

Finansdepartementet
Avdelningen för offentlig förvaltning

Promemoria

Vissa förslag till ändringar i lagen om offentlig
upphandling med anledning av
Välfärdsutredningens förslag

September 2017

Promemorians huvudsakliga innehåll

Välfärdsutredningen har i betänkandet Ordning och reda i välfärden (SOU 2016:78) bl.a. föreslagit ändringar i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) när det gäller upphandling av välfärds-tjänster vars värde understiger EU:s tröskelvärde. I denna promemoria föreslås vissa ändringar och kompletteringar av de förslag som Välfärdsutredningen har lämnat. Promemorians förslag innebär bl.a. att upphandling av välfärdstjänster under EU:s tröskelvärde, oavsett om upphandlingen har ett bestämt gränsöverskridande intresse eller inte, ska annonseras i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig. Ett undantag från annonseringsskyldigheten föreslås dock bl.a. för de fall då upphandlingens värde understiger 28 procent av tröskelvärdet. Vidare föreslås att upphandlande myndigheter ska vara skyldiga att informera berörda leverantörer om resultatet av upphandlingen och dokumentera dess genomförande. I promemorian föreslås även bl.a. att 20–22 kap. LOU, som innehåller bestämmelser om överprövning, upphandlings-skadeavgift och tillsyn, ska gälla vid all sådan upphandling.

Syftet med förslagen är att säkerställa att kontrakt avseende välfärdstjänster tilldelas på ett öppet och rättssäkert sätt.

I promemorian föreslås vidare vissa följdändringar i LOU som bedömts nödvändiga med anledning av Välfärdsutredningens förslag och de förslag som lämnas i promemorian.

Syftet är inte att förslagen i denna promemoria ska innebära några begränsningar av upphandlande myndigheters möjlighet att tilldela kontrakt till idéburna leverantörer jämfört med Välfärdsutredningens förslag. Tvärtemot bedöms förslagen kunna bidra till att idéburna leverantörer ges bättre förutsättningar att få kännedom om de möjligheter som finns att leverera till offentlig sektor, vilket kan stärka det civila samhällets långsiktiga villkor. Förslagen bedöms också bättre uppfylla de rättssäkerhetskrav som bör gälla även vid upphandling av välfärds-tjänster.

Innehållsförteckning

1	Förslag till lag om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling	3
2	Ärendet och dess beredning	10
3	Välfärdsutredningens förslag till nytt undantag i LOU	10
4	Överväganden och förslag	12
4.1	Upphandling av välfärdstjänster som inte har ett bestämt gränsöverskridande intresse	12
4.2	Huvudregel om annonsering vid all upphandling av välfärdstjänster under tröskelvärde	13
4.3	Beräkning av en upphandlings värde	15
4.4	Information till leverantörer och dokumentation av upphandlingen	16
4.5	Rättsmedel och tillsyn	17
4.6	Allmänna bestämmelser	20
4.7	Blandad upphandling	20
5	Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser	21
6	Konsekvenser	21
7	Författningskommentar	23
Bilaga	Välfärdsutredningens förslag till lag om ändring i lagen om offentlig upphandling i betänkandet Ordning och reda i välfärden (SOU 2016:78)	28

1 Förslag till lag om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling

Härigenom föreskrivs i fråga om lagen (2016:1145) om offentlig upphandling,

dels att 1 kap. 1 §, 2 kap. 2 §, 19 a kap. 1, 2 och 24 §§, 20 kap. 1, 2 och 13 §§, 21 kap. 1 § och rubriken närmast före 19 a kap. 24 § ska ha följande lydelse,

dels att det ska införas tre nya paragrafer, 19 a kap. 25–27 §§, och närmast före 19 a kap. 25 och 26 §§ nya rubriker, av följande lydelse,

dels att det närmast efter 19 a kap. 23 § ska införas en ny rubrik som ska lyda ”Upphandling av tjänster enligt bilaga 2 a vars värde beräknas understiga tröskelvärdet”.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

1 kap.

1 §

Innehållet i denna lag är uppdelat enligt följande:

1 kap. – Lagens innehåll, tillämpningsområde och definitioner

2 kap. – Blandad upphandling

3 kap. – Undantag från lagens tillämpningsområde

4 kap. – Allmänna bestämmelser

5 kap. – Tröskelvärden

6 kap. – Upphandlingsförfaranden

7 kap. – Ramavtal, inköpscentraler och annan samordnad upphandling

8 kap. – Elektroniska metoder för upphandling

9 kap. – Tekniska krav

10 kap. – Annonsering av upphandling och inbjudan till anbudsökande

11 kap. – Tidsfrister för anbudsansökningar och anbud

12 kap. – Kommunikation, information till leverantörer och dokumentation

13 kap. – Uteslutning av leverantörer

14 kap. – Kvalificering

Innehållet i denna lag är uppdelat enligt följande:

1 kap. – Lagens innehåll, tillämpningsområde och definitioner

2 kap. – Blandad upphandling

3 kap. – Undantag från lagens tillämpningsområde

4 kap. – Allmänna bestämmelser

5 kap. – Tröskelvärden

6 kap. – Upphandlingsförfaranden

7 kap. – Ramavtal, inköpscentraler och annan samordnad upphandling

8 kap. – Elektroniska metoder för upphandling

9 kap. – Tekniska krav

10 kap. – Annonsering av upphandling och inbjudan till anbudsökande

11 kap. – Tidsfrister för anbudsansökningar och anbud

12 kap. – Kommunikation, information till leverantörer och dokumentation

13 kap. – Uteslutning av leverantörer

14 kap. – Kvalificering

15 kap. – Egen försäkran och utredning om leverantörer

16 kap. – Utvärdering av anbud och tilldelning av kontrakt

17 kap. – Fullgörande av kontrakt

18 kap. – Projekttävlingar

19 kap. – Upphandling under tröskelvärdena och upphandling av tjänster enligt bilaga 2

20 kap. – Avtalsspärr, överprövning och skadestånd

21 kap. – Upphandlingsskadeavgift

22 kap. – Tillsyn

Till lagen hör följande bilagor:

Bilaga 1 – Förteckning över byggentreprenadkontrakt

Bilaga 2 – Förteckning över sociala tjänster och andra särskilda tjänster

Bilaga 3 – Definitioner av vissa tekniska specifikationer

15 kap. – Egen försäkran och utredning om leverantörer

16 kap. – Utvärdering av anbud och tilldelning av kontrakt

17 kap. – Fullgörande av kontrakt

18 kap. – Projekttävlingar

19 kap. – Upphandling under tröskelvärdena och upphandling av tjänster enligt bilaga 2

19 a kap. – Upphandling av tjänster enligt bilaga 2 a

20 kap. – Avtalsspärr, överprövning och skadestånd

21 kap. – Upphandlingsskadeavgift

22 kap. – Tillsyn

Till lagen hör följande bilagor:

Bilaga 1 – Förteckning över byggentreprenadkontrakt

Bilaga 2 – Förteckning över sociala tjänster och andra särskilda tjänster *utom välfärdstjänster*

Bilaga 2 a – Förteckning över välfärdstjänster

Bilaga 2 b – Förteckning över tjänster som omfattas av bestämmelsen om reserverade kontrakt enligt 19 a kap. 5 §

Bilaga 3 – Definitioner av vissa tekniska specifikationer

2 kap.

2 §

Om ett blandat kontrakt avser flera olika slag av upphandling som alla regleras i denna lag ska upphandlingen genomföras i enlighet med bestämmelserna för det slag av upphandling som är huvudföremålet för kontraktet.

För ett blandat kontrakt som avser både varor och tjänster ska huvudföremålet bestämmas utifrån det högsta av de uppskattade värdena för varorna eller tjänsterna.

För ett blandat kontrakt som avser *både tjänster som anges i bilaga 2 och andra tjänster* ska huvudföremålet bestämmas utifrån det högsta av de uppskattade värdena för tjänsterna.

För ett blandat kontrakt som avser *vissa kombinationer av tjänster* ska huvudföremålet bestämmas utifrån det högsta av de uppskattade värdena för tjänsterna. *Detta gäller kontrakt som avser både*

1. tjänster som anges i bilaga 2 och andra tjänster,

2. tjänster som anges i bilaga 2 a och andra tjänster, eller

3. tjänster som anges i bilaga 2 och tjänster som anges i bilaga 2 a.

Lydelse enligt SOU 2016:78

Föreslagen lydelse

19 a kap.

1 §

Detta kapitel gäller för upphandling av tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2 a. Vid sådan upphandling tillämpas också bestämmelserna i 1 kap. om lagens innehåll, tillämpningsområde och definitioner, 2 kap. om blandad upphandling, 3 kap. om undantag från lagens tillämpningsområde och 5 kap. om tröskelvärden.

Denna lag gäller dock inte för upphandling av sådana tjänster vars värde beräknas understiga det tröskelvärde som gäller enligt 5 kap. 1 § och som inte har ett bestämt gränsöverskridande intresse.

Detta kapitel gäller för upphandling av tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2 a. Vid sådan upphandling tillämpas också bestämmelserna i

- 1 kap. om lagens innehåll, tillämpningsområde och definitioner,
- 2 kap. om blandad upphandling,
- 3 kap. om undantag från lagens tillämpningsområde,
- 5 kap. om tröskelvärden,
- 20 kap. om avtalsspärr, överprövning och skadestånd,
- 21 kap. om upphandlingsskadeavgift, och
- 22 kap. om tillsyn.

2 §

För upphandling av tjänster som anges i bilaga 2 a vars värde uppgår till minst det tröskelvärde som gäller enligt 5 kap. 1 § tillämpas 3–24 §§.

För upphandling av sådana tjänster vars värde beräknas understiga tröskelvärdet och som har ett bestämt gränsöverskridande intresse tillämpas, utöver vad som framgår av 1 § första stycket, bestämmelserna om principer för offentlig upphandling i 4 kap. 1 §, information till leverantörer i

För upphandling av tjänster som anges i bilaga 2 a vars värde beräknas uppgå till minst det tröskelvärde som gäller enligt 5 kap. 1 § tillämpas 3–23 §§.

För upphandling av sådana tjänster vars värde beräknas understiga tröskelvärdet och som har ett bestämt gränsöverskridande intresse tillämpas 24–27 §§ och 4 kap. 1 §.

12 kap. 12 och 13 §§, dokumentation i 12 kap. 14 och 17 §§, avtalsspärr, överprövning och skadestånd i 20 kap. samt tillsyn i 22 kap.

För upphandling av sådana tjänster vars värde beräknas understiga tröskelvärdet och som inte har ett bestämt gränsöverskridande intresse tillämpas 24–27 §§.

Upphandling av tjänster enligt bilaga 2 a vars värde beräknas understiga tröskelvärdet

Rättsmedel och tillsyn

Annonsering

Bestämmelserna i
– 20 kap. om avtalsspärr, överprövning och skadestånd,
– 21 kap. om upphandlingsskadeavgift, och
– 22 kap. om tillsyn ska tillämpas.

24 §

En upphandlande myndighet som avser att upphandla en sådan tjänst som anges i bilaga 2 a ska informera om upphandlingen genom att publicera en annons i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig.

Första stycket gäller dock inte om

1. värdet av upphandlingen beräknas understiga 28 procent av det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 §,

2. förutsättningarna för upphandling utan föregående annonsering enligt 6 kap. 12–19 §§ är uppfyllda, eller

3. det finns synnerliga skäl.

Uppskattning av värdet av en upphandling

25 §

Värdet av en upphandling ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas i upphandlingen. En upphandling får inte delas upp i avsikt att kringgå bestämmelserna i denna lag.

Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats.

Vid beräkningen ska den upphandlande myndigheten beakta

direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten under räkenskapsåret.

Information till leverantörer och dokumentation

26 §

Vid en upphandling som annonserats enligt 24 § ska den upphandlande myndigheten snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som avses i 12 kap. 12 § och lämna sådana upplysningar som avses i 12 kap. 13 §.

Om upphandlingen skett utan annonsering enligt 24 § andra stycket ska den upphandlande myndigheten, när beslut om leverantör och anbud fattats, snarast möjligt underrätta anbudsgivarna om beslutet.

27 §

En upphandlande myndighet ska dokumentera genomförandet av en upphandling enligt 24 §.

Första stycket gäller inte om upphandlingens värde understiger 100 000 kronor.

I fråga om bevarande av handlingar tillämpas 12 kap. 17 §.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

20 kap.

1 §

Om en upphandlande myndighet är skyldig att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 12 kap. 12 § första stycket eller 19 kap. 29 § och underrättelsen har skickats med ett elektroniskt medel, får den upphandlande myndigheten inte ingå avtal (avtalsspärr) förrän 10 dagar har gått från det att underrättelsen skickades.

Om en upphandlande myndighet är skyldig att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 12 kap. 12 § första stycket, 19 kap. 29 § eller 19 a kap. 13 § eller 26 § första stycket och underrättelsen har skickats med ett elektroniskt medel, får den upphandlande myndigheten inte ingå avtal (avtalsspärr) förrän 10 dagar har gått från det att underrättelsen

skickades.

Om underrättelsen har skickats på annat sätt än med ett elektroniskt medel till någon anbudssökande eller anbudsgivare, får avtal inte ingås förrän 15 dagar har gått från utskickandet.

Om en upphandlande myndighet i underrättelsen har angett en längre avtalsspärr än den föreskrivna minimifristen, får avtal inte ingås förrän efter utgången av den angivna perioden.

2 §

Avtalsspärr gäller inte

1. vid tilldelning av kontrakt efter upphandling utan föregående annonsering med stöd av 6 kap. 12–19 §§,

2. vid tilldelning av kontrakt med förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal enligt 7 kap. 7 och 8 §§,

3. vid tilldelning av kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem, eller

4. vid direktupphandling enligt 19 kap. 7 § tredje stycket.

4. vid direktupphandling enligt 19 kap. 7 § tredje stycket *eller* 19 a kap. 7 § tredje stycket *eller* 24 § andra stycket.

13 §

Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits

1. utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2 eller 3 §, 18 kap. 2 § *eller* 19 kap. 9 § när det inte har varit tillåtet att använda direktupphandling enligt 19 kap.

1. utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2 eller 3 §, 18 kap. 2 §, 19 kap. 9 § *eller* 19 a kap. 7 § *eller* 24 § första stycket, när det inte har varit tillåtet att använda direktupphandling enligt 19 kap. *eller* 19 a kap.

2. efter en förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal enligt 7 kap. 7 eller 8 § samt 9 § utan att de villkor har följts som framgår av de paragraferna eller av det ramavtal som ligger till grund för konkurrensutsättningen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, eller

3. enligt ett dynamiskt inköpssystem utan att de villkor som anges i 8 kap. 10 eller 12 § har följts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Ett avtal ska också förklaras ogiltigt, om det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 1, 3 eller 8 §, ett interimistiskt beslut enligt 9 § eller tio-dagarsfristen i 10 § eller om avtalet har slutits före en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 12 kap. 12 § första stycket *eller* 19 kap. 29 § första stycket. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon

Ett avtal ska också förklaras ogiltigt, om det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 1, 3 eller 8 §, ett interimistiskt beslut enligt 9 § eller tio-dagarsfristen i 10 § eller om avtalet har slutits före en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 12 kap. 12 § första stycket, 19 kap. 29 § första stycket *eller* 19 a kap. 13 § *eller* 26 § första stycket. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att någon av de grund-

annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada. läggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

21 kap.

1 §

Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift), om

1. allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som fått laga kraft har fastställt att ett avtal får bestå, trots att det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 20 kap. 1, 3 eller 8 §,

2. allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som fått laga kraft har fastställt att ett avtal får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 20 kap. 14 §, eller

3. myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2 eller 3 §, 18 kap. 2 §, *eller* 19 kap. 9 §.

3. myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2 eller 3 §, 18 kap. 2 §, 19 kap. 9 §, *eller 19 a kap. 7 § eller 24 § första stycket.*

1. Denna lag träder i kraft den 1 juli 2018.

2. Äldre bestämmelser gäller för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet.

2 Ärendet och dess beredning

Välfärdsutredningen har i delbetänkandet Ordning och reda i välfärden (SOU 2016:78) lämnat förslag till ändringar i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU), som syftar till att i högre grad ta tillvara det EU-rättsliga utrymme som finns för att skapa ett mer flexibelt regelverk för upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster. Välfärdsutredningens förslag till lag om ändring i LOU finns i en *bilaga* till denna promemoria. Utredningen för ett stärkt civilsamhälle har i betänkandet Palett för ett stärkt civilsamhälle (SOU 2016:13) lämnat förslag som delvis överensstämmer med Välfärdsutredningens förslag. Betänkandena har remitterats och bereds för närvarande inom Regeringskansliet. Remissyttrandena över Välfärdsutredningens delbetänkande finns tillgängliga i Finansdepartementet (Fi2016/04014/K) och remissyttrandena över betänkandet från Utredningen för ett stärkt civilsamhälle finns tillgängliga i Kulturdepartementet (Ku2016/00504/D).

I denna promemoria föreslås ändringar i Välfärdsutredningens förslag till bestämmelser i 19 a kap. 1, 2 och 24 §§ LOU om upphandling av välfärdstjänster. Det föreslås vidare att utredningens förslag till 19 a kap. kompletteras med tre nya paragrafer, 25–27 §§, om upphandling av välfärdstjänster under EU:s tröskelvärde. I promemorian föreslås vidare vissa följdändringar i LOU, delvis till följd av Välfärdsutredningens förslag, delvis till följd av förslagen i promemorian.

Syftet med promemorian är att komplettera underlaget när det gäller upphandling av välfärdstjänster inför den fortsatta beredningen. Remissyttrandena över såväl Välfärdsutredningens delbetänkande och betänkandet från Utredningen för ett stärkt civilsamhälle som över denna promemoria, kommer att beaktas i det fortsatta arbetet.

3 Välfärdsutredningens förslag till nytt undantag i LOU

Välfärdsutredningen har bl.a. föreslagit att ett helt nytt kapitel, 19 a kap., ska införas i LOU. Kapitlet ska i huvudsak innehålla regler för upphandling av sådana tjänster som räknas upp i en föreslagen ny bilaga 2 a till lagen (s.k. välfärdstjänster) och vars värde uppgår till eller överstiger EU:s tröskelvärde. För upphandling av välfärdstjänster som understiger tröskelvärdet, men som har ett bestämt gränsöverskridande intresse, föreslås att ett fåtal bestämmelser i lagen ska gälla, bl.a. de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Utredningen har vidare föreslagit att upphandling av välfärdstjänster under tröskelvärdet, som saknar ett bestämt gränsöverskridande intresse, helt ska undantas från LOU. I det följande lämnas en kort redogörelse för remissutfallet när det gäller utredningens förslag till undantag från LOU för upphandling av välfärdstjänster under tröskelvärdet.

Remissutfallet över Välfärdsutredningens förslag till undantag från LOU är blandat. Nästan samtliga representanter för den idéburna sektorn,

bl.a. Famna – Riksorganisationen för idéburen vård och social omsorg, Svenska kyrkan och Studieförbunden, tillstyrker eller är i huvudsak positiva till förslaget. Även Forum – Idéburna organisationer med social inriktning tillstyrker förslaget, men konstaterar samtidigt att det är viktigt att det skapas förutsättningar för transparens, dels för att se till att många aktörer släpps in, dels för att undvika risken för korruption. Ersta diakoni och Bräcke diakoni anser att en höjd gräns för direktupphandling skulle vara av stor betydelse för mindre verksamheter och vid starten av idéburna organisationer.

Landsorganisationen i Sverige (LO) och Svenska kommunalarbetsförbundet (Kommunal) är i grunden positiva till förslaget. Studieförbunden anser att utredningens förslag om att underlätta för civilsamhället i upphandling skulle kunna bidra till att öka kvalitet och mångfald inom välfärden, inte minst på kommunal nivå.

Nästan samtliga kommuner och landsting som yttrar sig i frågan, bl.a. Stockholms läns landsting samt Halmstads, Sigtuna och Luleå kommuner, tillstyrker eller är i huvudsak positiva till förslaget. Flera av dessa anser bl.a. att det skulle underlätta för idéburna organisationer att delta i upphandlingar. Sveriges Kommuner och Landsting (SKL) är generellt positivt till utredningens förslag om att förenkla regelverket för upphandlingar, men yttrar sig inte särskilt över undantaget.

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker förslaget delvis, men anser att presumtionen bör vara att det finns ett bestämt gränsöverskridande intresse. Enligt myndigheten bör därför upphandlingar av tjänster av det aktuella slaget som huvudregel annonseras i en allmänt tillgänglig databas, och därigenom uppfylla primärrättens minimikrav. På så sätt möjliggörs enligt myndigheten deltagande för samtliga leverantörer av välfärdstjänster, samtidigt som en ökad transparens och öppenhet minskar risken för upplevt godtycke och korruption. Myndigheten anser vidare att bestämmelser om dokumentation och riktlinjer om upphandling bör gälla även i dessa fall.

Vårdförbundet är tveksamt till förslaget och har farhågor bl.a. om att det kan missgynna små och idéburna leverantörer på grund av brist på öppenhet.

Statens skolverk, Kommerskollegiet, Konkurrensverket (KKV), Företagarna, Svenskt Näringsliv, Svenska vård, Vårdföretagarna Almega och Lernia avstyrker eller är i huvudsak negativa till utredningens förslag. Flera av dessa remissinstanser bedömer att samtliga kontrakt inom vård och omsorg har ett gränsöverskridande intresse eftersom det finns flera internationella aktörer på marknaden. En synpunkt som många av dessa remissinstanser, och även bl.a. Förvaltningsrätten i Linköping, Sveriges advokatsamfund och Advokatfirman Delphi, framför är att bedömningen av om det finns ett bestämt gränsöverskridande intresse är komplex och svår. Några påpekar också att det finns en risk för att denna fråga ger upphov till svåra och långa överprövningsprocesser. Sveriges advokatsamfund och Advokatfirman Kahn Pedersen anser att lagtexten bör kompletteras med en bestämmelse som ger vägledning om vad som är ett bestämt gränsöverskridande intresse. KKV anser att ett eventuellt undantag bör förenas med bestämmelser om dokumentationsskyldighet.

4 Överväganden och förslag

4.1 Upphandling av välfärdstjänster som inte har ett bestämt gränsöverskridande intresse

Bedömning: Ett fåtal grundläggande regler som säkerställer öppenhet och rättssäkerhet bör gälla även vid offentlig upphandling av välfärdstjänster vars värde understiger tröskelvärdet och som inte har ett bestämt gränsöverskridande intresse.

Skälen för bedömningen: Det är viktigt att utnyttja det utrymme som finns att skapa ett så enkelt och flexibelt regelverk som möjligt för sådana upphandlingar som inte omfattas av EU-direktiven om upphandling. Det är också viktigt att regelverket utformas på ett sätt som kan bidra till att de idéburna aktörernas särskilda potential tas till vara.

Välfärdsutredningen har föreslagit att det ska införas ett renodlat undantag från LOU för sådana upphandlingar av välfärdstjänster vars beräknade värde understiger tröskelvärdet för sådana tjänster och som saknar ett bestämt gränsöverskridande intresse. Undantaget medför alltså en stor frihet för upphandlande myndigheter när de upphandlar sådana tjänster även vid upphandlingar som uppgår till relativt höga värden. Ett sådant undantag innebär bl.a. att dessa tjänster kan anskaffas genom att myndigheten vänder sig direkt till en vald leverantör, utan att andra leverantörer i praktiken har någon möjlighet att få insyn i eller vetskap om upphandlingen.

Att upphandlingar offentliggörs är en grundläggande förutsättning för att såväl befintliga som potentiella leverantörer ska kunna få kännedom om vilka möjligheter som finns att leverera till offentlig sektor. Öppenhet om detta kan också bidra till att främja en mångfald av leverantörer. Att upphandlingar sker på ett öppet och transparent sätt kan vidare antas öka förtroendet för myndigheterna och tilltron till det allmänna. Även om de allmänna upphandlingsrättsliga principerna – i enlighet med vad som föreslagits av Välfärdsutredningen – inte blir tillämpliga på upphandlingar av välfärdstjänster som understiger tröskelvärdet, och som inte har ett bestämt gränsöverskridande intresse, bör ett antal grundläggande bestämmelser som säkerställer öppenhet och rättssäkerhet gälla även vid sådan upphandling. Bestämmelserna bör i huvudsak avse offentliggörande av upphandlingen, information till leverantörer, skyldighet att dokumentera upphandlingen samt rättsmedel och tillsyn. Därigenom skapas en balans mellan å ena sidan intresset av enkelhet och flexibilitet vid upphandlingen och å andra sidan intresset av öppenhet och rättssäkerhet.

Även om endast ett begränsat antal regler föreslås gälla för upphandling under tröskelvärdet finns det bestämmelser i annan lagstiftning som myndigheter har att tillämpa i sin verksamhet som också främjar att tilldelning sker på ett rättssäkert sätt. Av 1 kap. 9 § regeringsformen följer att förvaltningsmyndigheter och andra som fullgör offentliga förvaltningsuppgifter i sin verksamhet ska beakta saklighet och opartiskhet. Vidare är förvaltningslagens (1986:223) bestämmelser om bl.a. myndig-

heternas serviceskyldighet och allmänna krav på handläggningen av ärenden tillämpliga också vid upphandling.

Det bör framhållas att avsikten med förslagen i denna promemoria inte är att begränsa upphandlande myndigheters möjligheter att tilldela kontrakt till idéburna leverantörer jämfört med Valfärdsutredningens förslag. Tvärtom bedöms förslagen kunna bidra till att idéburna och andra leverantörer ges bättre möjligheter att få kännedom om de tillfällen som finns att leverera till offentlig sektor, vilket på sikt också kan bidra till att sektorn utvecklas och växer ytterligare. Det ökar därmed också möjligheten för upphandlande myndigheter att få kännedom om vilka leverantörer som kan vara intresserade av att leverera välfärdstjänster.

4.2 Huvudregel om annonsering vid all upphandling av välfärdstjänster under tröskelvärdet

Förslag: Upphandlingar av välfärdstjänster under EU:s tröskelvärde om 750 000 euro (ca 6 900 000 kr) ska som huvudregel, oavsett om det finns ett gränsöverskridande intresse eller inte, offentliggöras genom en annons om upphandling.

För sådana upphandlingar vars värde understiger 28 procent av tröskelvärdet (ca 1 900 000 kr) ska dock undantag från annonseringskyldigheten gälla. Undantag från annonseringskyldigheten ska också gälla om förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 6 kap. 12–19 §§ LOU är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl.

Skälen för förslagen

All upphandling av välfärdstjänster under tröskelvärdena bör som huvudregel annonseras

När det gäller upphandling av välfärdstjänster under EU:s tröskelvärde om 750 000 euro som har ett bestämt gränsöverskridande intresse har Valfärdsutredningen inte föreslagit någon uttrycklig annonseringsbestämmelse. Utredningen har i stället ansett att kravet på offentliggörande, såväl som formerna för detta, följer av den s.k. öppenhetsprincipen. Principen, som ytterst har sitt ursprung i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt och EU-domstolens praxis, innebär ett krav på öppenhet och en skyldighet att lämna insyn. Syftet är att garantera varje potentiell anbudsgivare att förfarandet kringgärdas av sådan offentlighet att det är öppet för konkurrens och att det går att kontrollera att upphandlingsförfarandena är opartiska (se SOU 2016:78 s. 49). Enligt utredningen bör det vara upp till den upphandlande myndigheten att i varje enskilt fall bedöma vad som krävs för att öppenhetsprincipen ska anses uppfylld (SOU 2016:78 s. 538). Enligt den nuvarande regleringen i 19 kap. 9 § LOU ska upphandling av såväl välfärdstjänster som andra tjänster annonseras i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig.

Även om ett krav på offentliggörande får anses följa av öppenhetsprincipen kan det dock ifrågasättas om utredningens förslag i denna del i praktiken innebär någon förenkling för upphandlande myndigheter, eftersom en bedömning i varje enskilt fall måste göras av hur upphandlingen ska offentliggöras för att öppenhetsprincipen ska vara tillgodosedd. Att det inte finns någon uttrycklig bestämmelse om tillvägagångssättet vid offentliggörandet innebär också större otydlighet för leverantörer när det gäller var information om aktuella upphandlingar kan hittas. Vidare kan frågan om offentliggörandet skett på ett sätt som tillgodosett öppenhetsprincipen bli ytterligare en fråga som riskerar att bli föremål för överprövning.

Mot denna bakgrund bör Valfärdsutredningens förslag kompletteras med en uttrycklig bestämmelse som anger hur en upphandling av välfärdstjänster ska offentliggöras. Det är lämpligt att bestämmelsen utformas på motsvarande sätt som regleringen i 19 kap. 9 § LOU om annonsering i en allmänt tillgänglig elektronisk databas. Att enhetliga regler gäller för offentliggörandet torde av praktiska skäl vara en fördel, såväl för upphandlande myndigheter som för leverantörer. En sådan skyldighet bedöms vidare inte vara särskilt betungande för upphandlande myndigheter. Den innebär också att den komplexa prövningen av om det finns ett gränsöverskridande intresse behöver göras i färre fall än enligt Valfärdsutredningens förslag. Att regler om offentliggörande görs tillämpliga oberoende av om upphandlingen har ett gränsöverskridande intresse eller inte minskar vidare risken för att ett avtal kan komma att ogiltigförklaras på grund av att annonsering inte skett.

Sammanfattningsvis föreslås i denna promemoria att all upphandling av välfärdstjänster under EU:s tröskelvärde, oavsett om det finns ett gränsöverskridande intresse eller inte, som huvudregel ska offentliggöras genom en annons i en allmänt tillgänglig elektronisk databas.

Möjlighet till undantag från annonseringsskyldigheten

Bestämmelser om annonseringsskyldighet är, som anförts ovan, viktiga bl.a. för att garantera insyn i myndigheternas upphandlingar och för att möjliggöra leverantörers tillträde till marknaden. Även med beaktande av detta kan en upphandling vara av så ringa värde att det skulle vara ineffektivt att kräva att den annonseras. Sådana upphandlingar kan förmodas ha ett begränsat intresse för inhemska leverantörer och kan i de allra flesta fall antas vara utan intresse för leverantörer från andra länder. Dessa upphandlingar kan därför också presumeras sakna ett gränsöverskridande intresse.

Enligt 19 kap. LOU finns det möjlighet att under vissa förutsättningar använda sig av s.k. direktupphandling vid upphandling av sådana välfärdstjänster som omfattas av Valfärdsutredningens förslag. Med direktupphandling avses enligt definitionen i 19 kap. 4 § LOU en upphandling utan krav på anbud i viss form. Mer praktiskt uttryckt är det ett förfarande som inte ställer krav på anbudsinfordran i viss form. Något lagkrav på annonsering finns alltså inte i dessa fall. Direktupphandling får enligt 19 kap. 7 § LOU användas bl.a. om upphandlingens värde uppgår till högst 28 procent av det tröskelvärde som gäller för kommuner och landsting.

På motsvarande sätt som vid direktupphandling enligt LOU bör ett undantag gälla från den föreslagna annonseringsskyldigheten vid upphandling av välfärdstjänster som har ett mer begränsat värde. Det är vid bestämningen av vilket värde som bör gälla ändamålsenligt att utgå från den beloppsgräns som enligt 19 kap. 7 § LOU gäller vid direktupphandling av varor och tjänster, dvs. utifrån en procentsats av det aktuella tröskelvärdet. Med beaktande av att EU-tröskelvärdet för sociala tjänster och andra särskilda tjänster är betydligt högre än för upphandling av andra typer av tjänster bedöms det i detta sammanhang rimligt att utgå från samma procentsats, dvs. 28 procent av tröskelvärdet. Mot denna bakgrund föreslås att undantag från annonseringsskyldigheten ska gälla för sådana upphandlingar vars värde understiger 28 procent av tröskelvärdet 750 000 euro, dvs. ca 1 900 000 kr.

En upphandlande myndighet är skyldig att tillämpa de allmänna EU-rättsliga principerna om bl.a. öppenhet och likabehandling även vid upphandlingar som understiger EU-direktivets tröskelvärde, om upphandlingen har ett bestämt gränsöverskridande intresse (se avsnitt 4.1 och vidare SOU 2016:78 s. 485 f. och 535 f.). Detta innebär att en upphandlande myndighet, till följd av öppenhetsprincipen, kan vara skyldig att offentliggöra upphandlingen trots att detta inte följer direkt av EU-direktivet eller av LOU. En upphandling under den föreslagna beloppsgränsen kan dock alltså presumeras sakna gränsöverskridande intresse, såvida det inte finns särskilda omständigheter som talar emot detta.

Enligt 19 kap. 7 § LOU får direktupphandling användas också om förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 6 kap. 12–19 §§ LOU är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl. Av 6 kap. 12–19 §§ följer att det förra förfarandet får användas bl.a. om det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte har lämnats några lämpliga anbudsansökningar eller anbud, eller när det föreligger synnerlig brådska (se vidare lagtexten och prop. 2015/16:195 del 1 s. 499 f.). Även om det framstår som oklart om alla de situationer som omfattas av bestämmelserna i praktiken kan bli aktuella vid upphandling av välfärdstjänster bör motsvarande undantag från annonseringsskyldigheten gälla även vid upphandling av välfärdstjänster.

4.3 Beräkning av en upphandlings värde

Förslag: Det ska införas bestämmelser om beräkningen av värdet av en upphandling av välfärdstjänster.

Skälen för förslaget: I denna promemoria föreslås att en upphandlande myndighet ska kunna göra undantag från skyldigheten att annonsera en upphandling av välfärdstjänster som understiger en viss beloppsgräns. Som en följd av detta finns det behov av en bestämmelse som anger hur upphandlingens värde ska beräknas. En sådan bestämmelse finns i 19 kap. 8 § LOU. Enligt denna ska värdet av en upphandling uppskattas till det totala belopp som ska betalas i upphandlingen. I paragrafen erinras också om att en upphandling inte får delas upp i avsikt att kringgå bestämmelserna i denna lag. Vidare anges att den upphandlande myndigheten vid beräkningen ska beakta direktupphandlingar av

samma slag gjorda av myndigheten under räkenskapsåret. Det förtydligas även hur options- och förlängningsklausuler ska beaktas vid uppskattningen av en upphandlings värde. Motsvarande bestämmelser om beräkningen av upphandlingens värde bör gälla även vid upphandling av välfärdstjänster under tröskelvärdet.

4.4 Information till leverantörer och dokumentation av upphandlingen

Förslag: När en upphandling av välfärdstjänster under tröskelvärdet har annonserats ska den upphandlande myndigheten snarast möjligt skriftligen underrätta anbudsgivarna om beslutet att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal. Den upphandlande myndigheten ska även informera om när den beslutat att avbryta eller göra om en upphandling. Även när upphandlingen inte annonserats ska berörda leverantörer underrättas.

En upphandlande myndighet ska dokumentera genomförandet av en upphandling av välfärdstjänster under tröskelvärdena, oavsett om det finns ett bestämt gränsöverskridande intresse eller inte. Dokumentationskyldigheten ska dock inte gälla om upphandlingens värde understiger 100 000 kr.

Skälen för förslagen: Enligt 12 kap. 12 § LOU ska en upphandlande myndighet snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som har fattats om att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal. Underrättelsen ska innehålla skälen för beslutet och uppgift om eventuell s.k. avtalsspärr, dvs. den period under vilken avtal enligt 20 kap. 1 § LOU inte får ingås. Vidare ska en skriftlig underrättelse lämnas också om en upphandlande myndighet beslutar att avbryta en upphandling eller att göra om den. I 12 kap. 13 § LOU finns bestämmelser om att en upphandlande myndighet, till den leverantör som begär det, ska lämna upplysningar om skälen till att leverantörens ansökan har avslagits eller anbud förkastats. Av 19 kap. 29 § LOU följer att den upphandlande myndigheten ska lämna motsvarande information vid upphandling som omfattas av reglerna i det kapitlet.

Enligt 12 kap. 14 § LOU ska en upphandlande myndighet dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera myndighetens beslut under upphandlingens samtliga skeden. En motsvarande bestämmelse för upphandlingar som inte omfattas av EU-direktivet finns i 19 kap. 30 § första stycket LOU. Enligt paragrafens andra stycke behöver dock någon dokumentation inte ske för upphandlingar vars värde understiger 100 000 kr. Bestämmelser om bevarande av handlingar i upphandlingar finns i 12 kap. 17 § och 19 kap. 31 § LOU.

Regler om informationsskyldighet och dokumentationsplikt är grundläggande för att garantera insyn i myndigheternas upphandlingar och för att skydda rättssäkerhetsintressen. Upphandlande myndigheter bör därför, oavsett om det finns ett gränsöverskridande intresse eller inte, vara skyldiga att informera berörda leverantörer om beslut att tilldela

kontrakt eller ingå ramavtal och om beslut om att avbryta en upphandling. På motsvarande sätt som enligt den nuvarande regleringen i 19 kap. 29 § andra stycket LOU bör det vidare finnas en skyldighet för upphandlande myndigheter att underrätta berörda anbudsgivare om de beslut som fattats om leverantör och anbud vid direktupphandling. När det gäller upphandlingar vars värden understiger 100 000 kr bör dock, i enlighet med regleringen i 19 kap. 30 § andra stycket LOU, undantag från dokumentationsplikten kunna göras.

4.5 Rättsmedel och tillsyn

Förslag: Bestämmelserna om avtalsspärr, överprövning och skadestånd i 20 kap. LOU ska vara tillämpliga vid upphandling av välfärdstjänster under tröskelvärdena, oavsett om det finns ett bestämt gränsöverskridande intresse eller inte. Undantag från avtalsspärren ska dock gälla när upphandlingen skett utan föregående annonsering med stöd av bestämmelserna om undantag från annonseringsskyldigheten. Ett avtal som har ingåtts i strid med bestämmelserna om annonsering eller avtalsspärr ska kunna ogiltigförklaras av domstol.

Bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift i 21 kap. LOU och om tillsyn i 22 kap. LOU ska vara tillämpliga vid all upphandling av välfärdstjänster under tröskelvärdena, oavsett om det finns ett bestämt gränsöverskridande intresse.

Skälen för förslagen

Bestämmelser om överprövning

Välfärdsutredningen har föreslagit att bestämmelserna i 20 kap. LOU om avtalsspärr, överprövning och skadestånd ska vara tillämpliga på upphandlingar av välfärdstjänster under tröskelvärdet som har ett bestämt gränsöverskridande intresse.

I denna promemoria föreslås att ett fåtal regler ska gälla även för upphandlingar av välfärdstjänster som saknar ett bestämt gränsöverskridande intresse. Mot denna bakgrund, och eftersom det även vid sådana upphandlingar finns skäl att upprätthålla grundläggande rätts-säkerhetsgarantier, bör bestämmelser om rättsmedel tillämpas också vid sådan upphandling.

Bestämmelserna om rättsmedel i 20 kap. LOU genomför rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor, bygg och anläggningsarbeten, i lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EEG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (rättsmedelsdirektivet). Direktivet är tillämpligt för sådana upphandlingar som omfattas av EU-direktivet om offentlig upphandling. Av EU:s primärrätt följer emellertid också ett krav på effektivt rättsligt skydd. Rätten till överprövning kan därför aktualiseras även i andra fall, nämligen vid sådana upphandlingar som inte faller inom direktivets tillämpnings-

område, men som har ett gränsöverskridande intresse. Några detaljerade regler för förfarandet finns dock inte för sådana fall. Valfärdsutredningen har dock ansett att reglerna i 20 kap. bör göras tillämpliga även på sådana upphandlingar.

När det gäller upphandlingar under tröskelvärdet som saknar ett gränsöverskridande intresse kan det i och för sig ifrågasättas om bestämmelserna om rättsmedel i 20 kap. LOU bör göras fullt ut tillämpliga. Det framstår dock varken som möjligt eller lämpligt att inom ramen för detta lagstiftningsärende föreslå specifika överprövningsregler enbart för välfärdstjänster. Endast ett fåtal regler förslås införas för sådan upphandling som saknar ett gränsöverskridande intresse och det är därmed endast ett begränsat antal rättsmedelsbestämmelser som kan komma att aktualiseras. Eftersom de allmänna principerna om bl.a. likabehandling, transparens och proportionalitet inte är tillämpliga när upphandlingen saknar gränsöverskridande intresse kan det i samband med en överprövning av en upphandling i dessa fall inte med framgång göras gällande att den upphandlande myndigheten avvikit från principerna. Sammanfattningsvis bör mot denna bakgrund 20 kap. LOU göras tillämpligt vid all upphandling av välfärdstjänster, oavsett om det finns ett gränsöverskridande intresse eller inte.

Valfärdsutredningen har anfört att en eventuell ytterligare översyn av rättsmedlen bör ske gemensamt för all upphandling och inte enbart vad gäller välfärdstjänster (SOU 2016:78 s. 529). I sammanhanget kan nämnas att de förslag som lämnades av Överprövningsutredningen i betänkandet Överprövning av upphandlingsmål m.m. (SOU 2015:12) för närvarande bereds inom Regeringskansliet. Vidare bör framhållas att regeringen gett en särskild utredare i uppdrag att bl.a. se över vissa frågor om överprövning av upphandlingar (dir. 2017:69).

Avtalsspärr och undantag från avtalsspärr

Bestämmelserna om avtalsspärr i 20 kap. 1 § LOU innebär att en upphandlande myndighet, som enligt lagen är skyldig att underrätta leverantörer om ett tilldelningsbeslut, inte får ingå avtalet förrän en viss tid (10 eller 15 dagar) efter det att underrättelsen skickades. Undantag från avtalsspärren gäller dock i vissa fall enligt 20 kap. 2 § LOU, bl.a. vid direktupphandling. Detta medför att sådana upphandlingar normalt inte kan överprövas eftersom en överprövning inte kan ske efter det att avtal tecknats. Vid sådan upphandling som är undantagen från avtalsspärr finns det alltså normalt sett inte någon praktisk möjlighet för leverantörer att begära överprövning av upphandlingen. Om den upphandlande myndigheten felaktigt bedömt att det funnits grund för direktupphandling, och därför inte annonserat upphandlingen, kan dock avtalet komma att ogiltigförklaras av domstol enligt reglerna i 20 kap. 13 § LOU.

I likhet med vad som gäller vid direktupphandling bör en sådan upphandling som skett med stöd av de föreslagna bestämmelserna om undantag från annonseringsskyldigheten vara undantagen från bestämmelserna om avtalsspärr. Ett avtal bör dock kunna ogiltigförklaras av rätten om det, i strid med lagen, har ingåtts utan att annonsering skett. Vidare bör ett avtal kunna ogiltigförklaras om det ingåtts i strid med

bestämmelserna om avtalsspärr eller någon annan av de bestämmelser som garanterar möjligheten till överprövning, t.ex. innan underrättelse om tilldelningsbeslut skett eller i strid mot ett interimistiskt beslut av en domstol.

Välfärdsutredningen har bedömt att reglerna om avtalsspärr och överprövning i 20 kap. LOU ska gälla vid upphandling av välfärds-tjänster under tröskelvärdet som har ett bestämt gränsöverskridande intresse, men har inte föreslagit någon uttrycklig hänvisning i 20 kap. 1 § eller 20 kap. 13 § till bestämmelserna i 19 a kap. 13 §. Även om det genom hänvisningen till 12 kap. 12 § LOU indirekt framgår att avtalsspärr och regler om ogiltighet av avtal gäller även i dessa fall bör Välfärdsutredningens förslag kompletteras i förtydligande syfte med en uttrycklig hänvisning till bestämmelsen om skyldigheten att underrätta leverantörer i 19 a kap. 13 § LOU. Därmed blir också hänvisningarna identiska med de som görs till 19 kap. LOU. Av samma skäl bör bestämmelserna om undantag från regleringen om avtalsspärr i vissa fall i 20 kap. 2 § LOU kompletteras med en hänvisning till 19 a kap. 7 § tredje stycket.

Upphandlingsskadeavgift

I 21 kap. LOU finns bestämmelser om upphandlingsskadeavgift. Bestämmelserna genomför delvis rättsmedelsdirektivet, som ställer krav på medlemsstaterna att införa bestämmelser om alternativa sanktioner i vissa fall när ett avtal får bestå trots att grund för ogiltighet föreligger. Bestämmelserna har i 19 kap. 2 § LOU gjorts tillämpliga såväl för upphandlingar som omfattas av de direktivstyrda reglerna som för sådana upphandlingar som endast omfattas av de nationella reglerna i 19 kap. LOU.

Enligt Välfärdsutredningens förslag ska bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift inte vara tillämpliga vid upphandling av välfärdstjänster under tröskelvärdena. Som skäl för detta har angetts att övriga rättsmedel i form av avtalsspärr, överprövning och skadestånd är tillräckliga för att garantera leverantörerna ett verksamt rättsligt skydd (SOU 2016:78 s. 539).

Bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift kompletterar bestämmelserna om ogiltighet i 20 kap. LOU och syftar till att motverka otillåtna direktupphandlingar. De utgör inte i första hand ett skydd för drabbade leverantörer, utan är en sanktionsavgift som tillfaller staten och som påförs upphandlande myndigheter som gjort sig skyldiga till brott mot bestämmelser i LOU. Syftet med reglerna om upphandlingsskadeavgift får dock anses göra sig lika starkt gällande vid upphandling av välfärdstjänster under tröskelvärdena som vid annan upphandling. Bestämmelser om upphandlingsskadeavgift bör därför gälla även vid sådan upphandling. Det föreslås därför att upphandlingsskadeavgift ska kunna utdömas även när en upphandlande myndighet har slutit avtal i strid med den föreslagna bestämmelsen om annonsering av välfärdstjänster. Detta innebär att upphandlingsskadeavgift kommer att kunna dömas ut oavsett om upphandlingen haft ett gränsöverskridande intresse eller inte.

Tillsyn

Välfärdsutredningen har föreslagit att bestämmelserna om tillsyn i 22 kap. LOU ska gälla vid upphandling av välfärdstjänster under tröskelvärdet som har ett gränsöverskridande intresse. Tillsyn är viktigt för att säkerställa efterlevnaden av reglerna och en korrekt tillämpning. Som en följd av de regler som föreslås i denna promemoria, om upphandling av välfärdstjänster under tröskelvärdet som inte har ett bestämt gränsöverskridande intresse, bör det i LOU uttryckligen anges att bestämmelserna om tillsyn också gäller vid sådan upphandling.

4.6 Allmänna bestämmelser

Förslag: De allmänna bestämmelserna i 1 kap. LOU om lagens innehåll, tillämpningsområde och definitioner, 2 kap. om blandad upphandling, 3 kap. om undantag från lagens tillämpningsområde och 5 kap. om tröskelvärden ska vara tillämpliga vid upphandling av välfärdstjänster under tröskelvärdena, oavsett om det finns ett bestämt gränsöverskridande intresse eller inte.

Skälen för förslaget: Ett fåtal upphandlingsregler föreslås i denna promemoria göras tillämpliga även på upphandlingar av välfärdstjänster under tröskelvärdena som saknar ett bestämt gränsöverskridande intresse. Som en följd av detta bör det förtydligas att de allmänna bestämmelserna i LOU, dvs. 1 kap. om lagens innehåll, tillämpningsområde och definitioner, 2 kap. om blandad upphandling, 3 kap. om undantag från lagens tillämpningsområde och 5 kap. om tröskelvärden, är tillämpliga även vid sådan upphandling.

4.7 Blandad upphandling

Förslag: Om en upphandling avser flera olika slag av tjänster ska huvudföremålet bestämmas utifrån det högsta av de uppskattade värdena för tjänsterna.

Skälen för förslaget: I 2 kap. LOU finns bestämmelser om s.k. blandade kontrakt som anger vilka regler som ska tillämpas när ett kontrakt innehåller inslag av olika typer av upphandling. Det kan avse dels upphandling som regleras i olika lagar, dels upphandling som regleras i lagen, men som rör flera olika slag (varor, tjänster eller byggtreprenader). När det gäller den sistnämnda typen av upphandling framgår av 2 kap. 2 § första stycket LOU att upphandlingen ska genomföras i enlighet med bestämmelserna för det slag av upphandling som är huvudföremålet för kontraktet. Hur huvudföremålet för kontraktet ska bestämmas om kontraktet avser både sådana tjänster som anges i bilaga 2 till lagen (sociala tjänster och andra särskilda tjänster) och andra tjänster anges i tredje stycket i paragrafen. Enligt bestämmelsen ska huvudföremålet i sådana fall bestämmas utifrån det högsta av de uppskattade värdena för tjänsterna.

Välfärdsutredningen har föreslagit att huvudföremålet för ett blandat kontakt som avser både tjänster som anges i bilaga 2 eller bilaga 2 a och andra tjänster ska bestämmas utifrån det högsta av de uppskattade värdena för tjänsterna. Det finns även behov av bestämmelser som anger hur huvudföremålet för ett kontrakt ska bestämmas om kontraktet avser dels tjänster enligt bilaga 2, dels tjänster enligt bilaga 2 a. Bestämmelser om detta föreslås därför i lagen.

5 Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser

Förslag: Förslagen ska träda i kraft den 1 juli 2018. Äldre bestämmelser ska gälla för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet.

Skälen för förslagen: Förslagen i promemorian bör träda i kraft samtidigt som övriga förslag till ändringar i LOU som lämnats av Välfärdsutredningen. Ikraftträdandedag föreslås därför vara den 1 juli 2018. Den övergångsbestämmelse som föreslagits av Välfärdsutredningen bör gälla även de ändringar som föreslås i denna promemoria.

6 Konsekvenser

Förslagen innebär – till skillnad från Välfärdsutredningens förslag – att kontrakt vars värde överstiger cirka 1,9 miljoner kronor, men understiger EU-tröskelvärdet, och som inte har ett bestämt gränsöverskridande intresse, inte kan direkttilldelas utan föregående annonsering. Förslagen bedöms emellertid i förhållande till Välfärdsutredningens förslag inte minska de upphandlande myndigheternas utrymme att välja vilken leverantör – idéburen eller inte – som ska utföra tjänsten. En upphandlande myndighet kan visserligen som en följd av annonsen få ett antal anbud att hantera, men då några andra regler för förfarandet eller de allmänna principerna inte föreslås gälla för sådana upphandlingar, kommer den upphandlande myndigheten fortsatt ändå ha stor frihet att välja vilken leverantör som ska anlitas.

De föreslagna reglerna om annonsering bedöms öka förutsebarheten för såväl idéburna leverantörer som andra. Vidare bedöms det, i enlighet med vad som anförts i avsnitt 4.1, vara en fördel för leverantörer i allmänhet samt gagna tilltron till regelverket och förtroendet för det allmänna att bestämmelser om öppenhet och rättsmedel gäller vid all upphandling av välfärdstjänster.

En följd av promemorians förslag är att bestämmelserna om rättsmedel blir tillämpliga vid fler upphandlingar än enligt Välfärdsutredningens förslag. Konsekvenserna av detta bedöms vara relativt begränsade i

praktiken, eftersom det endast är ett fåtal av de aktuella reglerna som en upphandlande myndighet bedöms kunna bryta mot, och som därmed kan ligga till grund för en begäran om överprövning. Eftersom de allmänna principerna, i likhet med vad som föreslagits av Valfärdsutredningen, inte görs tillämpliga på sådana upphandlingar vars värde understiger tröskelvärdet och som inte har ett bestämt gränsöverskridande intresse, kan som grund för överprövning inte åberopas att myndigheten brutit mot dessa principer. Att de upphandlande myndigheterna i färre fall behöver ta ställning till frågan om upphandlingen har ett gränsöverskridande intresse eller inte bedöms däremot kunna innebära en minskad risk för överprövningar.

Att bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift görs tillämplig på all upphandling av välfärdstjänster innebär i förhållande till Valfärdsutredningens förslag konsekvenser såväl för upphandlande myndigheter som för domstolar och tillsynsmyndigheten. I förhållande till nuvarande ordning i LOU innebär dock förslagen inte några ökade kostnader eller andra konsekvenser.

När det gäller kommuner och landsting, och även andra myndigheter som upphandlar välfärdstjänster, bedöms förslagen inte innebära någon minskad frihet när det gäller hur sådana tjänster kan överlåtas på privata utförare i jämförelse med Valfärdsutredningens förslag (jfr SOU 2016:78 s. 724). Förslaget bedöms därför inte få några konsekvenser i förhållande till Valfärdsutredningens förslag för det kommunala självstyret. Däremot innebär förslagen om annonsering, information till leverantörer och dokumentationsskyldighet en ökad administrativ börda. Det rör sig dock om förhållandevis begränsade skyldigheter, som inte kan anses särskilt betungande och som bedöms vägas upp av bl.a. att prövning av om det finns ett bestämt gränsöverskridande intresse eller inte kan förväntas bli mindre vanligt förekommande än enligt Valfärdsutredningens förslag. Att regler om tillsyn görs tillämpliga på all upphandling av välfärdstjänster oavsett gränsöverskridande intresse eller inte, innebär i och för sig ett utökat ansvar för tillsynsmyndigheten. Konsekvenserna av detta torde dock bli marginella i jämförelse med Valfärdsutredningens förslag, eftersom promemorians förslag innebär lättnader i frågan om behovet av att avgöra vilka upphandlingar som, beroende på om det finns ett bestämt gränsöverskridande intresse eller inte, omfattas av myndighetens tillsyn. I förhållande till nuvarande ordning innebär förslaget i denna del inga ökade kostnader.

7 Författningskommentar

Förslaget till ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling

1 kap.

1 §

Paragrafen anger innehållet i lagen. Ändringar av redaktionell natur har gjorts.

2 kap.

2 §

Paragrafen, som behandlas i avsnitt 3.7, innehåller bestämmelser om blandade kontrakt som avser flera olika slag av upphandling som alla regleras i lagen. Ändringen i *andra stycket* innebär att huvudföremålet för sådana blandade kontrakt som avser vissa kombinationer av olika slag av tjänster (tjänster enligt bilaga 2, tjänster enligt bilaga 2 a och andra tjänster) ska bestämmas utifrån det högsta av de uppskattade värdena för tjänsterna.

19 a kap.

1 §

Paragrafen, som behandlas i avsnitt 4.1, 4.5 och 4.6, anger kapitlets tillämpningsområde.

Ändringen i *första stycket* innebär att 20 kap. om avtalsspärr, överprövning och skadestånd, 21 kap. om upphandlingsskadeavgift och 22 kap. om tillsyn har lagts till bland de bestämmelser i lagen som ska tillämpas vid upphandling enligt 19 a kap., dvs. vid all upphandling av sådana tjänster som anges i bilaga 2 a, såväl över som under tröskelvärdet, och oavsett om det finns ett bestämt gränsöverskridande intresse eller inte.

2 §

Paragrafen, som behandlas i avsnitt 4.1, anger vilka bestämmelser i lagen, utöver de som räknas upp i 1 §, som ska tillämpas för upphandling av tjänster som anges i bilaga 2 a beroende på dels om värdet är över eller under tröskelvärdet, dels om det finns ett bestämt gränsöverskridande intresse eller inte.

Första stycket har endast ändrats redaktionellt för att anpassa bestämmelsen till lagen i övrigt.

Andra stycket har ändrats med anledning av att nya bestämmelser om annonsering, information och dokumentation införts i 19 a kap. 24–27 §§.

Tredje stycket är nytt och innebär att bestämmelserna i 24–27 §§ om annonsering, information till leverantörer och dokumentation ska tillämpas även vid sådana upphandlingar vars värde beräknas understiga tröskelvärdet och som inte har ett bestämt gränsöverskridande intresse.

För upphandling som avses i detta stycke är en upphandlande myndighet, till skillnad från vid sådan upphandling som avses i andra stycket, inte skyldig att tillämpa de allmänna principerna i 4 kap. 1 §. Regleringen är dock en minimireglering och en upphandlande myndighet kan välja att tillämpa även andra bestämmelser i lagen om den bedömer att detta är lämpligt.

24 §

Bestämmelserna i paragrafen, som behandlas i avsnitt 4.1 och 4.2, är nya och reglerar skyldigheten att offentliggöra en upphandling av sådana tjänster som anges i bilaga 2 a vars värde understiger EU:s tröskelvärde.

I *första stycket* finns ett krav på att en myndighet som avser att upphandla en sådan tjänst som anges i bilaga 2 a ska informera om upphandlingen genom att publicera en annons i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig. Med elektronisk databas som är allmänt tillgänglig avses detsamma som i 19 kap. 9 § LOU.

I *andra stycket* medges vissa undantag från annonseringskravet. Regleringen i *punkt 1* innebär att upphandlingar vars värde understiger en viss beloppsgräns inte behöver offentliggöras. Beloppsgränsen är fastställd på ett sådant sätt att det kan presumeras att upphandlingar vars värde understiger denna gräns inte har något bestämt gränsöverskridande intresse. Enskilda upphandlingar kan emellertid, trots ett lågt värde, vara så beskaffade att de av andra skäl kan anses ha ett bestämt gränsöverskridande intresse. Myndigheten är då skyldig att offentliggöra upphandlingen i enlighet med öppenhetsprincipen, som följer av EU:s grundläggande fördrag, den s.k. primärrätten. En sådan skyldighet uppstår dock alltså endast om det finns objektiva indikatorer på att upphandlingen trots värdet har ett bestämt gränsöverskridande intresse.

Annonsering får enligt bestämmelsen i *punkt 2* underlåtas också om någon av grunderna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering är tillämplig. För en närmare redogörelse för dessa grunder se bl.a. prop. 2015/16:195 del 1 s. 499 f. och del 2 s. 997 f.).

Enligt regleringen i *punkt 3* får upphandling utan annonsering ske också om det finns synnerliga skäl. Grunden synnerliga skäl motsvarar vad som gäller enligt motsvarande bestämmelse för direktupphandling enligt 19 kap. och har behandlats i tidigare lagstiftningsärenden (se bl.a. prop. 2006/07:128 del 1 s. 428 f.).

25 §

Paragrafen, som behandlas i avsnitt 4.3, är ny och anger hur värdet av en upphandling av välfärdstjänster ska beräknas. Bestämmelsen i paragrafen motsvarar regleringen i 19 kap. 8 § LOU.

Syftet med beräkningsbestämmelsen är att kunna avgöra om det är möjligt att göra undantag från annonseringsskyldigheten med hänsyn till upphandlingens värde enligt 24 § andra stycket LOU. Enligt paragrafen ska värdet av en upphandling uppskattas till det totala belopp som ska betalas i upphandlingen.

26 §

Paragrafen, som behandlas i avsnitt 4.4, är ny och innehåller regler om information till leverantörerna och dokumentation av upphandlingen som ska iakttas av den upphandlande myndigheten vid upphandling av tjänster som anges i bilaga 2 a, vars värden understiger tröskelvärdet.

Enligt *första stycket* ska den upphandlande myndigheten när den annonserat en upphandling enligt 24 § snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökande och anbudsgivare om de beslut som avses i 12 kap. 12 § och lämna sådana upplysningar som avses i 12 kap. 13 §. Detta innebär att myndigheten ska informera om de beslut som har fattats om att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal samt om skälen för besluten. Informationen ska även innehålla uppgift om den period under vilken avtal inte får ingås (avtalsspärr). Skriftlig underrättelse ska även lämnas om beslut att avbryta eller göra om en upphandling. Den upphandlande myndigheten kan i underrättelsen ange en längre avtalsspärr än den som gäller enligt 20 kap. 1 §. Det är i så fall givetvis den längre avtalsspärren som kommer att gälla. Underrättelsen utlöser avtalsspärren enligt 20 kap. 1 §. Om myndigheten tecknar avtal med en leverantör utan att underrätta på föreskrivet sätt kan avtalet komma att ogiltighetsförklaras enligt 20 kap. 13 §.

Om en upphandling genomförts utan annonsering enligt 24 § andra stycket ska anbudsgivare enligt *andra stycket* snarast möjligt underrättas om beslut om leverantör och anbud. En sådan underrättelse behöver inte vara skriftlig och utlöser inte någon avtalsspärr, då sådana förfaranden är undantagna från bestämmelserna om avtalsspärr i 20 kap. 2 §. Underrättelsen ska innehålla uppgift om att beslut fattats samt om vilken leverantör och vilket anbud som har valts.

27 §

Paragrafen, som behandlas i avsnitt 4.4, är ny och reglerar dokumentationen av en upphandling. Regleringen motsvaras delvis av bestämmelserna i 19 a kap. 2 § LOU i Valfärdsutredningens förslag.

Första stycket, som i huvudsak motsvarar 19 kap. 30 § LOU, reglerar skyldigheten att dokumentera upphandlingen. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera myndighetens beslut under hela upphandlingsprocessen. Det har inte ansetts nödvändigt att särskilt ange detta i bestämmelsen, men det ligger i sakens natur att så är fallet. Dokumentationskyldigheten ska bl.a. garantera att det är möjligt att göra en rättslig prövning av upphandlingsprocessen efter det att upphandlingen avslutats. De förarbetsuttalanden som ligger till grund för bestämmelser om dokumentationsplikt vid direktupphandling i 19 kap. 30 § LOU är vägledande även vid sådan upphandling som det är fråga om här (se prop. 2013/14:133 s. 24). Av förarbetena framgår att bl.a. följande uppgifter bör omfattas av dokumentationskyldigheten: den upphandlande myndighetens namn och organisationsnummer, föremålet för upphandlingen, hur konkurrensen togs till vara, vilka leverantörer som tillfrågades och hur många som lämnade anbud, vilken leverantör som tilldelades kontraktet (och organisationsnummer) och det viktigaste skälet för tilldelningen, avtalets (uppskattade) värde och dess löptid. Även skälen för att använda upphandling utan annonsering bör doku-

menteras. Detta gäller i synnerhet om upphandlingens värde överstiger beloppsgränsen och det således är fråga om en tillämpning av de särskilda regler som tillåter sådan upphandling (jfr prop. 2009/10:180 del 1 s. 295). Undantag från skyldigheten att dokumentera gäller, på samma sätt som vid upphandling enligt 19 kap., för upphandlingar vars värde understiger 100 000 kr.

Av *andra stycket*, som i sak motsvarar 19 kap. 31 § LOU, framgår att den upphandlande myndigheten, i fråga om bevarande av handlingar, är skyldig att tillämpa 12 kap. 17 § LOU. För en kommentar till den bestämmelsen hänvisas till prop. 2015/16:195 del 2 s. 1078 f.

20 kap.

1 §

Paragrafen, som behandlas i avsnitt 4.5, innehåller allmänna bestämmelser om avtalsspärr.

I paragrafens *första stycke* har en ändring gjorts som innebär att avtalsspärr ska gälla även när en upphandlande myndighet är skyldig att skicka en underrättelse om tilldelning av kontrakt enligt 19 a kap. 26 § första stycket. I förtydligande syfte har även en hänvisning till 19 a kap. 13 § införts.

Att avtalsspärr gäller innebär också att en leverantör kan begära att domstol ogiltigförklarar ett avtal som ingåtts i strid med dessa regler, se 20 kap. 13 § andra stycket ovan och kommentaren till den paragrafen.

2 §

Paragrafen, som behandlas i avsnitt 4.5, innehåller bestämmelser om när avtalsspärr inte gäller.

Regleringen i *första stycket punkt 4* har kompletterats med en bestämmelse om att även sådan upphandling som enligt 19 a kap. 24 § andra stycket inte omfattas av någon annonseringsskyldighet är undantagen från reglerna om avtalsspärr. Punkten har även förtydligats så att det framgår att undantag från avtalsspärren gäller också vid sådan upphandling som sker med stöd av bestämmelsen i 19 a kap. 7 § tredje stycket.

13 §

Paragrafen, som behandlas i avsnitt 4.5, reglerar på vilka grunder ett avtal kan förklaras ogiltigt av domstol.

Ändringen i *första stycket punkt 1* innebär att ett avtal kan förklaras ogiltigt också som en följd av att det, i strid med lagen, ingåtts utan annonsering enligt 19 a kap. 24 § första stycket.

Ändringarna i *andra stycket* innebär att ett avtal kan förklaras ogiltigt om det slutits före en underrättelse om tilldelningsbeslut gjorts i enlighet med 19 a kap. 26 § första stycket. I förtydligande syfte har även en hänvisning till bestämmelserna om informationsskyldighet i 19 a kap. 13 § införts.

För att ett avtal ska förklaras ogiltigt enligt andra stycket krävs också att den upphandlande myndigheten brutit mot de allmänna principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i lagen. Givetvis gäller detta

bara om de allmänna principerna är tillämpliga och även i övrigt bara sådana bestämmelser som är tillämpliga på den aktuella upphandlingen.

21 kap.

1 §

Paragrafen, som behandlas i avsnitt 4.5, innehåller allmänna bestämmelser om upphandlingsskadeavgift.

Genom en ändring av bestämmelsen i *första stycket punkt 3* möjliggörs för en domstol att besluta om upphandlingsskadeavgift när den upphandlande myndigheten inte iakttagit kravet på annonsering i 19 a kap. 24 § första stycket LOU.

Eftersom bestämmelserna om avtalsspärr i 20 kap. 1 § och om överprövning av ett avtals ogiltighet i 20 kap. 13 § gäller även för sådana upphandlingar som omfattas av 19 a kap. 24 § första stycket LOU, kan upphandlingsskadeavgift också beslutas med stöd av första stycket 1 och 2.

Välfärdsutredningens förslag till lag om ändring i lagen om offentlig upphandling i betänkandet Ordning och reda i välfärden (SOU 2016:78)

Förslag till lag om ändring i lagen (2017:000) om offentlig upphandling

Härigenom föreskrivs i fråga om lagen (2017:000) om offentlig upphandling att

dels att bilaga 2 ska upphöra att gälla,

dels att 1 kap. 4 §, 2 kap. 2 och 8 §§, 5 kap. 8 §, 20 kap. 13 § och 21 kap. 1 § samt rubriken närmast före 1 kap. 4 § ska ha följande lydelse,

dels att det ska införas ett nytt kapitel, 19 a kap., och tre nya bilagor till lagen, bilaga 2, 2 A och 2 B, av följande lydelse.

Lydelse enligt prop. 2015/16:195 Föreslagen lydelse

1 kap.

Tröskelvärden

Tillämpliga bestämmelser beroende på tröskelvärde eller typ av tjänst

4 §

Om det beräknade värdet av en upphandling eller en projekttävling uppgår till minst det tröskelvärde som gäller enligt 5 kap. 1 § och upphandlingen eller projekttävlingen inte avser en tjänst av sådant slag som anges i bilaga 2, ska den genomföras med tillämpning av denna lag utom 19 kap.

Om det beräknade värdet av en upphandling eller en projekttävling understiger tröskelvärdet eller om upphandlingen eller projekttävlingen avser en tjänst av sådant slag som anges i bilaga 2, ska den genomföras med tillämpning av 19 kap.

Om det beräknade värdet av en upphandling eller en projekttävling uppgår till minst det tröskelvärde som gäller enligt 5 kap. 1 § och upphandlingen eller projekttävlingen inte avser en tjänst av sådant slag som anges i bilaga 2 *eller bilaga 2 A*, ska den genomföras med tillämpning av denna lag utom 19 kap. *och 19 a kap.*

Om det beräknade värdet av en upphandling eller en projekttävling understiger tröskelvärdet *och inte avser en tjänst som anges i bilaga 2 A*, eller om upphandlingen eller projekttävlingen avser en tjänst av sådant slag som anges i bilaga 2, ska den genomföras med tillämpning av 19 kap.

Om upphandlingen avser en tjänst av sådant slag som anges i bilaga 2 A, ska den genomföras med tillämpning av 19 a kap.

2 kap.

2 §

Bilaga

Om ett blandat kontrakt avser flera olika slag av upphandling som alla regleras i denna lag ska upphandlingen genomföras i enlighet med bestämmelserna för det slag av upphandling som är huvudföremålet för kontraktet.

För ett blandat kontrakt som avser både varor och tjänster ska huvudföremålet bestämmas utifrån det högsta av de uppskattade värdena för varorna eller tjänsterna.

För ett blandat kontrakt som avser både tjänster som anges i bilaga 2 och andra tjänster ska huvudföremålet bestämmas utifrån det högsta av de uppskattade värdena för tjänsterna.

För ett blandat kontrakt som avser både tjänster som anges i bilaga 2 *eller bilaga 2 A* och andra tjänster ska huvudföremålet bestämmas utifrån det högsta av de uppskattade värdena för tjänsterna.

8 §

Om den upphandlande myndigheten tilldelar ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt och kontraktet avser dels upphandling av varor, tjänster eller byggtreprenader som regleras i denna lag, dels upphandling som regleras i lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner ska kontraktet tilldelas med tillämpning av

1. bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena i denna lag, om värdet av den del av kontraktet som regleras i denna lag beräknas uppgå till minst det tröskelvärde som ska tillämpas enligt 1 kap. 4 § och 5 kap. 1 §.

2. bestämmelserna i 19 kap. i denna lag, om värdet av den del av kontraktet som regleras i denna lag beräknas understiga det tröskelvärde som ska tillämpas enligt 1 kap. 4 § och 5 kap. 1 § och värdet av den del som avser koncessioner beräknas understiga det tröskelvärde som ska tillämpas enligt lagen om upphandling av koncessioner.

Om den upphandlande myndigheten tilldelar ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt och kontraktet avser dels upphandling av varor, tjänster eller byggtreprenader som regleras i denna lag, dels upphandling som regleras i lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner ska kontraktet tilldelas med tillämpning av

1. bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena i denna lag, om värdet av den del av kontraktet som regleras i denna lag beräknas uppgå till minst det tröskelvärde som ska tillämpas enligt 1 kap. 4 § och 5 kap. 1 §.

2. bestämmelserna i 19 kap. *eller 19 a kap.* i denna lag, om värdet av den del av kontraktet som regleras i denna lag beräknas understiga det tröskelvärde som ska tillämpas enligt 1 kap. 4 § och 5 kap. 1 § och värdet av den del som avser koncessioner beräknas understiga det tröskelvärde som ska tillämpas enligt lagen om upphandling av koncessioner.

5 kap.**8 §**

Om en planerad byggentreprenad eller anskaffning av tjänster respektive anskaffning av likartade varor kan innebära att flera kontrakt upphandlas i form av delkontrakt, ska det sammanlagda värdet av delkontrakten beaktas när det avgörs om upphandlingens värde uppgår till tröskelvärdet enligt 1 §. Om tröskelvärdet överskrids, ska varje delkontrakt upphandlas enligt bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdet. Detta gäller dock inte för ett enskilt delkontrakt vars värde är lägre än

1. 80 000 euro när det gäller varor eller tjänster, eller

2. 1 000 000 euro när det gäller byggentreprenader.

Finns det flera delkontrakt av sådant slag som anges i föregående stycke, ska vart och ett av dem upphandlas enligt bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdet, om det sammanlagda värdet av dessa delkontrakt överstiger 20 procent av det sammanlagda värdet av alla delkontrakten.

För sådana delkontrakt som enligt denna paragraf undantas från bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdet tillämpas 19 kap.

För sådana delkontrakt som enligt denna paragraf undantas från bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdet tillämpas 19 kap., *utom i de fall då upphandlingen avser en sådan tjänst som anges i bilaga 2 A, då 19 a kap. tillämpas.*

19 a kap.**Upphandling av tjänster enligt bilaga 2 A****Tillämpningsområdet**

1 § Detta kapitel gäller för upphandling av tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2 A. Vid sådan upphandling tillämpas också bestämmelserna i 1 kap. om lagens innehåll, tillämpningsområde och definitioner, 2 kap. om blandad upphandling, 3 kap. om undantag från lagens tillämpningsområde och 5 kap. om tröskelvärden.

Denna lag gäller dock inte för upphandling av sådana tjänster vars värde beräknas understiga det tröskelvärde som gäller enligt 5 kap. 1 § och som inte har ett bestämt gränsöverskridande intresse.

2 § För upphandling av tjänster som anges i bilaga 2 A vars värde uppgår till minst det tröskelvärde som gäller enligt 5 kap. 1 § tillämpas 3–24 §§.

För upphandling av sådana tjänster vars värde beräknas understiga tröskelvärdet och som har ett bestämt gränsöverskridande intresse tillämpas, utöver vad som framgår av 1 § första stycket, bestämmelserna om principer för offentlig upphandling i 4 kap. 1 §, information till leverantörer i 12 kap. 12 och 13 §§, dokumentation i 12 kap. 14 och 17 §§, avtalsspärr, överprövning och skadestånd i 20 kap. samt tillsyn i 22 kap.

Upphandling av tjänster enligt bilaga 2 A vars värde uppgår till minst tröskelvärdet

Bilaga

Principer för offentlig upphandling

3 § En upphandlande myndighet ska tillämpa de principer för offentlig upphandling som anges i 4 kap. 1–3 §§.

Reserverad upphandling

4 § En upphandlande myndighet får reservera deltagandet i en upphandling, eller föreskriva att kontrakt ska fullgöras inom ramen för ett program för skyddad anställning, under de förutsättningar som anges i 4 kap. 18 §.

5 § En upphandlande myndighet får reservera deltagandet i en upphandling av tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2 B för en organisation som

1. har syftet att fullgöra ett offentligt uppdrag som är kopplat till att tillhandahålla sådana tjänster,

2. återinvesterar sina vinster för att uppnå syftet enligt 1, och

3. har en lednings- och ägarstruktur som grundar sig på personalens ägande eller deltagande eller som kräver aktivt deltagande av personal, användare eller berörda parter.

Löptiden för ett kontrakt som tilldelas med stöd av första stycket får inte överstiga tre år.

Om myndigheten har tilldelat en organisation ett kontrakt med stöd av första stycket under de senaste tre åren, får myndigheten inte på nytt med stöd av första stycket tilldela samma organisation ett kontrakt för att tillhandahålla samma tjänst.

Upphandlingsförfarandet

6 § Den upphandlande myndigheten ska vara fri att organisera förfarandet vid en upphandling.

Annonsering

7 § En upphandlande myndighet ska genom en anbudsinfordran informera om sin avsikt att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal.

En anbudsinfordran ska göras genom en annons om upphandling eller en förhandsannons.

Första och andra styckena gäller inte om förutsättningarna för upphandling utan föregående annonsering enligt 6 kap. 12–19 §§ är uppfyllda.

8 § Den upphandlande myndigheten ska i annonsen enligt 7 § beskriva föremålet för upphandlingen och villkoren för deltagandet.

I något av upphandlingsdokumenten ska även anges

1. villkor och krav på egenskaper som alla anbud ska uppfylla,

2. grunden för utvärdering av anbud, samt

3. vilka tilldelningskriterier som ska gälla, när sådana kriterier fastställts, liksom kriterieviktningen eller prioritetsordningen.

9 § En upphandlande myndighet som har tilldelat ett kontrakt eller ingått ett ramavtal ska skicka en efterannons om upphandlingsresultatet senast 30 dagar efter det att avtalet eller ramavtalet ingicks. Detta gäller inte för tilldelning av kontrakt som görs med stöd av ett ramavtal som ingåtts med stöd av denna lag.

Trots första stycket får den upphandlande myndigheten vid tilldelning av kontrakt samla efterannonserna kvartalsvis. I sådana fall ska de samlade annonserna skickas senast 30 dagar efter utgången av varje kvartal.

10 § Den upphandlande myndigheten ska vid annonseringen ge fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten från den dag då annonsen publicerades. Den internetadress där dokumenten finns tillgängliga ska anges i annonsen.

Om myndigheten inte kan ge tillgång till något upphandlingsdokument enligt första stycket, ska myndigheten i annonsen upplysa om hur leverantörerna kan få tillgång till dokumentet på något annat sätt.

11 § Regeringen får meddela föreskrifter om innehållet i och offentliggörande av annonser enligt detta kapitel.

Tidsfrister

12 § Anbudssökande och anbudsgivare ska ges skälig tid att komma in med ansökningar respektive anbud. Tiden för att komma in med anbud får dock aldrig vara kortare än 10 dagar från den dag anbudsinfordran blev publicerad.

Kommunikation, information till leverantörer och dokumentation

13 § En upphandlande myndighet ska tillämpa bestämmelserna i 12 kap. om kommunikation, information till leverantörer och dokumentation.

Rättelse av fel, förtydligande och komplettering

14 § En upphandlande myndighet får tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning, felräkning eller något annat fel i en handling som har getts in av leverantören. Myndigheten får också tillåta eller begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar en sådan handling.

En åtgärd enligt första stycket ska vara förenlig med principerna om likabehandling och öppenhet.

Uteslutning och kvalificering av leverantörer

15 § En upphandlande myndighet ska utesluta en leverantör från deltagande i en upphandling i enlighet med vad som föreskrivs i 13 kap. 1 §.

En upphandlande myndighet får utesluta en leverantör enligt 13 kap. 2 och 3 §§.

En upphandlande myndighet får vidare fastställa objektiva grunder för uteslutning och kvalificering.

En upphandlande myndighet som av leverantören begär upplysningar om förhållanden som avses i denna bestämmelse ska i något av upphand-

lingsdokumenten eller begäran om upplysningar ange på vilket sätt Bilaga leverantören kan lämna dessa upplysningar.

Kontroll av leverantörer

16 § Vid kontroll av om en leverantör har fullgjort sina skyldigheter avseende betalning av skatter eller socialförsäkringsavgifter i Sverige enligt 13 kap. 2 §, ska den upphandlande myndigheten inhämta uppgifter om detta från behörig myndighet.

17 § En upphandlande myndighet får begränsa kontrollen av sådana handlingar som rör leverantörens lämplighet. Leverantören ska ges skälig tid att komma in med de begärda handlingarna.

Handlingarna ska begäras in och kontrolleras när det gäller den eller de anbudsgivare eller anbudssökande som myndigheten avser att bjuda in till förhandling, bjuda in att lämna anbud eller att tilldela kontraktet eller ramavtalet. Kontrollen ska göras innan inbjudan eller underrättelse av tilldelningsbeslutet sker.

Tillgång till andra företags kapacitet

18 § En leverantör får vid behov när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från de andra företagen eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Tilldelning av kontrakt

19 § En upphandlande myndighet ska tilldela den leverantör ett kontrakt vars anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga för myndigheten.

Vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska utvärderas på någon av följande grunder:

1. bästa förhållandet mellan pris och kvalitet,
2. kostnad, eller
3. pris.

20 § När en upphandlande myndighet utvärderar ett anbud på grunden bästa förhållandet mellan pris och kvalitet, ska den bedöma anbudet utifrån kriterier som har anknytning till det som ska anskaffas.

När en upphandlande myndighet utvärderar ett anbud på grunden kostnad, ska myndigheten bedöma anbudets effekter i fråga om kostnadseffektivitet, såsom en analys av kostnaderna under livscykeln för tjänsten.

21 § När grunden för utvärdering av anbud är bästa förhållandet mellan pris och kvalitet eller kostnad, ska de olika tilldelningskriterierna viktas inbördes eller anges i fallande prioritetsordning. Kriterieviktningen får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning.

Onormalt låga anbud

22 § Om ett anbud förefaller vara onormalt lågt, ska den upphandlande myndigheten begära att leverantören förklarar det låga priset eller kostnaden.

Myndigheten ska förkasta anbudet om leverantören inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset eller kostnaden.

Myndigheten ska också förkasta en leverantörs anbud om den finner att det onormalt låga priset beror på att anbudet inte stämmer överens med tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter.

Särskilda villkor för fullgörande av kontrakt

23 § Vad gäller särskilda villkor för fullgörande av kontrakt tillämpas 17 kap. 1–5 §§.

Rättsmedel och tillsyn

24 § Bestämmelserna i

- 20 kap. om avtalsspärr, överprövning och skadestånd,
- 21 kap. om upphandlingsskadeavgift, och
- 22 kap. om tillsyn ska tillämpas.

20 kap.

13 §

Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits

1. utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2 eller 3 §, 18 kap. 2 § *eller* 19 kap. 9 § när det inte har varit tillåtet att använda direktupphandling enligt 19 kap.,

2. efter en förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal enligt 7 kap. 7 eller 8 § samt 9 § utan att de villkor har följts som framgår av de paragraferna eller av det ramavtal som ligger till grund för konkurrensutsättningen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, eller

3. enligt ett dynamiskt inköps-system utan att de villkor som anges i 8 kap. 10 eller 12 § har följts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits

1. utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2 eller 3 §, 18 kap. 2 §, 19 kap. 9 §, när det inte har varit tillåtet att använda direktupphandling enligt 19 kap., *eller enligt 19 a kap. 7 §,*

2. efter en förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal enligt 7 kap. 7 eller 8 § samt 9 § utan att de villkor har följts som framgår av de paragraferna eller av det ramavtal som ligger till grund för konkurrensutsättningen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, eller

3. enligt ett dynamiskt inköps-system utan att de villkor som anges i 8 kap. 10 eller 12 § har följts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Ett avtal ska också förklaras ogiltigt, om det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 1, 3 eller 8 §, ett interimistiskt beslut enligt 9 § eller tiodagarsfristen i 10 § eller om avtalet har slutits före en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 12 kap. 12 § första stycket eller 19 kap. 29 § första stycket. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

21 kap.

1 §

Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlings-skadeavgift), om

1. allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som fått laga kraft har fastställt att ett avtal får bestå, trots att det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 20 kap. 1, 3 eller 8 §,

2. allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som fått laga kraft har fastställt att ett avtal får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 20 kap. 14 §, eller

3. myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2 eller 3 §, 18 kap. 2 § *eller* 19 kap. 9 §.

Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlings-skadeavgift), om

1. allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som fått laga kraft har fastställt att ett avtal får bestå, trots att det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 20 kap. 1, 3 eller 8 §,

2. allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som fått laga kraft har fastställt att ett avtal får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 20 kap. 14 §, eller

3. myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2 eller 3 §, 18 kap. 2 §, 19 kap. 9 § *eller* 19 a kap. 7 §.

1. Denna lag träder i kraft den 1 juli 2018.

2. Äldre föreskrifter gäller för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet.

Förteckning över tjänster som omfattas av 19 kap.

CPV-kod	Beskrivning
75124000-1	Administration inom social-
Från 79995000-5 till 79995200-7	tjänsten, utbildnings-
Från 92000000-1 till 92700000-8	administration, hälsovårds-
79950000-8 (Tjänster för organisering	förvaltning och administration
av utställningar, mässor och	avseende kultur
kongresser)	
79951000-5 (Organisering av	
seminarier)	
79952000-2 (Evenemang)	
79952100-3 (Anordnande av	
kulturevenemang)	
79953000-9 (Festivalarrangemang)	
79954000-6 (Festarrangemang)	
79955000-3 (Anordnande av	
modevisningar)	
79956000-0 (Anordnande av mässor	
och utställningar)	
75300000-9	Obligatorisk socialförsäkring
75310000-2	Bidragstjänster
75311000-9	
75312000-6	
75313000-3	
75313100-4	
75314000-0	
75320000-5	
75330000-8	
75340000-1	
98000000-3	Andra samhällliga och person-
98120000-0	liga tjänster, inklusive fack-
98132000-7	föreningstjänster, tjänster utförda
98133110-8	av politiska organisationer,
98130000-3	tjänster tillhandahållna av
	ungdomsorganisationer och andra
	medlemsorganisationstjänster
98131000-0	Tjänster i samband med
	religionsutövande
	Hotell- och restaurangtjänster
Från 55100000-1 till 55410000-7	
Från 55521000-8 till 55521200-0	
(55521000-8 Catering för privata	
hushåll,	
55521100-9 Hemkörning av mat,	
55521200-0 Måltidsleveranser)	
55520000-1 Catering	
55522000-5 Catering för	
transportföretag,	
55523000-2 Catering för övriga	

företag eller övriga institutioner	
55524000-9 Skolbespisning	
55510000-8 Matsalstjänster	
55511000-5 Matsalstjänster och övrig kafeteriaverksamhet för särskild kundgrupp,	
55512000-2 Drift av matsal	
55523100-3 Servering av skolmåltider	
Från 79100000-5 till 79140000-7	Juridiska tjänster, i den mån de inte är undantagna enligt 3 kap. 22 och 23 §§ denna lag
75231100-5	Övrig statsförvaltning och statliga tjänster
Från 75100000-7 till 75120000-3	
75123000-4	
Från 75125000-8 till 75131000-3	
Från 75200000-8 till 75231000-4	Samhällstjänster
Från 75231210-9 till 75231230-5	Fängelserelaterade tjänster,
Från 75240000-0 till 75252000-7	tjänster för allmän säkerhet och räddningstjänster, i den mån de inte är undantagna enligt 3 kap. 26 § denna lag
794300000-7	Undersöknings- och säkerhetstjänster
98113100-9	
Från 79700000-1 till 79721000-4	
(Undersöknings- och säkerhetstjänster, Säkerhetstjänster,	
Larmövervakningstjänster,	
Vakttjänster, Övervakningstjänster,	
Eftersökning, Uppspårning av försvunna, Patrullering, Utfärdande av id-kort, Utredning och Detektivtjänster)	
79722000-1 (Grafologi)	
79723000-8 (Avfallsanalys)	
98900000-2 (Tjänster tillhandahållna av exterritoriala organisationer och organ)	Internationella tjänster
98910000-5 (Särskilda tjänster för internationella organisationer och organ)	
64000000-6 (Post- och telekommunikationstjänster)	Posttjänster
64100000-7 (Post- och budtjänster)	
64110000-0 (Postgång)	
64111000-7 (Posttjänster för tidningar och tidskrifter)	
64112000-4 (Posttjänster för brev)	
64113000-1 (Posttjänster för paket)	
64114000-8 (Postkassörstjänster)	
64115000-5 (Förhyrning av postbox)	
64116000-2 (Poste restantetjänster)	
64122000-7 (Internpost)	
50116510-9 (Regummering av däck)	Diverse tjänster
71550000-8 (Smedtjänster)	

Förteckning över tjänster som omfattas av 19 a kap.

CPV-kod	Beskrivning
75200000-8	Hälsovård, socialtjänst och närbesläktade tjänster
75231200-6	
75231240-8	
79611000-0	
79622000-0 (Tillhandahållande av hemtjänstpersonal)	
79624000-4 (Förmedling av vårdpersonal)	
79625000-1 (Förmedling av läkare)	
Från 85000000-9 till 85323000-9	
98133100-5	
98133000-4	
98200000-5	
98500000-8 (Privata hushåll med anställd personal)	
Från 98513000-2 till 98514000-9 (Arbetskrafttjänster för hushåll, Bemanningstjänster för enskilda, Tjänster utförda av kontorspersonal för enskilda, kontorspersonal för enskilda, Tillfällig personal för hushåll och Hemtjänst)	
85321000-5	Administration inom socialtjänsten, utbildningsadministration och hälsovårdsförvaltning
85322000-2	
75000000-6 (Offentlig förvaltning, försvar och socialförsäkringstjänster)	
75121000-0,	
75122000-7	
Från 80000000-4 (Undervisning och utbildning) till 80660000-8	

**Förteckning över tjänster som omfattas av bestämmelsen
om reserverade kontrakt enligt 19 a kap. 5 §**

CPV-kod	Beskrivning
79622000-0	Hälsovård, socialtjänst och när-
79624000-4	besläktade tjänster
79625000-1	
Från 85000000-9 till 85323000-9	
98133000-4	
75121000-0	Administration inom socialtjänsten,
75122000-7	utbildningsadministration och
80110000-8	hälsovårdsförvaltning
80300000-7	
80420000-4	
80430000-7	
80511000-9	
80520000-5	
80590000-6	