kammarkollegiet under 2014 upphandlat centralt statligt ramavtal avseende varor och anknyttande tjänster (*varukontrakt*), där SGU är avropsberättigad.<sup>2</sup> I upphandlingen anges inte vilken kvantitet som kan komma ifråga för avrop, varken centralt avseende hela ramavtalet eller specifikt för SGU som avropande myndighet.<sup>3</sup>

I oktober 2016 skickades en avropsförfrågan avseende SGU:s behov av ett system för ”uttag- och arkiveringsverktyg”. Förfrågan lämnades till samtliga i ramavtalet ingående leverantörer. Såvitt får förstås skulle anbud enligt förfrågan lämnas i fast pris avseende ingående varor samt på löpande räkning såvitt avser anslutande konsulttjänster. Under punkten 19 i förfrågningsunderlaget anges att anbudsvärderingen skulle ske med ledning av lägst totalpris på tre år viktat med 75 procent av kostnaden för programvaror och licenser och eventuella andra fasta kostnader och 25 procent av konsulttjänster enligt en schablon på 200 timmar för specificerade projekt 2016-2017 inklusive schablon för övriga konsultkostnader.

Vid anbudstidens utgång, den 16 november 2016,<sup>4</sup> registrerades totalt tre (3) inkomna anbud, vilka efter anbudsutvärdering fördelade sig enligt följande. IT-företaget: 129.850 kronor, Anbudsgivare 2: 422.132,5 kronor samt Anbudsgivare 3: 740.250 kronor.

Beslut om tilldelning meddelades den 21 november 2016 varvid kontraktet tilldelades IT-företaget som utifrån SGU:s utvärderingsmodell hade lämnat det lägsta priset. Anbudet avsåg huvudsakligen konsulttjänster i löpande räkning för 797 kronor i timmen. Kontrakt enligt tilldelningen slöts mellan SGU och IT företaget den 10 och 23 januari 2017 och innefattade inte någon reglering av vilken maximal kvantitet som kunde bli föremål för avrop.<sup>5</sup> Det således antagna anbudet förutsätter, såvitt förstås, att efterfrågat system ska utvecklas gemensamt mellan parterna, utifrån SGU:s aktuella behov.<sup>6</sup> Anbudet skiljde sig därmed från Anbud 2 som i huvudsak innefattade ett färdigt system till ett fast pris om 398.700 kronor jämte därtill anslutande tjänster för 668 kronor i timmen.

Enligt uppgift ur leverantörsreskontra har SGU hittills betalat c:a 5 miljoner kronor till IT-företaget.<sup>7</sup> Betalningarna avser huvudsakligen konsulttjänster, där SGU löpande har fakturerats för uppskattningsvis c:a 6.000 timmars arbete.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> Beställningserkännande ”BESTÄLLNING” upprättad av SGU den 10 januari och undertecknad av IT-företaget den 23 januari 2017.

<sup>2</sup> Upphandling av Ramavtal mellan Statens inköpscentral vid Kammarkollegiet avseende ”Programvaror och tjänster 2014 – Informationsförsörjning” (dnr. 96-35-2015). ”Meddelande om upphandling Varor” skickades den 7 november 2014 för publicering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och databasen TED (vår markering med understruken text).

<sup>3</sup> Se e-postmeddelande av den 24 april 2019 med svar från Kammarkollegier, varav det framgår att efterfrågade uppgifter om vilken kvantitet tjänster som kommer att avropas på ramavtalet Programvaror och tjänster 2014 (dnr. 96-35-2014) saknas i upphandlingsdokumenten.

<sup>4</sup> Anbudstiden var ursprungligen angiven till den 14 november men förlängdes till den 16 november 2016.

<sup>5</sup> Se ovan i fotnot 1 angivna beställningserkännande. Föremålet för kontraktet regleras endast på följande sätt ”Avtalsbeställning i enlighet med SGUs förfrågningsunderlag gällande Uttag och aktiveringsverktyg med dnr. 423-2398/2016, [IT-företagets] anbud daterat 2016-11-09 samt Kammarkollegiets avtal med dnr. 96-35-2015, gällande informationsförsörjning samt, bifogade Tidsplan, arkivprojekt 2017 och Supportavtal”. Varken Kammarkollegiets ramavtal, beställningsskrivelsen, IT-företagets anbud eller de bifogade dokumenten Tidsplan och Supportavtal innefattar uppgift om vilken maximal kvantitet varor eller tjänster som SGU-avropet avser.

<sup>6</sup> IT-företagets anbud innefattade en s.k. open source-lösning till en årlig supportkostnad om 40.000 kronor, som dock fordrar betydande anpassning genom avrop av löpande konsulttjänster utifrån SGU:s aktuella behov.

<sup>7</sup> Under perioden den 24 mars 2017 till och med den 30 april 2019 har SGU betalat totalt 6.319.282 kronor eller 5.055.426 kronor exklusive moms till IT-företaget.

### **Rättslig reglering**

Med offentlig upphandling avses förfarandet till och med tilldelning av ett *offentligt kontrakt* med ekonomiska villkor som har slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser bland annat tillhandahållande av varor och tjänster mot ersättning. Upphandling som har påbörjats före den 1 januari 2017 regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – ÄLOU.<sup>9</sup> Bestämmelserna utgår från bland annat kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster och de därmed följande principerna om bland annat *likabehandling* och *transparens (öppenhet)*<sup>10</sup> som ytterst följer av artiklarna 18, 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget). Dessa principer har för svenskt vidkommande införts i 1 kap. 9 § ÄLOU och ska tillämpas på samtliga förfaranden, således även på sådana upphandlingar som genomförs enligt de nationella bestämmelserna i 15 kap. ÄLOU.<sup>11</sup> Kravet på *likabehandling* och *transparens (öppenhet)* ska enligt fast praxis från EU-domstolen tillämpas så att samtliga villkor och bestämmelser som gäller för ett offentligt upphandlingsförfarande ska framgå av upphandlingsdokumenten,<sup>12</sup> formulerade på ett så pass klart, precist och entydigt sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna "... *veta exakt vilka villkor som gäller för förfarandet och vara försäkrade om att samma krav gäller för samtliga konkurrenter*".<sup>13</sup>

Statliga myndigheter utgör enligt legaldefinitionen i 2 kap. 19 § ÄLOU sådana *upphandlande myndigheter* som obligatoriskt har att iaktta lagens bestämmelser.<sup>14</sup> Lagstiftningen är generellt tillämplig på alla åtgärder som vidtas av en sådan upphandlande myndighet i syfte att anskaffa bland annat varor och tjänster genom tilldelning av kontrakt.<sup>15</sup> Ett av regelverkets syften är nämligen att motverka uppkomsten av korruption vid offentlig anskaffning.<sup>16</sup>

Enligt den s.k. *övertiktprincipen* ska upphandlade avtal definieras som antingen varukontrakt eller tjänstekontrakt utifrån vilken kontraktstyp som värdemässigt dominerar avtalet. Ett blandat kontrakt av varor i kombination med tjänster ska således behandlas som ett varukontrakt om värdet av tjänsterna är lägre än värdet av varorna. Om förekommande avrop av tjänster värdemässigt överstiger varuvärdet är det således inte längre fråga ett varukontrakt.<sup>17</sup> Vid tilldelning och fullgörande av avrop på ramavtal är det således betydelsefullt att avropen håller sig till den kontraktstyp som ramavtalet ursprungligen upphandlats för. Detta utifrån en tillämpning av de grundläggande kraven på likabehandling och öppenhet (transparens), eftersom det kan röra sig om olika marknader med andra leverantörer av varor än av tjänster. Avrop som huvudsakligen innefattar köp av tjänster bör sålunda inte kunna ske på ett ramavtal som har upphandlats enligt bestämmelserna för varukontrakt. Ett sådant avrop riskerar nämligen medföra en *väsentlig ändring* av ramavtalets övergripande karaktär med följd att avropet ska betraktas som ett nytt självständigt avtal och en ny upphandling.<sup>18</sup>

<sup>8</sup> Uppskattningen grundar sig på en beräkning av hittills fakturerat belopp om c:a 5 miljoner kronor efter avdrag för supportkostnad med 40.000 kronor per år i tre år (3x40 Kkr = 120 Kkr) delat med timtaxan 797 kronor (5 Mkr - 120 Kkr)/797kr = 6.122 timmar.

<sup>9</sup> ÄLOU var i kraft från och med den 1 januari 2008 till och med den 31 december 2016. Från den 1 januari 2017 ska istället lagen (2016:1145) om offentlig upphandling - LOU - tillämpas.

<sup>10</sup> Med kravet på *transparens* avses enligt lagförarbetena (prop. 2006/07:128, s. 132) främst skyldigheten för den upphandlande myndigheten att lämna information om upphandling och det praktiska tillvägagångssättet vid denna samt rätten för leverantörer att få tillgång till denna information så att de i förväg känner till vad som gäller vid upphandlingen.

<sup>11</sup> Se bl.a. hänvisning i 15 kap. 2 § ÄLOU samt HFD 2018 ref. 60 med JustR Nord's särskilda tillägg.

<sup>12</sup> Med upphandlingsdokumenten avses "*meddelandet om upphandling eller ...förfrågningsunderlaget*".

<sup>13</sup> Se EU-domstolens dom i *CoopService* (C-216/17) EU:C:2018:1034, p. 63 och för liknande resonemang även *Ingsteel och Metrostav* (C 76/16) EU:C:2017:549, p. 34; Se också domstolens dom i *Pizzo* (C-27/15) EU:C:2016:404, p. 36 och i *La Cascina* (C-226/04 och C-228/04) EU:C:2006:94, p. 32.

<sup>14</sup> Företag som på marknaden tillhandahåller aktuella varor och tjänster m.m. utgör enligt 2 kap. 11 § ÄLOU *leverantörer*.

<sup>15</sup> 2 kap. 12 § jämförd med 19 § ÄLOU. Vid kontraktsvärde överstigande gällande tröskelvärde ska istället upphandlingen annonseras i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED – se 7 kap. 1 § ÄLOU.

<sup>16</sup> Se bl.a. skäl 126 till LOU-direktivet samt SOU 2018:44, s. 233 ff.

<sup>17</sup> Se 2 kap. 21 § jämförd med 18 § ÄLOU

<sup>18</sup> Se bl.a. EU-domstolens dom i *Pressetext* (C-454/06) EU:C:2008:351. Bestämmelser om ändring av avtal finns numera införda i artikel 72 LOU-direktivet (2014/24/EU) samt 17 kap. i den nuvarande lagen (2016:1145) om offentlig upphandling – LOU.

Enligt 4 kap. 22 § ÄLOU får upphandlande myndigheter anskaffa bland annat varor och tjänster med hjälp av s.k. *inköpscentraler*,<sup>19</sup> vilka i förekommande fall samordnar de medverkande myndigheternas inköp och sluter ramavtal som myndigheterna sedan kan avropa från. Inom staten är Kammarkollegiet<sup>20</sup> en sådan inköpscentral som bland annat upphandlar ramavtal för de statliga myndigheternas behov.<sup>21</sup>

Med ramavtal avses enligt 2 kap. 15 § ÄLOU ett avtal som ingås mellan en upphandlande myndighet och en eller flera leverantörer, i syfte att fastställa villkoren i kontrakt som senare tilldelas genom löpande beställningar (s.k. avrop) under en viss given tidsperiod. Sådana avtal kan exempelvis komma ifråga om det behov som ska täckas med upphandlingen är av löpande karaktär och omfattningen av det som ska beställas inte bestämt går att definiera från början. Ramavtal som upphandlas genom inköpscentral kan ligga till grund för avrop av flera anknutna myndigheter.

Av unionsrättslig praxis<sup>22</sup> och de grundläggande principerna om likabehandling och öppenhet (transparens)<sup>23</sup> följer dock att de myndigheter som utgör part i ramavtalet endast kan handla inom gränsen för en viss på förhand angiven kvantitet samt att avtalet, när denna gräns nåtts, inte längre har någon verkan.<sup>24</sup> Detta gäller även sådana myndigheter som senare ansluter sig för avrop på ett sådant ramavtal.<sup>25</sup>

Ramavtal kan ingås med flera, för avrop sinsemellan rangordnade, leverantörer där föremålet för varje enskilt avropskontrakt fixeras efter s.k. *förnyad konkurrensutsättning*.<sup>26</sup> Så kan vara fallet när samtliga villkor ursprungligen inte finns angivna i ramavtalet. Den upphandlande myndigheten ska inför varje sådant avrop bjuda in samtliga i ramavtalet ingående leverantörer så att dessa på nytt kan lämna anbud i enlighet med villkoren i avtalet<sup>27</sup> samt skriftligen samråda med de leverantörer som kan genomföra kontraktet och ange en tidsfrist som är tillräcklig för att lämna anbud. Anbudena ska lämnas skriftligen och myndigheten får inte ta del av innehållet innan svarstiden har löpt ut. Kontrakt innefattande avrop eller beställning på ramavtalet<sup>28</sup> ska vidare tilldelas den anbudsgivare som vid den förnyade konkurrensutsättningen har lämnat det bästa anbudet på grundval av tilldelningskriterierna i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.<sup>29</sup> Vid en förnyad konkurrensutsättning får den upphandlande myndigheten således inte föra in helt nya eller utifrån ramavtalet avvikande kriterier för tilldelning av avrop.

<sup>19</sup> Med *inköpscentral* avses enligt 2 kap. 9 a § ÄLOU en upphandlande myndighet som antingen ingår ramavtal om byggentreprenader, varor eller tjänster som är avsedda för andra upphandlande myndigheter, eller som medverkar vid en offentlig upphandling i egenskap av ombud åt flera upphandlande myndigheter.

<sup>20</sup> Egentligen *Statens inköpscentral vid Kammarkollegiet*.

<sup>21</sup> Se bl.a. förordningen (1998:796) om statlig inköpsordning samt 8 a § förordningen (2007:824) med instruktion för Kammarkollegiet..

<sup>22</sup> Se EU-domstolens ovannämnda dom i *CoopService*.

<sup>23</sup> *CoopService*, p. 63 där EU-domstolen anger bl.a. följande ”...den upphandlande myndighet som från början är part i ramavtalet [kan] endast handla för egen räkning och på andra i ramavtalet specifikt angivna potentiella upphandlande myndigheters vägnar, inom gränsen för en viss kvantitet och när denna gräns har nåtts har nämnda avtal inte längre någon verkan”. Ramavtal där det inte redan i förväg finns redovisat vilken total kvantitet som kan komma i fråga för avrop kan således inte ha någon verkan. Dessa och dylika avtal kan således överhuvudtaget inte läggas till grund för avrop.

<sup>24</sup> *CoopService*, p. 61.

<sup>25</sup> Se *CoopService*, andra strecksatsen i p. 70 och i domslutet, där EU-domstolen anger följande ”det är uteslutet att de upphandlande myndigheter som inte har undertecknat ramavtalet underlåter att ange kvantiteten av de tjänster som kommer att kunna beställas när de senare ingår kontrakt som grundas på detta ramavtal eller anger nämnda kvantitet med hänvisning till deras ordinarie behov, då de i annat fall skulle åsidosätta öppenhetsprincipen och principen om likabehandling av de ekonomiska aktörer som berörs av ingåendet av nämnda ramavtal”..

<sup>26</sup> Om ramavtal ingås med flera leverantörer ska, om det finns ett tillräckligt antal kvalificerade leverantörer, dessa vara minst tre – se 5 kap. 5 § ÄLOU.

<sup>27</sup> Villkoren får, om det är nödvändigt, inför en förnyad konkurrensutsättning preciseras och vid behov kompletteras med andra villkor som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet – se 5 kap. 7 § ÄLOU.

<sup>28</sup> Den upphandlingsrättsliga begreppsbyggnaden skiljer här mellan *ramavtal* (eng. *framework agreement*) som beteckning på det allmänt hållna ramavtal som ursprungligen har upphandlats samt *kontrakt* (eng. *contract*) som beteckning på de enskilda avrop eller beställningar som görs utifrån ramavtalet.

<sup>29</sup> Se 5 kap. 7 § ÄLOU.

Ett avropskontrakt som tilldelas efter förnyad konkurrensutsättning ska vidare utgöra ett konkret leveransavtal med fasta villkor till en fixerad volym av det som avropet eller beställningen avser. Enligt fast kammarrättspraxis<sup>30</sup> är det därmed inte tillåtet att sluta ”ramavtal i ramavtalet” - d.v.s. genomföra avrop från ett ramavtal på ett sätt som inte resulterar i någon egentlig tilldelning av ett kontrakt som motsvarar ett leveransavtal utan i ett nytt ramavtal som i sin tur ska ligga till grund för successiva avrop eller beställningar från myndigheten. En sådan ordning med ”ramavtal i ramavtalet” skulle nämligen medföra kringgående av ramavtalet som skapar en faktisk ensamsituation för den tilldelade leverantören och samtidigt utesluter övriga ramavtalsleverantörer från möjlighet till framtida anbudsgivning och tilldelning enligt ramavtalet.

Om en upphandlande myndighet har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller mot någon annan upphandlingsrättslig bestämmelse kan skadelidande leverantör ansöka hos allmän förvaltningsdomstol om att förfarandet ska rättas eller att det ska göras om.<sup>31</sup> Köp och beställningar som grundar sig på ramavtal som inte har någon verkan eller som innefattar felaktiga avrop kan anses utgöra otillåtna direkttilldelningar. Dessa kan domstol i så fall *ogiltigförklara* i efterhand, med retroaktiv verkan. En sådan ogiltighetstalan kan dock enbart avse avtal som har slutits sex månader bakåt i tiden. Prövningen ska i förevarande fall ske genom tillämpning av lagen (2016:1145) om offentlig upphandling – LOU – som numera kommit att ersätta ÄLOU.<sup>32</sup> Om det kan motiveras av tvingande hänsyn till ett allmänintresse ska rätten dock besluta att avtalen får bestå, även om förutsättningarna för ogiltighet annars är uppfyllda.<sup>33</sup> Vid sådan utgång<sup>34</sup> kan, efter ingripande av Konkurrensverket, den upphandlande myndigheten istället dömas att betala en särskild *upphandlingsskadeavgift*<sup>35</sup> motsvarande tio procent av det aktuella kontraktsvärdet, dock lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor.<sup>36</sup> I rättspraxis har upphandlingsskadeavgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av det samlade kontraktsvärdet,<sup>37</sup> men en individuell bedömning ska alltid ske med beaktande av samtliga relevanta omständigheter.<sup>38</sup>

## Yttrande

SGU har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anfört följande. Som framgår av avropet har detta inte enbart avsett en programvara som Konkurrenskommissionen vill göra gällande. Att kalla avropet ett varukontrakt är därmed felaktigt. SGU hade vid avropstillfället svårt att överblicka omfattningen av behovet av konsulttjänster. Utvärderingen har därför utformats med en huvuddel som avser programvaran och kostnader kopplade till denna. Detta leder dock inte till att avtalet skulle vara att anse som ett varukontrakt. Det framgår tydligt av avropet att det även till stor del kommer omfatta konsultinsatser. Som nämnts tidigare hade SGU vid avropstillfället svårt att överblicka hur mycket konsultinsatser som

<sup>30</sup> Se Kammarrätten i Stockholms dom av den 24 mars 2016 i mål nr. 7754-15 där rätten uttalar bland annat följande ” Att göra ett avrop från ett ramavtal som inte resulterar i tilldelning av ett kontrakt, utan i ett nytt ramavtal, strider enligt kammarrättens mening mot bestämmelserna [om upphandling av ramavtal]” För liknande bedömning, se även kammarrättens dom av den 10 januari 2018 i mål nr. 3713-17 samt Kammarrätten i Jönköpings dom av den 17 oktober 2016 i mål nr. 1054-16.

<sup>31</sup> Se 20 kap. 4-6 § LOU (16 kap. 4-6 §§ ÄLOU).

<sup>32</sup> Se 20 kap. 13 § LOU (16 kap. 13 § ÄLOU). Enligt 20 kap. 16 § LOU (16 kap. 16 § ÄLOU) får rätten även förordna att ett avtal inte får fullgöras till dess att något annat har bestämts (interimistiskt förbud) men får avstå från detta om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

<sup>33</sup> Se 20 kap. 14 § LOU (16 kap. 14 § ÄLOU). Möjligheten att låta avtalet bestå ska enligt lagförarbetena tillämpas endast vid *exceptionella omständigheter* och bevisbördan för dessa omständigheter åvilar den upphandlande myndigheten – se även prop. 2009/10:180 del 1 s. 139.

<sup>34</sup> Verket får även i andra fall av otillåten direkttilldelning föra sådan talan, se 21 kap. 1 § punkten 3 LOU (17 kap. 1 § punkten 3 ÄLOU).

<sup>35</sup> Se 21 kap. 2 § jämförd med 1 § LOU (17 kap. 2 § jämförd med 1 § ÄLOU).

<sup>36</sup> Se 21 kap. 4 § LOU. Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska enligt samma kapitel. 5 § särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. Av bestämmelsen framgår att i ringa fall ska någon avgift inte beslutas och at avgiften får efterges vid synnerliga skäl. Ett upprepat beteende från den upphandlande myndigheten kan bedömas som en försvårande omständighet som motiverar ett högre straffvärde - se bland annat Förvaltningsrätten i Stockholms dom av den 10 december 2015 i mål nr. 13345-15.

<sup>37</sup> Se exempelvis Kammarrätten i Stockholms mål nr. 1305-12, 5426-12 och 5452-12, Kammarrätten i Göteborgs mål nr 7009-12 Förvaltningsrätten i Stockholms mål nr 1281-12, 2916-13, 22373-12, 2922-13 och 2987-13, Förvaltningsrätten i Göteborgs mål nr 13115-12, Förvaltningsrätten i Faluns mål nr 2643-12, Förvaltningsrättens i Växjö mål nr 286-12 och Förvaltningsrättens i Luleå mål nr 2166-11.

<sup>38</sup> Se HFD 2015 ref. 69.

skulle komma att avropas. Någon angiven mängd har därmed inte kunnat anges i avropet. Ingen av de avropade insatserna har dock gått utanför avtalets omfattning. SGU anser att upphandlingen inte strider mot LOU och de gemenskapsrättsliga principerna

### **Slutlig bedömning**

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp som uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att blanda samman myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen.

SGU är en upphandlande myndighet som vid sina anskaffningar är skyldig att följa regelverket i ÄLOU.<sup>39</sup> Föremål för kommissionens utredning är det avrop efter förnyad konkurrensutsättning av ett digitalt arkiveringsverktyg som SGU har gjort på ett av Kammarkollegiet tidigare upphandlat ramavtal för .

En upphandling enligt LOU kan avse endast någon av kategorierna: varor, tjänster, eller bygg-entreprenader. Vid blandande kontrakt som exempelvis innehåller både varor och tjänster är det enligt den i lagen tillämpade överviktsprincipen *huvudföremålet* för kontraktet som bestämmer vilken kategori som avtalet hänför sig till. Den av Kammarkollegiet genomföra upphandling som SGU säger sig ha avropat från är utlyst till att avse *varor*.<sup>2</sup> Det har därmed överhuvudtaget inte varit möjligt att avropa annat än vad som huvudsakligen ska betraktas som varukontrakt på detta ramavtal. Om SGU anser att det nu aktuella kontraktet med IT-företaget huvudsakligen ska ses som ett *tjänstekontrakt* kan detta inte utgöra något avrop på Kammarkollegiets ramavtal, utan ska i så fall redan av detta skäl ses som en otillåten direkttilldelning.

Såvitt framgår av utredningen har SGU utformat avropsförfrågan så att kostnaden för programvaror och licenser och övriga andra fasta kostnader har värderats med 75 procent viktning medan löpande konsulttjänster har viktats till 25 procent. Viktningen har skett utifrån en schablon om 200 timmar utan angivande av någon maximal kvantitet konsulttjänster som kan komma ifråga. Detta har fått till följd att IT-företaget, vars anbud i huvudsak bygger på en mycket låg programvarukostnad och omfattande konsulttjänster, sålunda har erhållit ett viktat utvärderingspris på endast 129.850 kronor. Detta utvärderingspris har sedan jämförts med Anbud 2, som istället avser en färdig programvara med ett väsentlig mindre behov av anslutande konsulttjänster, till ett viktat utvärderingspris på 422.132,5 kronor. Till följd av avropsförfrågans aktuella utformning, som ett ”ramavtal i ramavtalet”, utan angivande av någon kvantitativ begränsning av antalet möjliga konsulttimmar har IT-företaget hittills kunnat fakturera SGU drygt 5 miljoner kronor på löpande räkning. Motsvarande kostnad hade enligt Anbud 2 kunnat begränsas till ett väsentligt lägre belopp eftersom att anbudet innefattar en redan färdigutvecklad programvaruprodukt.

Ovan påtalade omständigheter har sin grund i fel och brister i samband med upphandlingen. För det första ska villkoren vid avrop på ramavtal finnas fastställda redan i avropsavtalet på samma sätt som i ett vanligt varu- eller tjänsteavtal. Avrop från ramavtal som inte resulterar i tilldelning av ett kontrakt, utan i ett nytt ”ramavtal i ramavtalet”, innebär vidare ett kringgående som enligt fast kammarrättspraxis strider mot bestämmelserna om upphandling.

Vid upphandling av ramavtal föreligger det, för det andra, en skyldighet för den upphandlande myndigheten att redan i meddelandet om upphandling eller i upphandlingsdokumenten redovisa kvantiteten av de tjänster som kommer att kunna beställas vid senare tilldelning av kontrakt som grundas på ramavtalet. Detta följer av grundläggande bestämmelser om offentlig upphandling och innefattar inte något undantag för situationer där den upphandlande myndigheten anser sig ha svårt att överblicka sitt behov.<sup>25</sup> SGU har således varit skyldig att redan i förväg definiera sitt behov i kvantitativa termer.

Någon sådan kvantitetsangivelse återfinns dock inte i Kammarkollegiets bakomliggande upp-

---

<sup>39</sup> Se förteckningen i bilaga IV till det. s.k. klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG).

handling och inte heller i SGU:s avropsförfrågan eller i det avropsavtal som myndigheten har slutit med IT-företaget. Avtalet har istället medfört fakturering på löpande räkning i en helt annan omfattning än den som lagts till grund för anbudsutvärderingen. IT-företaget har uppskattningsvis hittills fakturerat c:a 6.000 timmar, vilket ska jämföras med att anbudet har värderats som ekonomiskt mest fördelaktigt utifrån en mall om 200 timmar. Avropsavtalet har härigenom kommit att avvika från ramavtalet eftersom det huvudsakligen avser *tjänster* i stället för ett sådant avrop avseende *varor* i form av programvara med anknytande tjänster som ramavtalet upphandlats för.

Avsaknaden av uppgift om vilken maximal kvantitet tjänster som kan avropas har gjort att IT-företaget kunnat fakturera en obegränsad mängd tjänster. Underlåtelse i nu aktuellt avseende torde enligt praxis medföra att avtalet överhuvudtaget inte har någon verkan. Förekommande avrop och beställningar från IT-företaget kan, även av detta skäl, ses som otillåtna direkttilldelningar.

Sammantaget kan konstateras att SGU har brutit vid upphandlingen av ett digitalt arkiveringsverktyg och avropat varor och tjänster med ett väsentligt dyrare resultat än som följer av avtalet. Detta har medfört att konkurrensen på den aktuella marknaden för digitala programvaror och tjänster har kommit att snedvridas. Såvitt framgår av det yttrande som SGU har lämnat till Konkurrenskommissionen verkar myndigheten illa underrättad om vad som gäller i fråga om avrop på ramavtal. Det finns därför anledning att rikta kritik mot SGU som uppenbarligen behöver se över sina upphandlingsrutiner. Om Konkurrensverket väljer att ingripa mot förfarandet riskerar myndigheten även att få betala upphandlingsskadeavgift motsvarande upp till sju procent av kontraktsvärdet.<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> Med kontraktsvärdet avses varje avtal, d.v.s. varje beställning eller fakturering som lagts till grund för prövning av upphandlingsskadeavgift.