
RAMAVTAL OCH INKÖPS-CENTRALER – VEM ÄR DET EGENTLIGEN SOM AVROPAR?

Erik Olsson*

1. INLEDNING

En tydlig trend de senaste åren är att upphandlande myndigheter och enheter går mot mer och mer samordnad upphandling. Upphandlande myndigheter och enheter slår sig samman för att effektivisera sin inköpsprocess, samordna sina resurser och minska arbetsbördan för vardera myndighets inköpsavdelning. Detta är också en nödvändighet för att leva upp till de krav som ställs på dem. Mer och mer sofistikerade produkter och tjänster kräver större och större kunskap och riktigt bra upphandling i en modern värld kräver expertkunskap i allt från IT-lösningar till pensionsförsäkringar och medicinteknik. Kunskap som dessutom ständigt måste uppdateras. Till detta ska läggas att upphandlingsprocessen som sådan kan vara resurskrävande. Även om en upphandlande myndighet har tillräcklig kunskap för att få fram en riktigt bra teknisk specifikation kan det fortfarande vara en utmaning att utforma utvärderingsmodellen på ett sätt som verkligen premierar det som ska premieras och att utforma ett avtal som både skapar rätt incitament för önskat beteende och sanktionerar oönskat beteende hos leverantörerna. Därutöver finns ett ökat krav på att ta miljö- och sociala hänsyn och en politisk dimension med diskussioner om vinster i välfärden, räntesnurror och skatteparadis. Sedan utbrister någon att inköpare borde öppna upp för mer innovation och arbeta mer med funktionsupphandlingar samtidigt som de borde vara tydligare med vad som faktiskt efterfrågas. De som säger sådana saker, ofta på ett sätt som får det att låta enkelt, har visserligen rätt, men det är sällan samma människor som faktiskt ska genomföra upphandlingarna.

* Erik Olsson, Jur. kand., Advokatfirman Delphi, Stockholm.

Den andra sidan av ekvationen är myndigheternas resurser. De flesta kommuner och landsting har inköpsavdelningar som är allvarligt underdimensionerade i förhållande till sina arbetsuppgifter och ansvarsområden. Några enstaka personer, eller inte sällan en ensam person, verkställer upphandlingar för hundratals och åter hundratals miljoner.

Det enda sättet att få denna omöjliga ekvation att gå ihop är samarbete mellan myndigheter. Alla kommuner har inte råd att hålla sig med spjutspetskompetens inom alla områden men varje kommun i ett större samarbete kan ha sådan kompetens på något område. Om var och en gör det som de är bäst på även åt övriga kan alla kommuner få den bästa kompetensen på alla områden. Så är i alla fall tanken och denna typ av samarbeten pågår också i stor utsträckning runt om i Sverige. Det är dock inte denna typ av inköpssamordning som denna krönika ska behandla. Vi ska här istället behandla centraliserade inköpsfunktioner, såsom Kammarkollegiet på den statliga sidan och SKL kommentus inköpscentral ("SKI") på den kommunala.

2. CENTRALISERAD INKÖPSSAMORDNING

Det som jag här kallar centraliserad inköpssamordning är som nämnts ovan framförallt två verksamheter, dels den statliga inköpssamordningen vilken sköts genom Kammarkollegiet och dels den kommunala samordningen vilken SKI har tagit på sig att sköta. Det ska understrykas att det på den kommunala sidan finns en rad andra samordnande organ såsom Upphandlingsbolaget, Inköp Gävleborg, Varuförsörjningen, etc. SKL:s inköpscentral är emellertid det enda organet med en ambition att samordna inköp på en nationell snarare än en regional nivå.

Kammarkollegiets och SKI:s inköpssamordning skiljer sig också från andra inköpsorgan i det att de inte handlar för eget bruk, SKI ska inte använda de avtal som de upphandlar utan upphandlar enbart för andras räkning.

Kammarkollegiet och SKI är så kallade inköpscentraler. Av 2 kap. 9 a § LOU respektive LUF framgår att en inköpscentral är en upphandlande myndighet som 1) ingår ramavtal som är avsedda för andra upphandlande myndigheter eller som 2) medverkar vid en offentlig upphandling i egenskap av ombud åt flera upphandlande myndigheter. När en upphandlande myndighet eller enhet anlitar en inköpscentral för att genomföra en upphandling är detta undantaget upphandlingsskyldighet. Med andra ord är själva tjänsten att upphandla som inköpscentralen utför inte upphandlingspliktig för den uppdragsgivande myndigheten eller enheten. Reglerna om inköpscentraler möjliggör således samordnade inköp mellan flera upphandlande myndigheter eller enheter.

I LOU och LUF skiljer man mellan två olika typer av inköpssamordning genom inköpscentral. Den ena situationen är då inköpscentralen ingår ramavtal

i eget namn för andra myndigheter och enheter. Den andra avser fallet då inköpscentralen medverkar vid en offentlig upphandling i egenskap av ombud. Kammarkollegiet upphandlar i princip uteslutande i eget namn och SKI rör sig också mot fler och fler upphandlingar i eget namn. Oavsett om inköpscentralen ingår ramavtal i eget namn eller i egenskap av ombud måste identiteten på de myndigheter och enheter som anlitat inköpscentralen, och således kan komma att avropa från ramavtalet, framgå av förfrågningsunderlaget.¹ Av 5 kap. 2 § första stycket LOU och artikel 32.2 andra stycket direktiv 2004/18/EG följer att avrop i ett ramavtal endast får ske mellan de upphandlande myndigheter och leverantörer som från början är parter i ramavtalet.

Kammarkollegiet bedriver sin verksamhet med stöd av förordningen (1998:796) om statlig inköpssamordning. Enligt 2 § denna förordning ska det för varor och tjänster som myndigheterna upphandlar ofta, i stor omfattning eller som uppgår till stora värden finnas ramavtal eller andra gemensamma avtal som effektiviserar upphandlingarna. Enligt 3 § ska statliga myndigheter använda dessa ramavtal om myndigheten inte finner att en annan form av avtal sammantaget är bättre.

För kommuner och landsting finns inte motsvarande lagstöd för att verka för samordnad upphandling även om samordning, enligt vad som angavs inledningsvis, ofta är både eftersträvarvärt och till och med nödvändigt även vad avser kommuner och landsting. SKI bildades den 1 januari 2011 med en ambition att samordna upphandlingar för kommuner, landsting och regioner och bolaget blev snabbt en av Sveriges största inköpscentraler. Tyngdpunkten i SKI:s verksamhet är att samordna stora, ofta rikstäckande, ramavtalsupphandlingar på en rad olika områden från kontorsmaterial till resebyråttjänster. Som avropande myndigheter anges samtliga kommuner, landsting och regioner, kommunalförbund och landstingsförbund samt kommunala och landstingsägda företag. Listan på potentiella avropande myndigheter och enheter till SKI:s ramavtal av naturliga skäl lång, i många fall över tusen olika myndigheter.

Både SKI och Kammarkollegiet tar betalt för sina tjänster genom ett påslag på avtalsomsättningen, normalt 1–2 %. Detta anges redan i förfrågningsunderlaget och tas således med i det anbudspris som respektive leverantör offererar. Under avtalstiden fakturerar emellertid Kammarkollegiet och SKI denna avgift direkt från respektive leverantör.

¹ Se European Commission explanatory note – framework agreements – classic directive, s. 5.

3. FRÅGAN OM TRANSPARENSPRINCIPENS TILLÄMPNING PÅ SKI:S RAMAVTAL

3.1 Förvaltningsrättens första prövning av SKI:s ramavtal

Redan under 2012 började vissa leverantörer rikta kritik mot SKI:s ramavtal. Invändningen bestod i att det var svårt att beräkna anbudspriser i SKI:s upphandlingar. Även om SKI:s ramavtal potentiellt omfattade ett mycket stort antal myndigheter fanns inga garantier för att alla dessa myndigheter också skulle använda ramavtalet. Skillnaden mellan det potentiella antalet avropande myndigheter och det verkliga antalet avropade myndigheter riskerade bli så stort att förutsättningarna för anbudsgivning blev omöjliga att förutse.

Frågan blev föremål för överprövning första gången i ett avgörande från Förvaltningsrätten i Stockholm den 10 oktober 2012, mål nr 1857-12.

Förutsättningarna i målet var i korthet följande. SKI hade genomfört en upphandling av skrivare och kopiatorer. I upphandlingen hade SKI delat upp de avropande myndigheterna i två grupper, dels myndigheter som anmält intresse av att få delta i upphandlingen och dels myndigheter som inte anmält intresse från start men som angavs ha möjlighet att under avtalets gång avropa från ramavtalet.

En leverantör av skrivare och kopiatorer, Toshiba, ansökte om överprövning och anförde i huvudsak att det förhållandet att ytterligare myndigheter kunde komma att ansluta till ramavtalet i efterhand stred mot transparensprincipen och gjorde att det blev omöjligt att förutse ramavtalets omfattning.

SKI å sin sida bestred bifall till Toshibas ansökan och redogjorde därvid för sin arbetsmetod i samband med genomförande av ramavtalsupphandlingar. Såsom de beskrevs i SKI:s inlagor till rätten genomför SKI sina upphandlingar utifrån en upphandlingsplan. Inför upprättandet av upphandlingsplanen gör SKI en opinionsundersökning bland de upphandlande myndigheterna och enheterna för att få vägledning om vilka ramavtalsområden som är av intresse och inom vilka SKI bör genomföra upphandlingar under de kommande två åren. SKI:s ledningsgrupp fastställer sedan en förteckning över vilka ramavtalsområden som ska ingå i en intresseförfrågan som skickas ut till de olika upphandlingsansvariga på myndigheterna och enheterna. Dessa ombeds att ange aktuella volymer i kronor och när avrop beräknas kunna påbörjas. Svaren på intresseförfrågan är emellertid inte bindande och innebär inte en skyldighet att tillämpa ramavtalet i framtiden. När ett upphandlingsförfarande inleds tillhandahålls en lista över den totala kretsen potentiella avropare som en bilaga till förfrågningsunderlaget. Inställningen i intresseförfrågan som gjordes inför fastställande av upphandlingsplanen har emellertid ingen betydelse för huruvida en myndighet eller enhet tas med på den bilagda listan i en enskild upphandling

utan även myndigheter eller enheter som tackat nej till deltagande tas med på listan.

SKI kan på detta sätt få fram två kretsar av avropande myndigheter, dels de som aktivt anmält intresse av en upphandling och som därför också angett tänkt avropsvolym och dels övriga myndigheter som inte anmält intresse men som ändå ges en möjlighet att avropa i ett senare skede. Den uppskattade avropsvolymen bygger på de volymmuppgifter som angetts av den förstnämnda kretsen.

För att få vägledning kring frågan om det var möjligt att ange avropande myndigheter på detta sätt inhämtade förvaltningsrätten Konkurrensverkets yttrande i målet. Konkurrensverket angav i huvudsak följande. Eftersom det saknas författningsstyrd möjlighet för SKI att ålägga myndigheter och enheter en skyldighet att använda ramavtalen kan SKI:s ramavtal endast bygga på att upphandlande myndigheter och enheter frivilligt deltar i ramavtalen. SKI kan med andra ord inte binda andra upphandlande myndigheter och enheter till ett ramavtal än de som själva uttryckligen har förpliktat sig att använda ramavtalet. De myndigheter som inte anmält intresse i förväg att delta i ramavtalet därför inte heller anses utgöra parter i ramavtalet. Det sätt på vilket avropande myndigheter och enheter har angetts i SKI:s upphandling, där även myndigheter som inte aktivt tackat ja till deltagande tas med, skapar enligt Konkurrensverkets mening en osäkerhet för leverantörer om vilka som kommer att använda ramavtalet, och därmed de ekonomiska förutsättningarna för ramavtalet. Denna osäkerhet är inte en följd av inneboende egenskaper hos ramavtal generellt utan av SKI:s utformning av upphandlingen. Konkurrensverket ansåg mot denna bakgrund att bestämmelsen i 5 kap 2 § första stycket LOU och artikel 32.2 andra stycket direktiv 2004/18/EG medför att det inte är tillåtet att ange en lista över myndigheter och enheter som kan komma att avropa från ramavtalet när dessa inte aktivt i förväg har förpliktat sig att använda ramavtalet eller på andra förutsebara grunder kan förutsättas komma att använda ramavtalet.

Förvaltningsrätten, som biföll Toshiba's ansökan om överprövning, anförde i huvudsak följande. Bestämmelsen om förbud mot anslutning till ramavtal i efterhand i 5 kap. 2 § LOU innebär att samtliga upphandlande myndigheter måste anges och gå att identifiera såsom avropsberättigade i upphandlingsunderlaget. I ljuset av transparensprincipen måste bestämmelsen innebära ett upphandlingsrättsligt krav på att de myndigheter som avser att avropa från ramavtalet, för att vara avropsberättigade, ska ha bekräftat detta intresse när upphandlingen annonseras. Att så inte har skett beträffande vissa de myndigheter och enheter som i förfrågningsunderlaget anges som potentiella avropande myndigheter strider mot 5 kap. 2 § LOU. Förvaltningsrätten ansåg dessutom att den information som hade lämnats av SKI i det aktuella förfrågningsunderlaget om vilka som ska anses vara avropsberättigade i ramavtalet var så otydlig att detta i sig stridit mot transparensprincipen och 1 kap. 9 § LOU. Förvaltningsrätten

biföll därför Toshiba's talan och förordnande att upphandlingen skulle göras om.

3.2 Förvaltningsrättens andra prövning av SKI:s ramavtal

Efter förvaltningsrättens dom var det många, inklusive undertecknad, som nog förväntade sig att SKI skulle överklaga förvaltningsrättens avgörande till Kamrarrätten. Detta särskilt som SKI hade yrkat om EU-domstolens förhandsavgörande i målet och således uppenbarligen ansåg att målet innehöll en principiellt intressant rättsfråga. Så skede emellertid inte utan SKI bestämde sig istället för att göra om sin modell för myndigheters anmälan till SKI:s ramavtal. I ett pressmeddelande efter förvaltningsrättens avgörande angav SKI följande.

”På den punkt Förvaltningsdomstolen underkänner upphandlingen noterar vi med tillfredställelse att Förvaltningsrätten säger att det räcker med att man har 'bekräftat sitt intresse av att avropa från det kommande avtalet'.

Det ska noteras att sedan i somras har extra intresseförklaringar separat tagits in från alla kommuner, landsting, regioner och deras bolag. I stort sett alla har också bekräftat sitt intresse. Vid tidpunkten för den överprövade upphandlingen fanns inte detta, varför Förvaltningsrätten finner kretsen oklar och att upphandlingen ska göras om. SKI håller även för tillfället på att formulera ett långsiktigt arbetssätt som förtydligar detta ytterligare och ser därför inte Förvaltningsdomstolens yttrande som något stort problem för framtiden.”

SKI valde således, snarare än att överklaga domen, att rätta sig efter denna och ändrade sitt sätt att ta in intresseanmälningar från potentiella avropande myndigheter och enheter. SKI:s nya sätt att arbeta, vilket ibland har kallats förstärkta intresseanmälningar, fungerar i korthet som följer.

SKI skickar ut ett formulär för intresseanmälan till ett stort antal upphandlande myndigheter och enheter. Respektive upphandlande myndighet eller enhet blir bara avropsberättigad om denne har bekräftat sitt intresse av att delta i samordnad upphandlingen genom denna intresseanmälan. En upphandlande myndighet och enhet som inte på förhand och på detta sätt anmält intresse är inte heller avropsberättigad. De upphandlande myndigheter och enheter som skickat in en intresseanmälan listas i en bilaga som biläggs förfrågningsunderlaget och utgör således en sluten krets av avropsberättigade. Vidare framgår det av villkoren för intresseanmälan att en upphandlande myndighet eller enhet som anmält sitt intresse förbinder sig att inte samtidigt tillämpa ramavtal inom samma avtalsområde som upphandlats av egen eller extern organisation. På detta sätt förhindras myndigheterna från att tillämpa egna ramavtal parallellt med SKI:s. Det finns emellertid inget tvång för myndigheter och enheter att tillämpa SKI:s ramavtal utan de kan om de så önskar istället välja att tillämpa sina egna ramavtal och genomföra egna upphandlingar. Vad som är otillåtet är

endast att samtidigt tillämpa både SKI:s ramavtal och egna ramavtal avseende samma område. Med denna modell skapas, enligt SKI:s mening, en tydlig och avgränsad krets av avropande myndigheter vilket medför att ramavtalen borde vara förenliga med transparensprincipen.

Det skulle emellertid inte dröja länge innan även SKI:s nya modell för intresseanmälningar och avrop blev föremål för förvaltningsrättens prövning. I ett avgörande av den 25 februari 2013, mål nr 20094-12, tog Förvaltningsrätten i Stockholm ställning till en ansökan om överprövning avseende SKI:s upphandling av produkter för användning i hygiensyfte, hygien, papper och pappersmaterial vilken genomförts med de nya förstärkta intresseanmälningarna. I upphandlingen hade 429 myndigheter inkommit med förstärkta intresseanmälningar och således angivits som potentiella avropande myndigheter. I förfrågningsunderlaget hade SKI angett att det potentiella värdet på ramavtalet var 643,5 MKR per år. SKI hade dock samtidigt räknat ut ett uppskattat värde på 37,5 mkr per år baserat på antagandet att endast ca 25 av myndigheterna faktiskt kommer att använda ramavtalet samtidigt.

OneMed Sverige AB, som var den leverantör som ansökte om överprövning, anförde i huvudsak att de upphandlande myndigheter och enheter som anges som tänkbara avropare *har en rätt men inte en skyldighet att avropa*. Denna konstruktion, sammantaget med skillnaden mellan avtalets potentiella storlek och uppskattade storlek skapar, trots den förstärkta intresseanmälan, en osäkerhet för leverantörerna om avtalets storlek vilken står i strid med transparensprincipen. OneMed yrkade således att upphandlingen skulle göras om. SKI å sin sida bestred bifall till OneMeds yrkande och redogjorde därvid för sin modell med förstärkta intresseanmälningar. Enligt SKI:s mening var denna tillräcklig för att skapa en förutsebarhet vad avser frågan om vilka myndigheter och enheter som kan komma att avropa. Eventuell kvarvarande osäkerhet måste ses som en konsekvens av att det så gott som alltid saknas volymgarantier i ramavtal och denna osäkerhet är således en naturlig följd av ramavtalet som sådant, snarare än av SKI:s modell.

Förvaltningsrätten inledde sin bedömning med att konstatera att upphandlingen inte gav någon garanti för att erhålla en viss volym. Förvaltningsrätten angav sedan att det presumerade antalet 25 av de totala 429 upphandlande myndigheter och upphandlande enheter som ramavtalet ska omfatta uppgår till endast ca 5,8 procent av det totala antalet och att SKI inte hade gett någon närmare förklaring till hur antagandet om samtidiga avropare hade gjorts. Den stora skillnaden mellan antagen volym och potentiell volym medförde enligt förvaltningsrättens mening att det rädde en betydande osäkerhet kring storleken på ramavtalet vilken inte kunde anses vara av sådant slag som typiskt sett följer av ramavtalskonstruktionen. Förfrågningsunderlaget ansågs därför innehålla en sådan betydande otydlighet att det stridit mot principen om transpa-

rens enligt 1 kap. 9 § LOU. Då OneMed kunde anses lida skada härav biföll förvaltningsrätten OneMeds yrkande att upphandlingen skulle göras om.

4. ANALYS OCH AVSLUTANDE KOMMENTARER

Förvaltningsrättens avgörande kan potentiellt innebära att SKI:s modell för ramavtal såsom den hittills sett ut, inte kan tillämpas.

Det finns en rad argument som kan anföras mot en sådan ordning och som också anförts av SKI både i dess inlagor till förvaltningsrätten och i andra sammanhang. Ett underkännande av SKI:s modell kan implicit anses innebära ett underkännande även av den statliga inköpssamordningen i Kammarkollegiets regi. Båda modellerna bygger på att det finns ett mycket stort antal myndigheter och enheter, i SKI:s fall alla myndigheter och enheter som fyllt i en intresseanmälan, i Kammarkollegiets fall alla statliga myndigheter, som kan komma att avropa från ramavtalet. Om SKI:s modell underkänns borde då inte också Kammarkollegiets modell underkännas?

I detta avseende kan märkas att en avgörande skillnad är att de myndigheter som kan använda Kammarkollegiets ramavtal faktiskt, på grundval av förordningen om statlig inköpssamordning, är förbundna att använda Kammarkollegiets ramavtal i första hand. I 4 § av förordningen om statlig inköpssamordning anges att de myndigheter som inte avser använda de ramavtal som Kammarkollegiet har upphandlat ska motivera detta beslut för Kammarkollegiet. SKI:s intresseanmälan innehåller inte motsvarande förpliktigande vilket naturligtvis medför att det blir mindre säkerhet kring om de myndigheter som anmält intresse faktiskt kommer att avropa från SKI:s ramavtal eller inte. Om SKI:s intresseanmälan hade medfört en förpliktelse för upphandlande myndigheter och enheter att i första hand använda sig av SKI:s ramavtal och en förpliktelse att motivera eventuella avsteg från detta hade SKI:s ramavtal blivit mer bindande till sin natur vilket hade kunnat medföra ett större mått av förutsebarhet för leverantörerna. Det får förmodas att en sådan förpliktelse också hade fått till följd att vissa upphandlande myndigheter och enheter, särskilt sådana som redan har fungerande nätverk för regional inköpssamverkan, hade valt att ställa sig utanför SKI:s ramavtal. En tydligare förpliktelse att använda SKI:s ramavtal hade således kunnat få en dubbel verkan för transparensen på så sätt att ramavtalen hade kommit att omfatta färre potentiella avropande myndigheter samtidigt som de myndigheter som anmält sig verkligen hade haft för avsikt att också använda ramavtalet. Det är min mening att en sådan förändring hade inneburit ett viktigt steg i riktning mot att göra SKI:s ramavtal förenliga med transparensprincipen.

Det kan även konstateras att förvaltningsrätten, såvitt jag förstår, inte fått tillfälle att pröva om Kammarkollegiets ramavtalsmodell är förenlig med trans-

parensprincipen i här behandlat avseende. Det kan således inte helt uteslutas att det finns en transparensproblematik även med Kammarkollegiets ramavtal.

Det är viktigt att understyrka att förvaltningsrättens resonemang med största sannolikhet inte kommer att träffa sedvanlig interkommunal samverkan så som den som beskrevs inledningsvis. I sådan upphandling är det nämligen så gott som alltid väldigt tydligt precis vilka kommuner och landsting som ingår i samverkan och att dessa också har för avsikt att nyttja det upphandlande ramavtalet för sitt löpande behov av den upphandlande varan eller tjänsten. Även om omsättningen på sådana ramavtal kan komma att fluktuera kraftigt och således inte garanteras beror detta vanligen inte på ramavtalets struktur eller upplägget i upphandlingen utan istället på att myndigheternas faktiska behov av den relevanta tjänsten eller varan också fluktuerar. Detta medför också att anbudsgivarna med rimlig säkerhet kan uppskatta värdet av ramavtalet och utforma sina anbud därefter. Transparensen är således säkerställd så långt som möjligt och kvarstående osäkerhet beror på faktisk osäkerhet kring myndigheternas behov snarare än det valda upphandlingsförfarandet.

Som framgår ovan finns det naturligtvis inget hinder mot att SKI genomför upphandlingar med motsvarande mått av transparens. Det kräver emellertid tydligare och mer exklusiva åtaganden från de avropande myndigheterna och enheterna än vad som hittills varit fallet, åtminstone om man ska tro förvaltningsrätten och Konkurrensverket. Enligt uppgift från förvaltningsrätten har SKI inte inkommit med något överklagande av förvaltningsrättens avgörande. Det verkar således som SKI kommer att försöka ytterligare en gång att på egen hand förändra sin verksamhet för att möta transparensprincipens krav.