

Upphandling av tjänst för mätning av projektkvalitet

(Material för publicering på hemsida)

1 Inledning

Binosight AB har gett Uppkraft AB i uppdrag att utreda hur Binosights tjänst för mätning av projektkvalitet (Binosight-tjänsten) skulle kunna upphandlas av offentliga beställare. I detta underlag redovisas de överväganden som är av betydelse för bedömningen, vilka upphandlingsformer och eventuella undantag som kan bli tillämpliga och hur man som offentliga beställare kan resonera för att komma fram till olika beslut om inköp.

2 Hur fungerar tjänsten?

Binosight-tjänsten innehåller ett molnbaserat verktyg (PQi-verktyget) för mätning och resultatpresentation av projektkvalitet i byggprojekt. PQi (Project Quality Index) är ett index utvecklat med målet att skapa en referenspunkt för projektkvalitetsmätning. Binosight-tjänsten är den enda produkten på marknaden som kan koppla mätningar mot ”best practice” i branschen och branschorganisationen Byggherrarna verkar för att PQi ska bli branschstandard. I PQi-verktyget, redovisas resultatet av mätningarna på olika sätt. Viss information är kostnadsfri och annan kräver betalning (i det följande *PQi-betalprodukter*). Kunden har tillgång till en PQi dashboard samt olika dynamiska verktyg för att analysera projekt och projektportföljer. Dashboard på sammanfattande indikatornivå är kostnadsfri medan fördjupande analys kan göras mot betalning genom att köpa PQi kvalitetsrapporter (Project Quality Reports) varvid resultatet som innefattas i rapporterna låses upp för analys i PQi-verktyget. Utan kostnad kan PQi-produkten ”Free PQi Summary” laddas ner som PDF.

Binosight-tjänsten och PQi-verktyget tillhandahålls med ensamrätt av Binosight. Binosight samarbetar med konsultföretag på marknaden som kan vara ett stöd för kunder som vill använda resultatet från sina PQi-mätningar för att bedriva förbättringsarbete och verksamhetsutveckling. I det fallet levereras tjänsten av Binosight som underleverantör till en partner.

Beställnings- och betalflöde kommer att genomföras elektroniskt i Binosight-tjänsten och kommer att kunna anpassas efter eventuella ramavtal och beställnings- eller avropsrutiner hos beställaren.

3 Upphandling – sammanfattande bedömning

Baserat på ovanstående och nedan beskrivna förutsättningar bedömer Uppkraft att Binosight-tjänsten kan upphandlas enligt följande. Grunderna för denna bedömning redovisas i efterföljande texter, se hänvisningar.

Upphandling av enbart Binosight-tjänsten;

- Binosight-tjänsten kan *direktupphandlas* upp till gränsen för direktupphandling i enlighet med myndighetsinterna riktlinjer för direktupphandling. Konkurrensutsättning behöver inte ske eftersom Binosight är ensamma om att kunna leverera tjänsten (se 5.1)
- Över gränsen för direktupphandling kan hänvisning ske till undantagsregler i LOU då Binosight av tekniska skäl och med hänvisning till ensamrätt är ensamma om att kunna

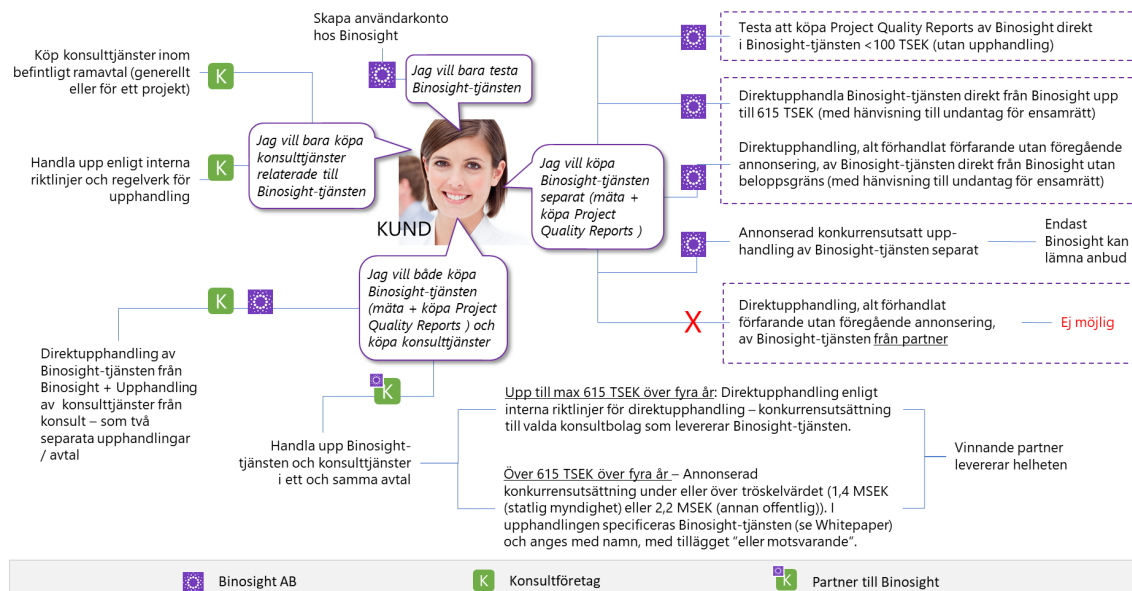
leverera Binosight-tjänsten. Därmed kan *direktupphandling* ske upp till tröskelvärdet (se 5.2) och *förenklat förfarande utan föregående annonsering* över tröskelvärdet (se 5.3.1).

Upphandling av relaterade konsulttjänster, ev. i kombination med Binosight-tjänsten som systemstöd

- Konsulttjänster relaterade till PQI-mätningar i Binosight-tjänsten kan *direktupphandlas* upp till gränsen för direktupphandling i enlighet med myndighetsinterna riktlinjer för direktupphandling. Om interna riktlinjer föreskriver konkurrensutsättning kan det ske mellan de partners som levererar relaterade tjänster (se 5.1).
- Över gränsen för direktupphandling bör upphandling genomföras över eller under tröskelvärdet (se 5.3). Undantagsregler bedöms i dessa fall inte vara tillämpliga (se 5.2). För att säkerställa Binosight-tjänsten som systemstöd bör tjänsten tydligt specificeras i enlighet med förutsättningarna i Binosight-tjänsten (se Whitepaper på Binosights hemsida). Det går att ange tjänsten med namn, förutsatt att tillägget "eller motsvarande" anges.
- Upphandling av konsulttjänster och Binosight-tjänsten i kombination kan dock med fördel genomföras separat, så att Binosight-tjänsten direktupphandlas eller genomförs genom förhandlat förfarande enligt ovan och relaterade konsulttjänster upphandlas i konkurrens.

3.1 Tänkbara upphandlingsalternativ

Nedan redovisas, ur ett kundperspektiv, olika alternativ för att inom offentlig verksamhet testa Binosight-tjänsten, handla upp den eller konsulttjänster separat, alternativt handla upp Binosight-tjänsten och konsulttjänster tillsammans.



4 Tjänstens särdrag

4.1 Prissättning och betalning

Varje PQi-mätning består av ett visst antal enkätsvar beroende på projektets omfattning. Prissättning sker per enkätsvar enligt en stafflad skala där rabatterat pris ges efter olika brytpunkterna (25, 50 och 100 enkätsvar). Binosight beräknar att kostnaden för en medelstor byggherre som anskaffar PQi-betalprodukter för samtliga sina projekt uppgår till totalt ca 200 000–500 000 kr per år.

4.2 Vara eller tjänst?

I vissa fall kan det vara avgörande om anskaffningen avser en vara eller tjänst enligt LOU. Detta kan till exempel vara fallet vid val av olika upphandlingsformer eller om olika undantagsregler är tillämpliga. Om upphandlingen ska annonseras ska det också anges i annonsen om det som upphandlas är en vara eller tjänst. Nedan följer en kortare utredning angående om anskaffning av Binosight-tjänsten kan betraktas som vara eller tjänst enligt upphandlingsregelverket.

En definition av vad som utgör ett tjänstekontrakt respektive ett varukontrakt framgår i första kapitlet LOU.

- *24§ Med varukontrakt avses ett kontrakt som gäller köp, leasing, hyra eller hyranskaffa av en vara. Ett varukontrakt kan som ett underordnat inslag omfatta kompletterande monterings- och installationsarbeten.*
- *21§ Med tjänstekontrakt avses ett kontrakt som gäller tillhandahållande av andra tjänster än de som avses i 9 § [byggentreprenadkontrakt].*

Tyvärr framgår inte i LOU vad som kännetecknar en *vara* eller *tjänst*. Inte heller hittar man någon ledning i förarbeten eller i rättsfall. Gränsen för vad som är vara eller tjänst är därför lite oklart i upphandlingsjuridiken, särskilt när det gäller köp av olika IT-tjänster och produkter som ligger i gränslandet för vad som skulle kunna vara en vara eller tjänst. För att få ledning i bedömningen brukar domstolar kika på andra regelverk, där frågan är av betydelse. Ett regelverk där det är av betydelse att bedöma skillnaden mellan varor och tjänster är skatterätten.

Enligt Skatteverkets bedömning¹ utgör s.k. onlinetjänster alltid tjänster, så länge det som levereras inte är en materiell vara eller produkt. Att köparen, efter leveransen online, själv har möjlighet att med egen utrustning materialisera den anskaffade produkten, exempelvis genom en utskrift eller genom överföring till ett fysiskt medium som till exempel USB medför inte att det som levererats online är en vara. Eftersom Binosight-tjänsten, inklusive PQi Project Quality Reports, levereras elektroniskt till kunden skulle produkten alltså avse en tjänst enligt skatterätten och det är rimligt att utgå från att samma bedömning även är rimlig i upphandlingsrättsliga sammanhang.

Det blir ytterligare tydligt att leveransen är en tjänst om den levereras tillsammans med konsulttjänster. Om huvuddelen av upphandlingsföremålet levereras som en tjänst, i detta fall konsulttjänster, räknas hela kontraktet som en tjänst enligt reglerna om blandade kontrakt i LOU (2 kap LOU)

Eftersom Binosight-tjänsten kan vara en del av leveransen i ett byggprojekt kan det vara rimligt att tro att de i vissa fall kan betraktas som en del i en byggentreprenad - därmed blir kontraktet som helhet att betrakta som en byggentreprenad inklusive Binosight-tjänsten. I dessa fall upphandlas Binosight-tjänsten som en byggentreprenad tillsammans med andra delar i den specifika

¹ <https://www4.skatteverket.se/rattsligvagledning/edition/2015.6/329314.html>

entreprenaden. I det följande kommer inte entreprenadalternativet att beröras eftersom Binosight-tjänsten i dessa fall blir en mindre del av upphandlingen och Binosight blir underentreprenör.

4.3 Ramavtal eller kontrakt?

I LOU gäller särskilda regler för s.k. *ramavtal*. Ett ramavtal skiljer sig åt från ett andra kontrakt genom att ett ramavtal helt eller delvis fastställer villkoren för *senare tilldelning av kontrakt* under given tidsperiod medan ett upphandlingskontrakt avser en faktisk anskaffning vid avtalstillfället, med tydligt angivet innehåll och volym². Ett ramavtal behöver inte vara tydligt i förhållande till volym, men enligt senare praxis från EU-domstolen behöver ramavtal ange maxvärde på ramavtalets omfattning.³

Avtalstiden för ett ramavtal är begränsat till fyra år, inklusive eventuella förlängningsoptioner, om det inte finns särskilda skäl. För kontrakt regleras ingen längsta avtalstid i LOU, men avtal på obestämd tid är tveksamt om det är ok enligt LOU.⁴ Vad som är en rimlig avtalstid för ett kontrakt måste bedömas från fall till fall, med hänsyn till typen av tjänst och hur denna förändras över tid.

Avtalstiden är viktig för att bedöma det totala värdet av upphandlingen och huruvida man kan tillämpa direktupphandling, förenklat förfarande eller öppet förfarande. Se nedan 5.1.

Ett avtal avseende Binosight-tjänsten, kan både ha karaktären av ramavtal eller kontrakt beroende på hur den anskaffas. Om Binosight-tjänsten anskaffas som en möjlighet att beställa PQI-betalprodukter löpande i olika byggprojekt hos byggherren, finns inte ett konkret åtagande vid avtalstillfället och avtalet får därmed karaktären av ett ramavtal som sätter villkoren för senare beställningar. Om Binosight-tjänsten däremot anskaffas som en del av ett konkret projekt där Binosight-tjänsten är en av del av leveranserna, har det snarare karaktären av ett kontrakt. Det går därför inte att tydligt säga om Binosight-tjänsten kommer att upphandlas som ramavtal eller som kontrakt, det beror helt på upplägg och förutsättningar i det enskilda fallet.

Detsamma gäller om en kund anskaffar Binosight-tjänsten av en partner i kombination med konsulttjänster. Om Binosight-tjänsten anskaffas som en möjlighet att beställa konsulttjänster löpande blir det ett ramavtal som sätter villkoren för senare beställningar. Men även här kan ju de kombinerade tjänsterna anskaffas som en konkret leverans relaterat till ett visst projekt som då får karaktären av ett kontrakt.

Ett ramavtal kan tecknas med en eller flera leverantörer. Om ramavtal tecknas *med flera* måste den upphandlande myndigheten tydligt visa hur avrop kommer att fördelas, antingen genom en ytterligare konkurrensutsättning dem emellan (*förnyad konkurrensutsättning*), eller genom avrop enligt en uttrycklig ordning, t.ex. rangordning (s.k. *fördelningsnyckel*). Hur avrop ska gå till måste tydligt visas i ramavtalet. Ramavtal med flera leverantörer kan bli aktuellt i det fall Binosight-tjänsten anskaffas i kombination med konsulttjänster eftersom flera partners har möjlighet att erbjuda tjänsten.

I det fall det gäller anskaffning av enbart Binosight-tjänsten finns det som angetts tidigare endast en leverantör som kan leverera, varför ramavtal i det fallet endast skulle tecknas med Binosight. Om ramavtal tecknas *med en leverantör*, finns det inga uttryckliga regler för hur avropen ska gå till förutom att de inte får ske i strid med ramavtalet och att de inte får ske muntligen⁵. En beställning

² se exempelvis Kammarrätten i Göteborg, mål nr 6975-12 och mål nr 2124-2127-13

³ EU-domstolens dom C-216/17 "Coopservice"

⁴ EU-domstolens mål C-454/06 Pressetext och C-451/08 Helmut Muller

⁵ 7 kap 4§ LOU

skulle i det fallet kunna vara en order i systemet, förutsatt att man har angett dessa förutsättningar i ramavtalet.

Det kommer också finnas också möjligheter att anpassa Binosight-tjänsten så att den överensstämmer med avrops- och beställningsrutiner hos beställaren, exempelvis genom elektronisk generering av avropsspecifikationer med hänvisning till ramavtalsnummer etc.

5 Upphandlingsformer

I det följande beskrivs olika upphandlingsformer som kan bli aktuella vid upphandling av Binosight-tjänsten.

5.1 Direktupphandling p.g.a. lågt värde

Eftersom Binosight-tjänsten är en ny tjänst är det sannolikt att byggherrar väljer att inledningsvis testa produkten under en kortare tid. I detta fall kan det vara lämpligt att genomföra en direktupphandling upp till gränsen för direktupphandling. I detta fall behöver man följa interna riktlinjer för direktupphandling, vilket i vissa fall innebär att man behöver vända sig till mer än en leverantör med sin förfrågan. Binosight-tjänsten är ännu unik på marknaden, varför konkurrensutsättning av själva tjänsten inte är möjlig. Upphandlas Binosight-tjänsten tillsammans med relaterade konsulttjänster, finns det flera partners som kan bli föremål för konkurrensutsättning.

Enligt LOU ska den upphandlande myndigheten även beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten under räkenskapsåret. Vad som utgör direktupphandlingar av samma slag är även det ganska diffust och måste avgöras från fall till fall, men följande kan vara några riktlinjer för bedömningen;

- Inköp av varor, tjänster och byggentreprenader som är avsedda för en identisk eller likartad användning eller som är utbytbara med den produkt som ska anskaffas
- Varor och tjänster som typiskt sett erbjuds av leverantörer i en viss typ av marknad, ex leverantörer av kontorsmaterial.
- Direktupphandlingar som har ett naturligt samband i tid och innehåll, exempelvis olika delar i ett projekt eller entreprenad som naturligt hör ihop i samma tjänst⁶

Det är svårt att exakt bedöma vad som skulle kunna vara upphandlingar av samma slag som i så fall skulle ingå i bedömningen av direktupphandlingar av samma slag när det gäller anskaffning av Binosight-tjänsten, det beror på hur myndigheten utformat sitt behov. Utformas behovet som "Mätning av projektkvalitet i byggprojekt med koppling till best practice för branschen" finns i dagsläget inga andra tjänster av samma slag. Om behovet utformas bredare bör man kanske ta med andra direktupphandlingar av till exempel kvalitetsmätning i beräkningen. När det gäller konsulttjänster i kombination med Binosight-tjänsten, bör man sannolikt se till andra köp av konsulttjänster av samma slag.

Situationen måste bedömas utifrån myndighetens behov i det enskilda fallet.

Upphandlingsmyndigheten har publicerat en guide som kan vara en vägledning om man vill gå lite djupare i denna fråga.⁷

⁶ Prop 2009/10:180 del 1 s 293

⁷ https://www.upphandlingsmyndigheten.se/globalassets/publikationer/vagledningar/2015_1_inkopsammaslag_webb160226.pdf

Även om upphandlingens värde faller under gränsen för direktupphandling, kan interna riktlinjer ge att konkurrensutsättning ska ske över ett visst värde. I det fall upphandlingen omfattar endast Binosight-tjänsten, finns ingen direkt konkurrens varför det bör vara möjligt att vända sig endast till Binosight, förutsatt att det är just en sådan tjänst som myndigheten har behov av.

När det gäller upphandling av konsulttjänster i kombination med Binosight-tjänsten kan konkurrensutsättning avgränsas till olika partners som kan leverera relaterade tjänster.

5.2 Direktupphandling i vissa undantagsituationer

Direktupphandling får även användas i vissa undantagsfall (när kriterierna för att få tillämpa ett *förhandlat förfarande utan föregående annonsering* är uppfyllda enligt 6 kap 12-19§§). Dessa undantagsfall omfattar bland annat om det som ska upphandlas kan tillhandahållas endast av en viss leverantör av till exempel konstnärliga eller tekniska skäl eller p.g.a. ensamrätt.

Regleringen ser ut så här enligt 6 kap 14§ LOU (samma regler gäller både under och över tröskelvärdet, se även 19 kap 7§ 3st LOU);

14 § En upphandlande myndighet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det som ska upphandlas kan tillhandahållas endast av en viss leverantör därför att

- 1. syftet med upphandlingen är att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation,*
- 2. det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens, eller*
- 3. det som ska anskaffas skyddas av ensamrätt och därför endast kan tillhandahållas av en viss leverantör.*

Ett sådant förfarande får i fall som avses i första stycket 2 och 3 användas endast om det inte finns något rimligt alternativ och avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen.

Binosight-tjänsten är unik på marknaden och någon konkurrens finns i nuläget inte. Precis som övriga undantagsförfaranden enligt LOU ska dessa undantag dock tolkas restriktivt.⁸ Förhandlat förfarande utan föregående annonsering får enligt punkten 2 ske med hänsyn till att det av tekniska skäl endast är en leverantör som kan tillhandahålla det som ska upphandlas. För att kunna tillämpa undantaget krävs det på objektiva grunder, och med hänsyn till tekniska skäl, att endast är en enda leverantör som utföra en viss tjänst eller leverera en viss vara för att undantagsförfarandet ska kunna tillämpas.⁹

Om behovet ser ut så att det endast är Binosight-tjänsten som kan komma ifråga är det möjligt att hänvisning kan ske till detta undantag eftersom det är den enda produkt som just nu finns på marknaden. Om behovet däremot formuleras på ett annat sätt, så att det handlar om kvalitetsutvärderingar utan att specificera formen kan sannolika andra leverantörer och produkter komma ifråga. En bedömning får göras efter det behov som den upphandlande myndighetens har formulerat. Om behovet är kvalitetsmätning av byggprojekt med koppling till "best practice" för branschen är Binosight ensam om att kunna leverera en sådan tjänst och med största sannolikhet kan undantaget tillämpas.

Av första stycket tredje punkten framgår att förhandlat förfarande utan föregående annonsering kan tillämpas om det som ska anskaffas skyddas av ensamrätt och därför endast kan tillhandahållas av en

⁸ Se exempelvis mål C-385/02, Kommissionen mot Italien, punkt 19

⁹ se Rosén Andersson m.fl., Lagen om offentlig upphandling – en kommentar, 2 uppl., 2015, s. 259

viss leverantör. Det är dock inte tillräckligt att en ensamrätt finns, utan det ska dessutom vara så att det endast är en viss leverantör som har möjlighet att tillhandahålla det som omfattas av ensamrätten.¹⁰ Binosight har ensamrätt till Binosight-tjänsten varför detta undantag skulle vara tillämpligt förutsatt att det är just en sådan tjänst som myndigheten har behov av.

När det gäller upphandling av konsulttjänster i kombination med Binosight-tjänsten blir det svårt att hävda att denna helhet endast kan anskaffas av en viss leverantör eftersom flera partners kan erbjuda Binosight-tjänsten tillsammans med sina konsulttjänster. En enskild partner har heller inte ensamrätt att sälja Binosight-tjänsten.

Det blir i dessa fall viktigt att beställaren förstår vad som är unikt med Binosight-tjänsten och specificerar efter behovet. Det bör dock vara möjligt att ange namnet på Binosight-tjänsten med tillägget "eller motsvarande". Binosight har publicerat ett Whitepaper som gör det möjligt att sätta sig in i Binosight-tjänsten på detaljnivå och, om man så vill, specificera enligt den.

Bestämmelsens andra stycke anger att förhandlat förfarande utan föregående annonsering i de fall som redovisats ovan endast får användas om det inte finns något rimligt alternativ och avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen.

5.3 Annonserad upphandling över gränsen för direktupphandling

Binosight erbjuder en specifik tjänst som är unik på marknaden. I det fall upphandlande myndigheter genomför en annonserad upphandling i syfte att anskaffa en tjänst som den som Binosight erbjuder är det viktigt att myndigheten förstår hur Binosight-tjänsten är uppbyggd och kan kravställa den så att leverantörer som Binosight liksom andra leverantörer har möjlighet att lämna anbud. Utöver denna sammanställning finns också ett Whitepaper som beskriver tjänstens särdrag ytterligare.

5.3.1 Undantag

De undantag som är tillämpliga över gränsen för direktupphandling är samma förutsättningar som har redovisats ovan, under punkten 5.2. Regelverket under tröskelvärde hänvisar till de regler som gäller över tröskelvärde (6 kap 14§) Under tröskelvärde kallas förfarandet för direktupphandling. Över tröskelvärde kallas undantagsförfarandet för *förhandlat förfarande utan föregående annonsering*. Som visats under punkten 2.2. bedömer Uppkraft att det i de flesta fall bör vara möjligt att hänvisa till undantagsregeln, men att det beror på hur myndighetens behov ser ut i det specifika fallet.

Binosight för gärna ytterligare dialog med myndigheten inom ramen för de möjligheter som upphandlingsregelverket ger.

Stockholm 25 mars 2020

Uppkraft AB

Anna Lönnberg

Upphandlingsjurist

¹⁰ (se mål C-328/92, Kommissionen mot Spanien, punkt 17).