

Konkurrensverkets ställningstagade om maximal omfattning av ramavtal och öppenhetsprincipen

Sammanfattning

1. Av EU-domstolens rättspraxis följer att en upphandlande myndighet är skyldig att ange den största kvantitet och/eller det högsta värde som kan komma att avropas från ett ramavtal. Det är den upphandlande myndigheten som ingår ramavtalet som ska uppskatta ramavtalets maximala omfattning. Konkurrensverket bedömer att kravet på att vid annonseringen ange största kvantitet och/eller högsta värde, innebär att den upphandlande myndigheten är skyldig att göra en rimlig uppskattning av den maximala kvantiteten eller värdet. En sådan bedömning ska vara välgrundad och objektiv. Det är inte tillåtet att ange en maximal omfattning som med oproportionerlig marginal överstiger det egentliga behovet som kan förutses.
2. Kravet på att ange en maximal omfattning gäller för alla typer av ramavtal och bör enligt Konkurrensverket gälla alla upphandlande myndigheter som genomför en upphandling dvs. även när inköpscentraler upphandlar ramavtal.
3. När ramavtalets maximala omfattning är uppnådd slutar ramavtalet ha en upphandlingsrättslig verkan. Ett avrop utöver den maximala omfattning som anges i ramavtalet kan utgöra en otillåten direktupphandling, givet att det inte är fråga om en sådan tillåten ändring av ramavtal som uppfyller förutsättningarna i 17 kap. LOU.



Bakgrund

4. EU-domstolen har i två uppmärksammade avgöranden berört frågan om vilken information som ska finnas med vid annonseringen av ramavtal.¹ Konkurrensverket har i ett tidigare ställningstagande, redogjort för hur verket vid den tidpunkten ansåg att domen i mål C-216/17 *Coopservice* bör tolkas och tillämpas i praktiken.² I och med EU-domstolens avgörande i mål C-23/20 *Simonsen & Weel* och rättspraxis från Högsta Förvaltningsdomstolen har rättsläget nu klargjorts ytterligare.³ Även efter EU-domstolens och Högsta förvaltningsdomstolens avgöranden kan det dock kvarstå viss osäkerhet om vilken information som ska finnas med i upphandlingsdokumenten vid ramavtalsupphandlingar avseende ramavtalets maximala omfattning och vilken betydelse sådana uppgifter har för möjligheterna att göra avrop från ett ramavtal och för Konkurrensverkets tillsyn. Det finns därför anledning för Konkurrensverket att ersätta det tidigare ställningstagandet med ett nytt.

Frågeställningar

5. Vad innefattas i kravet att upphandlande myndighet vid ramavtalsupphandlingar ska ange den största kvantitet och/eller det högsta värde som kan komma att avropas från ramavtalet?
6. Gäller skyldigheten att ange ramavtalets maximala omfattning även när inköpscentraler upphandlar ramavtal?
7. Kan det anses vara en otillåten direktupphandling om den maximala omfattningen som anges i upphandlingsdokumenten överskrids?

Avgränsningar

8. I detta ställningstagande tolkas LOU och det bakomliggande LOU-direktivet. Det finns mycket som talar för att rättspraxis avseende LOU är vägledande även vid tillämpningen av de övriga upphandlingslagarna. Frågan om hur aktuell rättspraxis ska tolkas i förhållande till de övriga direktiv som finns på upphandlingsområdet behandlas dock inte inom ramen för detta ställningstagande.
9. Ställningstagandet gäller direktivstyrda upphandlingar. Frågan om skyldigheten att ange en maximal omfattning vid upphandlingar av ramavtal gäller även för upphandlingar under tröskelvärdena är inte klarlagd i praxis. Eftersom EU-domstolen har de allmänna upphandlingsrättsliga principerna om öppenhet och likabehandling som utgångspunkt för sin tolkning tyder mycket på att även

¹ Se EU-domstolens domar i mål C-216/17 *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - Antitrust och Coopservice*, EU:C:2018:1034 (*Coopservice*) och mål C-23/20 *Simonsen & Weel A/S mot Region Nordjylland och Region Syddanmark*, EU:C:2021:490 (*Simonsen & Weel*).

² *Ramavtalsupphandlingar och öppenhetsprincipen – EU-domstolens avgörande i mål C-216/17 Coopservice*, Konkurrensverkets ställningstagande 2019:1.

³ Se HFD 2022 ref. 4 I och II.

upphandlingar under tröskelvärdena omfattas av skyldigheten. Rättsläget är dock oklart och frågan behandlas inte i detta ställningstagande.

Rättslig reglering m.m.

Upphandlingsreglerna

10. Syftet med offentlig upphandling är att säkerställa att offentliga medel utnyttjas på ett så effektivt sätt som möjligt och att undanröja risken för att nationella anbudsgivare eller nationella anbudssökande ges företräde när upphandlande myndigheter tilldelar kontrakt. Genom att dra nytta av konkurrensen på den för upphandlingen aktuella marknaden säkerställer de upphandlande myndigheterna att offentliga medel används på ett effektivt sätt.
11. Upphandlande myndigheter ska vid utformandet av upphandlingsdokumenten beakta principerna för offentlig upphandling genom att säkerställa att samtliga potentiella ekonomiska aktörer behandlas bland annat på ett öppet, likvärdigt och icke-diskriminerande sätt. Villkoren för tilldelningsförfarandet ska av den anledningen formuleras på ett klart, precist och entydigt sätt, så att normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna förstå och tolka innebörden av dem på samma sätt.
12. Korrekt utformade upphandlingsdokument ger upphandlande myndigheter möjlighet att kontrollera att anbudet uppfyller upphandlingskriterierna, samtidigt som de ekonomiska aktörerna får en möjlighet att i konkurrens och på lika villkor lämna anbud i upphandlingen.

Bestämmelserna om ramavtal

13. Ramavtal är en avtalsform som används i stor utsträckning,⁴ och som betraktas som en effektiv upphandlingsform.⁵ Ramavtal lämpar sig typiskt sett för situationer där en upphandlande myndighet med rimlig grad av säkerhet kan förutse framtida återkommande anskaffningsbehov och vill planera för det förutsedda behovet.⁶
14. Definitionen av ramavtal återfinns i 1 kap. 20 § LOU. Ramavtal definieras där som ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren i kontrakt som senare ska tilldelas under en given tidsperiod.

⁴ Närmare 37 procent av de upphandlingar som annonserades 2019 avsåg ramavtal. Se *Statistik om offentlig upphandling 2020*, Konkurrensverkets rapport 2020:5.

⁵ Se skäl 60 i 2014 års direktiv, jfr även skäl 15 i 2004 års direktiv om effektiva upphandlingsmetoder och instrument.

⁶ Prop. 2015/16:195 Del 1 s. 515.

15. Ramavtal regleras vidare i 7 kap. LOU där lagstiftaren gör skillnad på olika typer av ramavtal:
1. ramavtal med en leverantör med samtliga villkor fastställda, se 7 kap. 4 § LOU,
 2. ramavtal med flera leverantörer med samtliga villkor fastställda, se 7 kap. 5 § 1 LOU, och
 3. ramavtal med flera leverantörer utan samtliga villkor fastställda, se 7 kap. 5 § 2 LOU.⁷
16. 1 kap. 20 § LOU genomför artikel 33.1 i 2014 års direktiv i svensk rätt. Av artikeln framgår att ett ramavtal avser ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera ekonomiska aktörer i syfte att fastställa villkoren för tilldelningen av kontrakt under en given tidsperiod, särskilt i fråga om tänkt pris, och i tillämpliga fall, uppskattade kvantiteter.⁸
17. Att skilja mellan offentliga kontrakt och ramavtal är inte alltid enkelt att göra.⁹ Prövningen får göras utifrån omständigheterna i det enskilda fallet. När en upphandlande myndighet väl använder ett ramavtal och tilldelar kontrakt är den skyldig att hålla sig inom de ramar som ges av villkoren i ramavtalet. Detta gäller såväl ramavtal med samtliga villkor fastställda som ramavtal som inte har det.¹⁰ Huruvida ett villkor är fastställt eller inte bestäms av nationell rätt.¹¹
18. Enligt skäl 61 i 2014 års direktiv bör ett ramavtal inte användas på otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids. På motsvarande sätt stadgas i 4 kap. 2 § LOU att en upphandling inte får utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.¹²
19. Värdet av ett ramavtal ska uppskattas till det högsta sammanlagda värdet av samtliga kontrakt som planeras inom ramen för ramavtalet eller det dynamiska inköpssystemet under löptiden. När värdet bestäms ska options- och förlängningsklausuler som anges i något av upphandlingsdokumenten inkluderas som om de hade utnyttjats. Detta följer av 5 kap. 3 och 14 §§ LOU.

⁷ A. prop. s. 517 ff.

⁸ Jfr även artikel 1.5 och skäl 11 i 2004 års direktiv.

⁹ A. prop. s. 515. För skillnaden mellan offentliga kontrakt och ramavtal, samt vad som inte utgör ett offentligt kontrakt, se mål C-410/14 *Dr. Falk Pharma GmbH mot DAK-Gesundheit*, EU:C:2016:399, punkt 41–42 och mål C-9/17 *Maria Tirkkonen*, EU:C:2018:142 punkt 41.

¹⁰ A. prop. s. 514.

¹¹ Se EU-kommissionens tolkningsmeddelande avseende ramavtal, Explanatory note – Framework agreements – Classic Directive Document, Ref. Ares(2016)810203 – 16/02/2016, s. 3.

¹² Se även artikel 18.1 andra stycket i 2014 års direktiv.

20. Upphandlade ramavtal får i princip inte ändras utan att det genomförs en ny upphandling. Enligt 17 kap. 8 § LOU får dock ett ramavtal ändras utan en ny upphandling om ändringen görs med stöd av någon av bestämmelserna i 17 kap. 9–14 §§ LOU. Bland annat får ett ramavtal enligt 7 kap. 14 § LOU ändras utan en ny upphandling om ändringen inte är väsentlig.

Rättspraxis

21. Av EU-domstolens rättspraxis följer att en upphandlande myndighet som upphandlar ett ramavtal är skyldig att ange den största kvantitet och/eller det högsta värde som kan komma att avropas från ramavtalet.¹³ Skyldigheten inkluderar även att, så långt det är möjligt, göra en rimlig uppskattning av värdet eller storleksordningen och frekvensen på de efterföljande kontrakt som ska tilldelas med ramavtalet som grund.¹⁴ Det är inte tillräckligt att lämna uppgifter om historiska kvantiteter och kostnader. Den maximala omfattningen ska uppskattas och anges samlat för hela ramavtalet, men det finns ingenting som hindrar den upphandlande myndigheten från att lämna kompletterande information om behovet hos de myndigheter som deltar på option.¹⁵
22. Genom EU-domstolens avgöranden är det klargjort att uttrycket ”i tillämpliga fall” i artikel 1.5 i 2004 års direktiv och artikel 33.1 i 2014 års direktiv innebär att angivelsen av kvantiteten av de varor eller tjänster som ramavtalet avser inte är frivillig. Enligt Högsta förvaltningsdomstolen strider det mot principerna om öppenhet och likabehandling i 4 kap. 1 § LOU att inte ange det högsta värdet eller den största kvantiteten som ramavtalet omfattar.¹⁶
23. Skyldigheten att ange ett tak, dvs. största kvantitet och/eller högsta värde, har sin grund i förbudet att använda ramavtal på ett otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids.¹⁷ När taket är uppnått slutar ramavtalet ha verkan.¹⁸
24. Enligt EU-domstolens uttalanden i *Simonsen & Weel* ska det vid bedömningen av om taket är uppnått beaktas om det är fråga om en ändring av ramavtalet som inte är väsentlig (jfr 17 kap. 8–14 §§ LOU).¹⁹
25. Uppgifterna om ramavtalets uppskattade kvantitet eller värde och ramavtalets maximala kvantitet eller värde anges antingen i annonsen eller i upphandlingsdokumenten. Att uppgifterna kan anges i upphandlingsdokumenten gäller dock bara under förutsättning att dessa, enligt huvudregeln, är direkt, kostnadsfritt och

¹³ Se EU-domstolens avgöranden i *Coopservice* och *Simonsen & Weel*.

¹⁴ Se *Coopservice* punkt 60 och *Simonsen & Weel* punkt 51–60. Jfr även punkt 10 del C i bilaga V till direktiv 2014/24.

¹⁵ Se *Simonsen & Weel* punkt 77–80.

¹⁶ Se HFD 2022 ref. 4 I, punkt 20.

¹⁷ Se *Coopservice* punkt 69 och *Simonsen & Weel* punkt 67.

¹⁸ Se *Coopservice* punkt 61 och *Simonsen & Weel* punkt 68.

¹⁹ Se *Simonsen & Weel* punkt 68–70.

fullständigt tillgängliga från och med den dag då annonsen publiceras.²⁰ I annat fall ska uppgifterna framgå av annonsen.

26. EU-domstolens uttalanden gjordes i mål som handlande om upphandling av ramavtal med en leverantör. Högsta förvaltningsdomstolen har dock slagit fast att de ovan beskrivna skyldigheterna gäller oavsett om det är fråga om ett ramavtal med en eller flera leverantörer.²¹

Konkurrensverkets bedömning

Skyldigheten att ange ett tak

27. Med den största kvantiteten eller det högsta värdet som kan komma att avropas avses enligt Konkurrensverkets bedömning den maximala kvantitet eller värde som kan förutses. Skyldigheten måste ses i ljuset av att det är en inneboende egenskap hos ramavtal att parterna i avtalet inte förpliktar sig att beställa en i förväg fastställd volym av de aktuella varorna, tjänsterna eller byggtreprenaderna. Ett visst utrymme för flexibilitet måste också följa av att det vid upphandlingar av ramavtal typiskt sett föreligger en viss osäkerhet om i vilken omfattning avrop kommer att ske under avtalsperioden. Kravet kan därför enligt Konkurrensverket endast innebära att den upphandlande myndigheten är skyldig att göra en rimlig uppskattning av den totala kvantiteten eller värdet. En sådan bedömning ska vara välgrundad och objektiv. Medan en hänvisning till historiska inkösuppgifter enligt EU-domstolen inte är tillräckligt i sig, finns det ingenting som hindrar att den upphandlande myndigheten av transparens skull även informerar om tidigare års inköpsstatistik.
28. Konkurrensverket bedömer att det inte är tillåtet att sätta ett högsta tak som med oproportionerlig marginal överstiger det egentliga behovet när man anger den maximala kvantitet eller värde som kan komma att avropas på ramavtalet. Ett sådant förfarande, som skulle kunna ha påverkan på potentiella leverantörers beslut att delta i upphandlingen, skulle stå i strid med öppenhetsprincipen.
29. I de mål EU-domstolen prövat har det varit fråga om en form av samordnad upphandling men till synes inte en inköpscentral. Mot bakgrund av att EU-domstolen tolkar direktivets bestämmelser om ramavtal utifrån de allmängiltiga principerna om öppenhet och likabehandling är det rimligt att även ramavtalsupphandlingar som görs av inköpscentraler omfattas av skyldigheten att ange ramavtalets maximala omfattning. Konkurrensverket bedömer därför att domstolens uttalanden är generellt tillämpliga oavsett vem som genomför upphandlingen.

²⁰ Se *Simonsen & Weel* punkt 71–74. Se även HFD 2022 ref. 4 I, punkt 17–20.

²¹ Se HFD 2022 ref. 4 I, punkt 19.

Otillåten direktupphandling

30. EU-domstolens uttalande att ett ramavtal slutar ha verkan när dess maximala omfattning har avropats bör enligt Konkurrensverkets mening förstås i en upphandlingsrättslig mening. Det innebär att ett avrop utöver det i avtalet angivna taket kan utgöra en otillåten direktupphandling. Detta givet att det inte är fråga om en sådan tillåten ändring av ramavtal som uppfyller förutsättningarna i 17 kap. LOU. Om Konkurrensverket bedömer att en upphandlande myndighets avrop utgör en otillåten direktupphandling kan detta aktualisera en upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. LOU.

Ställningstagandets tillämpning

31. Detta ställningstagande tillämpas från och med den 6 maj 2022.
32. Genom detta ställningstagande upphör tidigare ställningstagande (Konkurrensverkets ställningstagande 2019:1) att gälla.

Detta ställningstagande har beslutats av generaldirektören Rikard Jermsten. Föredragande har varit biträdande enhetschefen Natacha Otte Widgren.

Beslutet undertecknas inte egenhändigt och saknar därför namnunderskrifter.

Rikard Jermsten

Natacha Otte Widgren