

## PM

### Nya regelverket - bilaga 2 i LOU m.m.

Varje upphandlingsprocess är unik och förutsätter en analys över hur processen på bästa vis ska drivas i varje enskilt fall. Detta PM presenterar främst de nya möjligheterna som lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) erbjuder i förhållande till den verksamhet som Socialförvaltningen i Danderyds kommun (Kommunen) bedriver. Med ”nya” avses de nya upphandlingsregler som trädde i kraft den 1 februari 2022.

De nya reglerna gäller för upphandlingar på det så kallade icke-direktivstyrda området. Det omfattar de upphandlingar som vi i Sverige själva kan reglera eftersom de ligger under EU:s tröskelvärden och därför inte styrs av EU:s upphandlingsdirektiv.

De nya reglerna gäller även för upphandlingar av sociala tjänster och andra särskilda tjänster. För dessa tjänster har EU:s upphandlingsdirektiv mycket begränsade regler.

PM:et berör nedanstående sju frågor, samtliga nära förknippade med Socialförvaltningens verksamhet:

1. Hur påverkar de nya reglerna i LOU Socialförvaltningen och dess upphandlingar?
2. Vad är tillåtet och inte tillåtet enligt de nya reglerna i LOU jämfört med de tidigare bestämmelserna?
3. Rekommendationer anpassade till Socialförvaltningens verksamhet om vilka tjänster som nu kan direktupphandlas enligt bilaga 2.
4. Är en nämnd och dess förvaltning i en kommun en egen upphandlade myndighet? Hur beräknas i sådana fall en upphandlings värde?
5. Kan man ha två (2) eller flera ramavtal inom samma område? Med andra ord, får man ha parallella ramavtal som konkurrerar med varandra? Exempelvis ett ramavtal från en inköpscentral/tillsammans med andra kommuner och dessutom ett eget ramavtal inom samma område.
6. Reserverade upphandlingar enligt 19 kap. 25 § LOU.
7. En kort checklista för att kvalitetssäkra en upphandling av sociala tjänster.

I PM:et används vedertagna begrepp inom offentlig upphandling och du som läser förväntas ha grundläggande kunskaper inom offentlig upphandling.

#### **1. Hur påverkar de nya reglerna i LOU Socialförvaltningen och dess upphandlingar?**

För att ha möjlighet att tillämpa de nya reglerna i 19 kap. LOU krävs att upphandlingens värde understiger 2 236 731 kr och samtidigt överstiger 700 000 kr eller att upphandlingen omfattar en tjänst av sådant slag som anges i bilaga 2 till LOU och upphandlingens värde överstiger 7 802 550 kr. Bilaga 2 är en förteckning över sociala tjänster och andra särskilda tjänster som

inte omfattas av de direktivstyrda reglerna oavsett värdet på upphandlingen. I och med de nya reglerna har bilaga 2 a Valfärdstjänster tagits bort, men dessa tjänster har i stället lagts till bland de sociala tjänster och andra särskilda tjänster som anges i bilaga 2. Lagstiftaren har ansett att samtliga sociala tjänster och andra särskilda tjänster, inklusive välfärdstjänster, ska regleras på samma sätt.

Utöver att reglerna i 19 kap. LOU har ändrats har vi även fått ett nytt kapitel i LOU, nämligen 19 a kap. som reglerar direktupphandlingar. Förenklat gäller reglerna i 19 a kap. LOU när en upphandlings värde understiger 700 000 kr eller när upphandlingen omfattar en tjänst av sådant slag som anges i bilaga 2 till LOU och upphandlingens värde understiger 7 802 550 kr.

Den stora skillnaden mot tidigare regler är att direktupphandlingsgränsen för sociala tjänster och andra särskilda tjänster har höjts och betydligt fler upphandlingar därmed kan göras utifrån direktupphandlingsreglerna i 19 a kap. LOU.

I kategorin sociala tjänster och andra särskilda tjänster som är angivna i bilaga 2 till LOU finns följande rubriker på tjänster:

- Hälsovård, socialtjänster och närbesläktade tjänster
- Administration inom socialtjänsten, utbildningsadministration, hälsovårdsförvaltning och administration avseende kultur
- Obligatorisk socialförsäkring
- Bidragstjänster
- Andra samhälleliga och personliga tjänster, inklusive fackföreningstjänster, tjänster utförda av politiska organisationer, tjänster tillhandahållna av ungdomsorganisationer och andra medlemsorganisationstjänster
- Tjänster i samband med religionsutövande
- Hotell- och restaurangtjänster
- Juridiska tjänster, i den mån de inte är undantagna enligt 3 kap. 22 och 23 §§ LOU
- Övrig statsförvaltning och statliga tjänster
- Samhällstjänster
- Fängelserelaterade tjänster, tjänster för allmän säkerhet och räddningstjänster, i den mån de inte är undantagna enligt 3 kap. 26 § LOU
- Undersöknings- och säkerhetstjänster
- Internationella tjänster
- Posttjänster
- Diverse tjänster

Till varje rubrik tillhör ett antal CPV-koder som närmare beskriver tjänster som avses tillhöra respektive rubrik, men själva rubriken i sig kan ge en första fingervisning om vad som omfattas av sociala tjänster och andra särskilda tjänster.

För att avgöra om en tjänst omfattas av bilaga 2 till LOU måste en bedömning göras avseende vilken CPV-kod som bäst beskriver tjänsten. Hur ett kontrakt föremål ska klassificeras är upp till den upphandlande myndigheten att avgöra inför varje upphandling och en bedömning behöver göras i det enskilda fallet. På SIMAP:s webbplats (<https://simap.ted.europa.eu/sv>) finns information om klassificeringssystemet och även förklarande anmärkningar om vissa huvud-

och undergrupper. Utöver de förklarande anmärkningarna saknas det vägledning om hur enskilda CPV-koder ska tolkas och tillämpas. Den upphandlande myndigheten ska sträva efter att välja den kod som bäst stämmer överens med det tänkta föremålet för upphandlingen. Även om den upphandlande myndigheten blir tvungen att använda flera olika koder ska en enda kod väljas för upphandlingsmeddelandets titel. Om det inte går att hitta någon lämplig och exakt kod kan den upphandlande organisationen i stället göra en hänvisning till en lämplig huvudgrupp, grupp, undergrupp eller kategori som bäst beskriver det tilltänkta föremålet för upphandlingen.

Upphandlande myndigheter ska följa de grundläggande upphandlingsprinciperna. Reglerna om annonsering är ett uttryck för principerna om likabehandling och öppenhet. Det innebär kortfattat att om det förekommer CPV-koder i en annons som ligger allt för långt ifrån föremålet för upphandlingen, kan det innebära att upphandlingen bryter mot exempelvis principen om öppenhet.

Av de få domar som finns avseende CPV-kodning framgår att själva koderna inte har någon rättslig verkan, utan det viktiga är att rätt förfarande har använts. I och med den nya beloppsgränsen gällande sociala tjänster och andra särskilda tjänster kan viljan hos en upphandlande myndighet finnas om att kunna klassificera fler upphandlingar som en tjänst som omfattas av bilaga 2 till LOU. Med det i åtanke kommer det troligtvis framöver komma fler mål som berör just upphandlande myndigheters val av CPV-kodning.

Flera av de tjänster som omfattas av bilaga 2 till LOU är sådana typer av tjänster som Socialförvaltningen ansvarar för. För Socialförvaltningen innebär det att fler avtal än tidigare kommer att kunna direktupphandlas eftersom värdet på ett flertal upphandlingar understiger den nya direktupphandlingsgränsen på 7 802 550 kr, men överstiger den tidigare beloppsgränsen. Se vidare om detta svar på fråga 3.

## **2. Vad är tillåtet och inte tillåtet enligt de nya reglerna i LOU jämfört med de tidigare bestämmelserna?**

### **19 kap. LOU**

I och med de nya reglerna i 19 kap. LOU försvinner många tidigare regler och lagstiftaren har därmed öppnat upp för ett kreativt tänkande i upphandlingsvärlden. Exempelvis har de tidigare förfarandena tagits bort och upphandlaren ska nu själv ange hur upphandlingen ska genomföras. Den upphandlande myndigheten ska i princip endast se till att de fem (5) grundprinciperna (likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet) inom offentlig upphandling följs. Lagstiftaren ansåg helt enkelt att det inte fanns behov av några särskilda bestämmelser, utan en upphandlande myndighet är fri att utforma förfarandet vid en upphandling eller att använda sig av olika metoder för upphandling.

En tidigare regel om ramavtals längd och utformning har blivit uppmärksammas i samband med att de nya reglerna kom. Det finns nämligen inte längre något i 19 kap. LOU som reglerar ramavtal. Tidigare var huvudregeln att ramavtal får löpa i fyra (4) år, men detta är med andra ord borttaget vid icke-direktivstyrd upphandling, det vill säga vid upphandling under tröskelvärdet och vid upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster. I stället är den upphandlande organisationen fri att själv utforma ramavtalen vid icke-direktivstyrd upphandling. Hur lång tid ett ramavtal får löpa vid icke-direktivstyrd upphandling avgörs av de

grundläggande upphandlingsprinciperna och omständigheterna i det enskilda fallet. Det betyder att en löptid som kan anses vara tillåten i ett fall, inte nödvändigtvis anses tillåten i ett annat fall. Upphandlingar får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt. Hänsyn till denna skyldighet verkar således i begränsande riktning vad gäller ramavtals löptid. I bedömningen av vad som är tillåtet kan det finnas anledning att söka stöd och vägledning i praxis även från det direktivstyrda området.

Vissa formaliakrav och regler på en upphandling och dess förfarande enligt 19 kap. LOU finns dock kvar i de nya reglerna, så som att upphandlingen måste annonseras, efterannonseras, vad upphandlingsdokumenten ska omfatta, hur kommunikation får ske, förhandling, utslutning av leverantörer, onormalt låga anbud och underrättelse av beslut, vilket presenteras mer ingående nedan.

### ***Annonsering***

En upphandling eller en förhandsannons ska fortsatt annonseras i en annonsdatabas som är registrerad enligt lag, exempelvis TendSign, e-Avrop och Kommers. Den upphandlande myndigheten ska ge fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten och anbudsgivaren ska ges skälig tid att komma in med anbud - precis som tidigare.

Svar på ställda frågor eller komplettering av upphandlingsdokumenten ska lämnas skriftligen senast sex (6) dagar före sista anbudsdag. Skulle den upphandlande myndigheten lämna svar eller göra kompletteringar efter den angivna tidsfristen, eller skulle det innebära väsentliga ändringar av upphandlingsdokumenten, ska anbudstiden förlängas och sista dag att lämna anbud ska därmed flyttas framåt i tiden. Inte heller detta har förändrats genom de nya reglerna.

### ***Efterannonsering***

När en upphandlande myndighet har tilldelat ett kontrakt eller ingått ett ramavtal ska den upphandlande myndigheten genom en efterannons informera om upphandlingens resultat senast 30 dagar efter det att avtalet eller ramavtalet ingicks. För sociala tjänster eller andra särskilda tjänster kan den upphandlande myndigheten i stället välja att samla ihop efterannonserna och skicka dessa kvartalsvis. I sådana fall ska de samlade annonserna skickas senast 30 dagar efter utgången av varje kvartal.

Direktupphandlingar understigande 700 000 kr och tilldelning av kontrakt baserat på ramavtal, vid förnyad konkurrensutsättning, behöver inte efterannonseras.

Även efterannonser ska annonseras i en annonsdatabas som är registrerad enligt lag, exempelvis TendSign, e-Avrop och Kommers.

### ***Upphandlingsdokumenten***

Upphandlingsdokumenten måste innehålla uppgifter om följande:

1. hur förfarandet ska genomföras,
2. vilka krav som en anbudssökande eller anbudsgivare ska uppfylla för att få delta i upphandlingen,
3. vilka minimikrav som ett anbud ska uppfylla,
4. vilka tilldelningskriterier som ska användas och deras viktning eller prioriteringsordning,

5. vilka kommersiella villkor och andra särskilda villkor som ska gälla vid fullgörande av kontraktet och
6. övriga uppgifter som är relevanta.

Upphandlingsdokumenten och själva förfarandet vid upphandlingen ska ske skriftligen. Muntlig kommunikation får användas som komplement när det bedöms som lämpligt under förutsättning att det lämnade uppgifter som är av betydelse för upphandlingen dokumenteras.

### ***Dialog och förhandling***

Enligt de nya reglerna får en upphandlande myndighet ha en dialog med en eller flera leverantörer i en pågående upphandling. Med dialog avses ett informationsutbyte mellan en upphandlande myndighet och en leverantör. Dialogen får omfatta rättelser av fel, förtydliganden och kompletteringar av anbudet eller andra handlingar som leverantören har lämnat in. Om myndigheten tillåter en leverantör att rätta, förtydliga eller komplettera är det viktigt att övriga leverantörer ges motsvarande möjlighet. Bestämmelsen syftar till att förtydliga att möjligheten till en löpande dialog finns och uppmuntra att denna möjlighet utnyttjas för att undvika onödiga missförstånd under en upphandling. Dialog är möjlig under hela förfarandet, dvs. från det att en upphandling inleds till att den avslutas genom att kontrakt ingås.

Det kommer framöver kunna uppstå gränsdragningsfrågor angående vad som är tillåtet att rätta, förtydliga och komplettera, vilket i slutändan kan behöva klargöras i rättspraxis. Man har dock inte ansett det lämpligt att i förarbetena i detalj redogöra för exakt vilka rättelser, förtydliganden eller kompletteringar som är tillåtna i specifika situationer. En bedömning måste alltid göras utifrån den enskilda upphandlingen och de krav som har ställts i denna. Om möjligheten utnyttjas i högre utsträckning än i dag, skulle det dock i förlängningen leda till att rättsläget klargörs och även kunna minska antalet överprövningar där leverantörer har uteslutits av någon anledning som skulle ha kunnat åtgärdas genom en dialog under pågående upphandling. De grundläggande principerna sätter även fortsättningsvis ramarna för vilka rättelser, förtydliganden och kompletteringar som är möjliga att göra.

En upphandlande myndighet får förhandla med en leverantör om alla aspekter av upphandlingsdokumenten och alla aspekter av anbudet eller andra handlingar som har lämnats in av leverantören, förutom minimikrav och tilldelningskriterier som inte får ändras under upphandlingens gång. Minimikrav är sådana krav som den upphandlande myndigheten från början har angett som bindande.

Förhandlingarna ska ha som mål att förbättra anbuden så att det är möjligt för myndigheten att erhålla varor och tjänster som är anpassade till dess särskilda behov. Förhandlingarna får avse alla aspekter av de aktuella varorna eller tjänsterna innefattande t.ex. kvalitet, kvantiteter, handelsklausuler samt sociala, miljömässiga och innovativa egenskaper. Förfarandet måste dock följa principerna om likabehandling och öppenhet.

Lagstiftaren har inte ansett att några särskilda bestämmelser om att det måste anges i upphandlingsdokumenten att dialog kan komma att användas i en upphandling, dock ska en upphandlande myndighet som avser att använda sig av förhandling ange detta i upphandlingsdokumenten samt vad en sådan förhandling i så fall kan komma att omfatta. Man

har ansett att det redan följer av de grundläggande principerna och bestämmelsen om innehållet i upphandlingsdokumenten och behöver därför inte anges särskilt i regelverket.

### ***Anbud***

Tidigare var upphandlande myndigheter tvingade att utesluta en anbudsgivare om någon uteslutningsgrund fanns i 13 kap. 1§ och 2 § 1 st LOU. I och med de nya reglerna har detta ändrats till får. Den upphandlande myndigheten får utesluta en leverantör från att delta i en upphandling i enlighet med det som föreskrivs i 13 kap. 1, 2 och 3 §§, men en upphandlande myndighet får även utesluta en leverantör på andra grunder som anges i upphandlingsdokumenten som innebär att leverantören är olämplig att delta i upphandlingen. Här finns helt enkelt nya möjligheter att vara kreativ som upphandlande myndighet.

Ska har bytts till får även gällande onormalt låga anbud. En upphandlande myndighet får förkasta ett anbud om den finner att anbudet är onormalt lågt. Det kvarstår dock att anbudet får förkastas först efter att myndigheten har begärt en förklaring och inte fått ett tillfredsställande svar.

### ***Information om beslut***

Reglerna kring att skriftligen underrätta om beslut har inte ändrats. Upphandlande myndighet ska snarast möjligt underrätta anbudsgivarna om de beslut som har fattats om att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal. Underrättelsen ska vara skriftlig och innehålla skälen för beslutet och uppgift om avtalsspärr precis som tidigare.

Även reglerna kring att en upphandlande myndighet ska lämna upplysningar om skälen för att dennes anbud har förkastats till den anbudsgivare som begär det är oförändrade.

De nya reglerna omfattar även krav kring dokumentation, men denna rapport kommer inte att beröra detta vidare.

### ***Direktupphandling***

Att lagstiftaren väljer att införa ett nytt kap, 19 a kap. LOU, innebär i praktiken inte någon direkt förändring i sak. Det är samma regler som har gällt tidigare, men nu finns de nedskrivna i lag. De stora skillnaderna är att direktupphandlingsgränsen nu är ett fast belopp om 700 000 kr samt att beräkningen av en upphandlings värde ska ske enligt 5 kap. LOU.

Det har tillkommit situationer när det är tillåtet att direktupphandla, exempelvis i särskilda fall vid en överprövningsprocess. Denna rapport kommer dock inte att beröra detta vidare.

### ***Gemensamma regler***

Vid upphandling enligt 19 kap. och 19 a kap. gäller även bestämmelserna i 1-3 kap., 5 kap. och 20-22 kap vilka reglerar tillämpningsområde, undantag, definitioner, tröskelvärden, avtalsspärr, överprövning, skadestånd, upphandlingsskadeavgift och tillsyn. Dessa bestämmelser gäller numera samtliga former av upphandling oavsett värde.

### ***Sammanfattningsvis***

Som svar på frågan är att lagstiftaren medvetet har nedreglerat 19 kap. LOU för att skapa utrymme för upphandlande myndigheter att vara mindre bunden av regler. De grundläggande

principerna blir viktiga att förhålla sig till, och hittar upphandlande myndighet förfaranden och vägar fram som förhåller sig till dessa principer kan skillnader absolut finnas mellan de tidigare och nya reglerna. Vid upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster har även gränsen för direktupphandling höjts, vilket innebär att fler upphandlingar med största sannolikhet kan komma att genomföras som en direktupphandling i stället för en annonserad upphandling.

### **3. Rekommendationer anpassade till Socialförvaltningens verksamhet om vilka tjänster som nu kan direktupphandlas enligt bilaga 2.**

Efter att ha tittat på kommande upphandlingar (2022-2023) för Socialförvaltningen anser Colligio att följande tjänster omfattas av bilaga 2 till LOU och har ett värde som understiger 7 802 550 kr:

- Seniorträffar
- Catering

Tittar man längre fram skulle nedanstående tjänster kunna direktupphandlas:

- Mattransporter
- Matlådor
- Bemanningstjänster paramedicinsk personal

I de fall värdet av en upphandling av ett ramavtal uppskattas till ett värde precis under direktupphandlingsgränsen, kan ramavtalets takvolym anges till ett värde som understiger direktupphandlingsgränsen. Uppnås takvolymen blir avtalet ogiltigt och en ny upphandling måste då göras. Detta kan komma att bli relevant när Socialförvaltningen ska upphandla Bemanningstjänster paramedicinsk personal.

Övriga upphandlingar är upphandlingar som avser tjänster som inte omfattas av bilaga 2 till LOU eller där värdet på upphandlingen överstiger direktupphandlingsgränsen.

Ert avtal avseende tidsregistreringsystem för hemtjänsten inkl. digitala nycklar skulle det gå att hitta CPV-koder för i bilaga 2. Dock skulle troligtvis leverantörerna i branschen anse att någon CPV-kod för system eller lås/nycklar bättre skulle stämma överens med upphandlingsföremålet. Som presenterats under fråga 1 ska den upphandlande myndigheten sträva efter att välja den kod som bäst stämmer överens med det tänkta föremålet för upphandlingen. Om den upphandlande myndigheten väljer att använda flera olika koder ska en enda kod väljas för upphandlingsmeddelandets titel. Exempelvis finns följande CPV-koder som antagligen bättre stämmer överens med upphandlingsföremålet – ”Elektroniska system för tidsregistrering”, ”Stämpelklockor och liknande tidsregistreringssystem”, ”Lås, nycklar och gångjärn”, ”Elektroniskt säkerhetslås”, ”Nycklar”, men dessa CPV-koder omfattas inte av bilaga 2 till LOU.

Dock är som sagt rättsläget oklart gällande CPV-kodning och någon ytterligare vägledning än den som tidigare presenterades i svaret på fråga 1 finns inte i dagsläget.

#### **4. Är en nämnd och dess förvaltning i en kommun en egen upphandlade myndighet? Hur beräknas i sådana fall en upphandlings värde?**

##### **Upphandlande myndighet**

Med upphandlande myndighet avses statliga och kommunala myndigheter samt offentligt styrda organ. Någon definition av kommunal myndighet finns varken i LOU eller i någon annan författning. I en dom från Högsta förvaltningsdomstolen (HFD 2018 ref. 67) framkommer att det bör kunna accepteras att en kommun betraktar varje kommunal nämnd som en egen upphandlande myndighet, så länge detta inte sker på ett sätt som kommer i konflikt med LOU-direktivets syften. För att säkerställa LOU-direktivets effektiva genomslag bör ett villkor vara att nämnden agerar självständigt i förhållande till kommunen och självständigt genomför sina upphandlingar.

Av det aktuella målet framgår även att om en kommunal nämnd behandlas som en egen upphandlande myndighet får det betydelse vid tröskelvärdesberäkningen. Högsta förvaltningsdomstolen uttalar att konsekvensen av att varje enskild nämnd, och inte kommunen som sådan, betraktas som en upphandlande myndighet vid beräkningen är att fler upphandlingar kan komma att falla utanför LOU-direktivets tillämpningsområde. Detta innebär dock inte att det generellt kan anses vara oförenligt med direktivet att behandla kommunala nämnder som egna upphandlande myndigheter. Ett krav är dock att nämnden genomför sina upphandlingar självständigt i förhållande till kommunen.

I målet för Högsta förvaltningsdomstolen fördes ett jämförande resonemang avseende tröskelvärdesberäkningen för separata operativa enheter. Om en upphandlande myndighet består av flera separata operativa enheter får tröskelvärdesberäkningen göras för varje enskild enhet, men bara under förutsättning att enheten självständigt ansvarar för sin upphandling, vilket framgår av lagen. Den bestämmelsen har inte omedelbar relevans för vad som utgör en upphandlande myndighet, men det är likväl möjligt att en nämnd skulle kunna utgöra en sådan enhet utan att vara en egen upphandlande myndighet.

Sammanfattningsvis kan sägas att det inte finns ett generellt svar på när en nämnd är en egen upphandlande myndighet, utan det beror på omständigheterna i det enskilda fallet. De kriterier som bör vara uppfyllda för att en kommunal nämnd ska betraktas som en egen upphandlande myndighet är utöver självständigheten i förhållande till övriga kommunen, även att det finns en separat upphandlingsorganisation samt en egen budget.

##### **Separata operativa enheter**

Det är inte helt klarlagt vad som avses med separata operativa enheter, men enligt förarbeten, direktiv och riktlinjer från regeringen och EU framgår bland annat följande.

Med separata operativa enheter avses organisatoriska delar av en och samma upphandlande myndighet. Huvudregeln är att värdet av upphandlingen för alla operativa enheter ska läggas samman av myndigheten. En upphandlande myndighet kan dock tillåta en sådan enhet att själv uppskatta värdet för sin upphandling eller vissa kategorier av denna, om enheten självständigt ansvarar för sin upphandling i de delarna. Bedömningen får avgöras efter en analys av graden av självständighet. Analysen kan falla ut i resultatet att en separat operativ enhet är självständig i fråga om ett visst eller vissa slag av upphandling, men inte i andra. Analysen ska grundas på en helhetsbedömning.



Enligt LOU-direktivet bör det klargöras att det vid uppskattningen av värdet av en viss upphandling bör vara tillåtet att grunda uppskattningen av värdet på en uppdelning av upphandlingen endast när detta motiveras av objektiva skäl. Kravet på objektiva skäl framgår också av lagtexten. Det kan exempelvis vara motiverat att uppskatta kontraktvärden för en separat operativ enhet hos den upphandlande myndigheten, såsom skolor eller daghem, under förutsättning att enheten i fråga självständigt ansvarar för sin upphandling. Detta kan antas vara fallet när den separata operativa enheten självständigt genomför upphandlingar och beslutar om inköp, förfogar över en egen budgetpost för de berörda upphandlingarna, ingår kontraktet självständigt och finansierar det ur en budget som den förfogar över. En uppdelning är inte motiverad när det bara är genomförandet av upphandlingen som den upphandlande myndigheten överlåtit till en separat operativ enhet.

Direktivets bestämmelser är inspirerade av äldre riktlinjer från Kommissionen och i riktlinjerna framgår mer utförliga exempel på faktorer som kan beaktas vid bedömningen. En helhetsbedömning ska göras och följande faktorer har betydelse vid denna bedömning:

- upphandlingsansvaret har överlåtit så att berörd separat operativ enhet självständigt kan genomföra upphandlingar och i sista hand besluta om inköp, oberoende av andra delar av den upphandlande myndigheten,
- en sådan delegering av upphandlingsansvaret visar sig genom att den separata operativa enheten har en egen budget, eller om den berörda enheten åtminstone har en egen budgetpost för de berörda upphandlingarna,
- en sådan delegering innebär att den separata operativa enheten faktiskt ingår kontraktet och finansierar det ur en budget som den förfogar över,
- upphandlingen är tänkt att möta efterfrågan hos den separata operativa enheten eller att möta efterfrågan hos flera enheter eller hela den upphandlande myndigheten, vars upphandling har skötts decentraliserat, och
- den upphandlande myndigheten delegerar upphandlingsansvaret till en enskild separat operativ enhet, men fortfarande strävar efter att använda sin övergripande ställning som viktig köpare för att få förmånliga villkor.

Sammanfattningsvis finns det inget rakt och tydligt svar om vilken del eller delar av en kommun som eventuellt kan ses som en upphandlande myndighet eller en separat operativ enhet, utan det är omständigheterna i det enskilda fallet som måste bedömas.

Vid osäkerhet om en nämnd utgör en egen upphandlande myndighet eller en separat operativ enhet kan det vara lämpligt att genomföra tröskelvärdesberäkningen, eller beräkningen av direktupphandlingsgränsen, med beaktande av hela kommunens inköp.

### **Beräkna värdet av en upphandling**

Till skillnad från tidigare bestämmelser i LOU gäller nu samma regler för både direktivstyrda och icke-direktivstyrda upphandlingar när det gäller hur värdet av en upphandling ska beräknas. I 19 kap. 1 § LOU och 19 a kap. 1 § LOU framgår att 5 kap. även gäller vid upphandlingar under tröskelvärdet, sociala tjänster och andra särskilda tjänster samt direktupphandlingar.

Det innebär att samtliga bestämmelser för beräkning av upphandlingens värde (5 kap. 1–16 §§) ska tillämpas vid beräkningen av upphandlingens värde. De särskilda regler som tidigare fanns

för beräkning av en direktupphandlings värde har tagits bort. Exempelvis försvann bestämmelsen om att direktupphandlingar av samma slag ska räknas ihop.

Inledningsvis, oavsett vilken anskaffning man avser att göra, ska den upphandlande myndigheten alltid börja med att uppskatta värdet för den specifika anskaffningen enligt huvudregel i 5 kap. 3 § LOU. Med andra ord upphandlingens totala värde. När värdet bestäms ska options- och förlängningsklausuler som anges i något av upphandlingsdokumenten räknas med som om de hade utnyttjats, samt de premier och ersättningar som den upphandlande myndigheten planerar att betala till anbudssökande eller anbudsgivare. Värdet beräknas exklusive mervärdesskatt.

Om den upphandlande myndigheten uppskattar att upphandlingens värde understiger direktupphandlingsgränsen eller tröskelvärdet, ska en vidare beräkning göras. Det är dock viktigt att komma ihåg att den metod som den upphandlande myndigheten använder för att uppskatta en upphandlings värde inte får väljas i avsikt att kringgå beloppsgränserna.

Om upphandlingen avser ett varu- eller tjänstekontrakt som regelbundet återkommer eller som ska förnyas, ska värdet beräknas enligt 5 kap. 11 § LOU. Det innebär att uppskattningen ska göras utifrån det verkliga värdet av liknande kontrakt som upphandlats under den föregående tolv månadersperioden eller det uppskattade totala värdet av en följd av kontrakt som kommer att upphandlas under kommande tolv månadersperiod efter den första leveransen. Till skillnad från den tidigare beräkningsregeln för direktupphandling innebär regeln att även tidigare annonserade upphandlingar eller kommande annonserade upphandlingar ska räknas in i värdet, det vill säga inte enbart genomförda direktupphandlingar. Notera dock att bestämmelsen endast gäller kontrakt och om kontraktet regelbundet återkommer eller ska förnyas inom en viss tid.

Bestämmelsen i 5 kap. 11 § punkterna 1 och 2 LOU ska alltså inte tillämpas samtidigt utan den upphandlande myndigheten kan välja att beräkna värdet av den kommande upphandlingen för år 2 antingen med hänsyn till värdet av de liknande kontrakt som upphandlats under den föregående tolv månadersperioden (år 1) enligt punkten 1, eller det uppskattade totala värdet av en följd av kontrakt som kommer att upphandlas under den kommande tolv månadersperioden som följer på den första leveransen enligt punkten 2.

Regeln kan ses som en skyddsregel mot förbudet att dela upp upphandlingar i syfte att komma under tröskelvärdet. Det kan till exempel röra sig om upphandlingar av kontrakt som rör samma föremål och som upphandlas kontinuerligt med kortare intervaller.

Remissinstanser har dock haft synpunkter på regelns utformning och hur beräkningen ska göras enligt nämnda bestämmelse. Lagrådet efterfrågade ett klargörande av hur bestämmelsen ska tillämpas i praktiken, men enligt förarbetena får detta avgöras av rättstillämpningen.

Om en upphandlande organisation är indelad i separata operativa enheter, ska värdet av en upphandling få uppskattas särskilt för en självständig sådan enhet. Det gäller enligt de nya reglerna även när enheten ska avgöra om den får direktupphandla. En sådan möjlighet fanns tidigare bara vid beräkningen av tröskelvärdet och för att avgöra om en separat operativ enhet fick göra en viss anskaffning enligt 19 kap. LOU. Genom de nya reglerna har alltså separata operativa enheter motsvarande möjlighet enligt LOU även vid beräkningen av direktupphandlingsgränsen.

**5. Kan man ha två (2) eller flera ramavtal inom samma område? Med andra ord, får man ha parallella ramavtal som konkurrerar med varandra? Exempelvis ett ramavtal från en inköpscentral/tillsammans med andra kommuner och dessutom ett eget ramavtal inom samma område.**

En upphandlande myndighet, som har ett befintligt ramavtal för vissa varor/tjänster, upphandlar ibland ytterligare ett ramavtal som – helt eller delvis – överlappar det tidigare ramavtalet.

Skälen för detta kan givetvis variera, exempelvis kan det ha visat sig att kravställningen i den första ramavtalsupphandlingen inte säkerställde den leveranskvalitet som myndigheten avsett.

Det är dock inte helt givet att det är tillåtet att ha parallella ramavtal. Parallella ramavtal skulle kunna stå i strid med principerna om likabehandling och transparens.

Att det inte är förbjudet i sig att ha två ramavtal vars tillämpningsområde helt eller delvis överlappar varandra är okontroversiellt. Om det till exempel finns en klar uppdelning mellan när en fastställd rangordning respektive förnyad konkurrensutsättning ska tillämpas har det ingen betydelse om båda avropsordningarna finns i ett och samma ramavtal eller om de är uppdelade på två olika ramavtal.

Problemet kan däremot uppstå om det finns ett utrymme för den upphandlande myndigheten att välja fritt mellan ramavtalen. Konkurrensverket yttrade sig i mål RÅ 2010 ref. 97, och anförde bland annat att kraven på likabehandling och transparens inte kan anses vara uppfyllda om två olika ramavtalsupphandlingar genomförs avseende samma slags varor/tjänster som ger myndigheter en frihet att välja avropsmodell.

Anta att en upphandlande myndighet har tecknat ett ramavtal för en viss vara med en fast rangordning mellan tre leverantörer, och att detta ramavtal löper under fyra år.

Ett år efter att ramavtal nr 1 ingåtts upphandlar myndigheten ett nytt ramavtal avseende samma vara med en fast rangordning, men där andra leverantörer antas än de tre som är rangordnade i ramavtal nr 1. Det finns ingen mekanism som fastställer vilket av ramavtalen myndigheten ska använda vid ett givet tillfälle.

När ramavtal 1 upphandlas finns inga transparens- eller likabehandlingsproblem i nu aktuellt avseende, eftersom det endast finns ett ramavtal att tillämpa. När ramavtal 2 upphandlas skapas dock en frihet för myndigheten att välja mellan ramavtalen vid tilldelning av kontrakt.

Det är Colligios uppfattning att potentiella leverantörer kan göra gällande att ramavtalsupphandling nr 2 strider mot likabehandlings- och transparensprincipen. Visserligen finns alltid en inneboende osäkerhet vid ramavtal vilka volymer av den aktuella varan som faktiskt kommer att avropas. Dock måste en leverantör kunna kräva att det – utöver denna inneboende osäkerhet – inte finns ett helt annat ramavtal avseende samma vara, som myndigheten utan begränsning kan komma att använda sig av.

En upphandlande myndighet bör undvika att upphandla ramavtal som helt eller delvis överlappar tidigare upphandlade ramavtal. Om det ändå görs, bör den upphandlande myndigheten ange en tydlig mekanism för när det första respektive andra ramavtalet ska tillämpas – oavsett om samma avropsmetod eller olika avropsmetoder anges i ramavtalen.

## 6. Reserverade upphandlingar enligt 19 kap. 25 § LOU

Bestämmelsen om reserverad upphandling för vissa tjänster enligt bilaga 2, 19 kap. 25 § LOU, reglerar möjligheten att under vissa förutsättningar förbehålla deltagandet i upphandlingen till vissa organisationer. Paragrafen motsvarar i huvudsak tidigare 19 kap. 6 a § LOU. I praktiken innebär bestämmelserna om reserverad upphandling att deltagandet i en i övrigt vanlig upphandling reserveras till vissa leverantörer. Bestämmelsen medger inte undantag från kravet på annonsering, utan enligt förarbetena understryks att konkurrensutsättning ska ske på det sätt som i övrigt föreskrivs för upphandling av tjänsterna i fråga.

Av första stycket framgår att upphandlingen ska avse en sådan tjänst som omfattas av en av följande CPV-koder:

79622000-0 - Tillhandahållande av hemtjänstpersonal  
79624000-4 - Förmedling av vårdpersonal  
79625000-1 - Förmedling av läkare  
85000000-9 till 85323000-9 - Hälso- och sjukvård samt socialvård  
98133000-4 - Tjänster tillhandahållna av sociala medlemsorganisationer  
75121000-0 - Utbildningsadministration  
75122000-7 - Hälsovårdsförvaltning  
80110000-8 - Förskoleundervisning  
80300000-7 - Högre utbildning  
80420000-4 - E-lärande  
80430000-7 - Vuxenundervisning på universitetsnivå  
80511000-9 - Personalutbildning  
80520000-5 - Utbildningslokaler/system  
80590000-6 -Handledning  
92500000-6 - Biblioteks-, arkiverings-, musei- och övriga kulturtjänster  
92600000-7 - Sporttjänster  
98133110-8 - Tjänster tillhandahållna av ungdomsorganisationer  
75123000-4 - Fastighetsförvaltning

De aktuella bestämmelserna innebär en rätt för den upphandlande myndigheten att reservera en upphandling för organisationer som uppfyller följande krav.

1. Organisationen ska ha som syfte att fullgöra ett offentligt uppdrag som är kopplat till att tillhandahålla sådana tjänster,
2. organisationen ska återinvestera eventuell vinst för att uppnå syftet, samt
3. ha en lednings- och ägarstruktur som grundar sig på personalens ägande eller deltagande eller som kräver aktivt deltagande av personal, användare eller berörda parter.

Bedömningen av om en organisation omfattas av regleringen måste göras utifrån en sammanvägning av samtliga omständigheter.

En upphandlande myndighet ska i något av upphandlingsdokumenten beskriva upphandlingen tillräckligt tydligt för att uppfylla kraven som följer av de grundläggande principerna. Det

innebär att en myndighet som avser att reservera deltagandet i en upphandling måste ange detta i något av upphandlingsdokumenten.

Tidsbestämmelsen på tre år innebär en begränsning vad gäller möjligheten att på nytt reservera upphandlingen till samma leverantör. Regleringen hindrar dock inte att den upphandlande myndigheten, efter en ny upphandling som inte reserverats med stöd av bestämmelserna, på nytt tilldelar samma leverantör ett kontrakt.

Det föreligger inte heller något hinder för den upphandlande myndigheten att på nytt besluta sig för att reservera upphandlingen, så länge inte samma leverantör som tidigare haft kontraktet tilldelas det på nytt.

#### **7. En kort checklista för att kvalitetssäkra en upphandling av sociala tjänster.**

Följande punkter bör Danderyds kommun ta hänsyn till när ni ska upphandla tjänster enligt bilaga 2:

- Är tjänsten som upphandlas angiven i bilaga 2 till LOU?
- Vad är det uppskattade värdet för hela kontraktstiden, inklusive eventuella optioner och förlängningsklausuler?
- Räkna även med värdet av liknande kontrakt som har upphandlats de senaste 12 månaderna eller som ska upphandlas de kommande 12 månaderna. Observera att sättet att beräkna värdet inte får medföra att beloppsgränserna kringgås.
- Sociala tjänster ska upphandlas enligt reglerna i kap. 19 LOU om värdet överstiger tröskelvärdet.
- Sociala tjänster ska upphandlas enligt kap. 19 a LOU om värdet understiger tröskelvärdet. Beakta eventuella interna rutiner för direktupphandling.
- Eftersom kravet på att använda ett visst förfarande har tagits bort är det viktigt att ni som upphandlande myndighet tydligt anger i upphandlingsdokumenten hur upphandlingen ska genomföras. En bra idé kan vara att ta fram mallar.
- Ange takvolym (uppskattning i timmar/kronor) i upphandlingsdokumentet när ramavtal upphandlas.
- Ange i upphandlingsdokumenten om förhandling kan komma att ske samt vad förhandlingen i så fall kan komma att omfatta.
- Upphandling enligt 19 kap. LOU ska annonseras i registrerad annonsdatabas med skälig anbudstid.
- Vid upphandling enligt 19 kap. LOU ska avtalsspärr tillämpas. Avtalsspärr gäller inte vid upphandling enligt 19 a kap. LOU.
- Efterannonsera om upphandlingens värde överstiger 700 000 kr.
- Säkerställ att de grundläggande principerna följs genom hela upphandling.