

Upphandling av tjänst för mätning av projektkvalitet

1 Inledning

Binosight AB har gett Uppkraft AB i uppdrag att utreda hur Binosights tjänst för mätning av projektkvalitet (PQi-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?

PQi-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. PQi-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. I webbgränssnittet kan mätningar administreras och mätresultat analyseras. Dessutom kan olika typer av resultatrapporter laddas ner.

PQi-tjänsten och PQi-verktyget tillhandahålls med ensamrätt av Binosight.

3 Upphandling – sammanfattande bedömning

Uppkraft bedömer att PQi-tjänsten kan upphandlas enligt följande. Grunderna för denna bedömning redovisas i det följande, se hänvisningar.

- PQi-tjänsten kan *direktupphandlas* upp till gränsen för direktupphandling i enlighet med myndighetsinterna riktlinjer för direktupphandling. Konkurrensutsättning behöver i de flesta fall 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 PQi-tjänsten. Därmed kan *direktupphandling* ske upp till tröskelvärdet (se 5.2) och *förenklat förfarande utan föregående annonsering* över tröskelvärdet (se 5.3.1).

4 Tjänstens särdrag

4.1 Prissättning och betalning

PQi-tjänsten erbjuds till projekt och organisationer via prenumeration. Ett projekt som vill nyttja PQi-tjänsten kan prenumerera på den i projektet. En organisation som mäter flera projekt kan prenumerera på en PQi Dashboard med inbyggd portföljanalys. För en normalstor byggherre understiger kostanden för det mesta gränsen för direktupphandling.

4.2 Ramavtal eller kontrakt?

PQi-tjänsten erbjuds oftast direkt till respektive projekt. I vissa fall kan det dock bli aktuellt för myndigheten att överväga att teckna ett ramavtal, om behovet att verktyget är återkommande i flera av myndighetens projekt. Med ett ramavtal kan man sammanställa villkoren för hela myndighetens behov under en viss tid, vilket kan förenkla administrationen kring respektive inköp och säkerställa att regler för upphandling efterföljs.

I LOU gäller särskilda regler för ramavtal. Juridiskt skiljer man på ramavtal och kontrakt. I ett ramavtal fastställs villkoren för *senare tilldelning av kontrakt* under given tidsperiod medan ett kontrakt avser en faktisk anskaffning vid avtalstillfället, med tydligt angivet innehåll och volym¹. Ett ramavtal behöver inte vara tydligt i förhållande till volym, men enligt senare praxis från EU-domstolen behöver ramavtal ange maxvärde på ramavtalets omfattning.²

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.³ 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 punkten 5.1.

Ett avtal avseende PQi-tjänsten, kan både ha karaktären av ramavtal eller kontrakt beroende på hur den anskaffas. Om PQi-tjänsten anskaffas som en möjlighet att prenumerera på PQi-tjänsten löpande i olika byggprojekt, finns inte ett konkret åtagande vid avtalstillfället och avtalet får därmed karaktären av ett ramavtal som sätter villkoren för senare beställningar. Om PQi-tjänsten däremot anskaffas som ett verktyg i ett konkret projekt, har det snarare karaktären av ett kontrakt.

5 Upphandlingsformer

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

5.1 Direktupphandling p.g.a. lågt värde

Under gränsen för direktupphandling kan myndigheten teckna avtal genom direktupphandling. Gränsen för direktupphandling förändras från år till år⁴ och beror på typ av myndighet och inköpsområde. Eftersom PQi-tjänsten är en ny tjänst är det sannolikt att byggherrar väljer att inledningsvis testa produkten under en kortare tid genom direktupphandling. Myndigheterna har oftast interna riktlinjer för direktupphandling, vilket i vissa fall innebär att man behöver vända sig till mer än en leverantör med sin förfrågan om det finns mer än en relevant leverantör. PQi-tjänsten är ännu unik på marknaden, varför konkurrensutsättning av själva tjänsten oftast inte är möjlig.

Enligt LOU ska den upphandlande myndigheten även beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten under räkenskapsåret. Har PQi-tjänsten beställts på flera håll i organisationen ska alltså alla inköp av tjänsten räknas ihop. Direktupphandlingar ”av samma slag”

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

2 EU-domstolens dom C-216/17 ”Coopservice”

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

4 Tröskelvärden och direktupphandlingsgränser | Upphandlingsmyndigheten

kan ibland innebära att även andra inköp tas med i beräkningen, beroende 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. 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.⁵

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.

PQi-tjänsten är unik på marknaden och någon konkurrens finns i nuläget inte. Precis som övriga undantagsförfaranden enligt LOU ska dessa undantag dock tolkas restriktivt.⁶ 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.⁷

Om behovet ser ut så att det endast är PQi-tjänsten som kan komma i fråga är det möjligt att hänvisning kan ske till detta undantag eftersom det är den enda produkt som för närvarande 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 myndigheten 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 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

⁵ https://www.upphandlingsmyndigheten.se/globalassets/publikationer/vagledningar/2015_1_inkopsammaslag_webb160226.pdf

⁶ Se exempelvis mål C-385/02, Kommissionen mot Italien, punkt 19

⁷ se Rosén Andersson m.fl., Lagen om offentlig upphandling – en kommentar, 2 uppl., 2015, s. 259

som omfattas av ensamrätten.⁸ Binosight har ensamrätt till PQi-tjänsten varför detta undantag skulle vara tillämpligt förutsatt att det är just en sådan tjänst som myndigheten har behov av.

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

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 PQi-tjänsten är uppbyggd och kan kravställa den så att leverantörer som Binosight liksom andra leverantörer har möjlighet att lämna anbud. Utöver denna sammanställning finns som nämnts ovan ett Whitepaper som beskriver tjänstens särdrag.

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 tröskelvärdet hänvisar till de regler som gäller över tröskelvärdet (6 kap 14§) Under tröskelvärdet kallas förfarandet för direktupphandling. Över tröskelvärdet kallas undantagsförfarandet för *förhandlat förfarande utan föregående annonsering*. Som visats under punkten 3 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.

För att vara på säkra sidan och minimera risk för att överprövning av avtalets giltighet kan myndigheten överväga annonsera att man avser att teckna kontrakt på detta sätt enligt reglerna om förhandsinsyn (10 kap 5 § LOU) och därefter avvakta tio dagar innan avtal tecknas (avtalsspär 20 kap 15 p 3).

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

Stockholm 22 oktober 2021

Uppkraft AB

Anna Lönnerberg
Upphandlingsjurist

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