

Mathias  
Sylvan



## Dalamodell för direktupphandling

Ett uppdrag för Länsstyrelsen Dalarna/Upphandlingsdialog Dalarna

Innehåll	Dalamodell för direktupphandling .....	1
	Ett uppdrag för Länsstyrelsen Dalarna/Upphandlingsdialog Dalarna .....	1
Innehåll .....		2
1. Uppdraget.....		2
2. När är en direktupphandling möjlig? .....		3
2.1 Beräkning av kontraktsvärdet.....		3
2.2 Är köpen av samma slag? .....		4
3. Vad gäller för direktupphandling?.....		6
3.1 Synnerliga skäl.....		7
3.2 Hur ser kravbilden ut vad gäller transparens?.....		8
3.3 Hur ser kravbilden ut vad gäller öppenhet? .....		11
4. Hur kan man arbeta med regional tillväxt utifrån ett LOU-perspektiv? .....		11
5. Sammanfattning .....		12

## 1. Uppdraget

Länsstyrelsen i Dalarna/Upphandlingsdialog Dalarna har bett mig besvara frågor rörande direktupphandling och möjligheterna att genomföra direktupphandlingar.

Bakgrunden är att dalakommunernas näringslivsutvecklare efterhört om Upphandlingsdialog Dalarna kan hitta ett system för direktupphandling, en "Dalamodell för direktupphandling". Avsikten är att ta fram en modell för direktupphandlingar där fler regionala leverantörer lämnar anbud vilket i sin tur skulle kunna leda till en regional tillväxt inom många branscher i Dalarna.

De frågor som jag blivit ombedd att besvara är:

1. Hur enkel kan man göra en direktupphandling, hur långt kan man gå? Vad säger den nya lagen?
2. Vad gäller egentligen vid direktupphandling av "samma slag"?
3. Hur ser kravbilden ut vad gäller öppenhet och transparens?
4. De medel vi har för att arbeta i Upphandlingsdialog Dalarna ska leda till ökad tillväxt i Dalarna. Hur kan man arbeta med regional tillväxt utifrån ett LOU-perspektiv?

Denna promemoria besvarar frågorna ovan i första hand i förhållande till direktupphandlingar där värdet är lågt, dvs. där upphandlingens värde uppgår till högst 534 890 kr. Dock uppmärksammar jag också på möjligheterna att genomföra en direktupphandling när det finns synnerliga skäl.

För att kunna ge klagörande svar på de ställda frågorna har jag ansett det lämpligt att först behandla de legala förutsättningarna för att få genomföra direktupphandlingar. En central fråga är reglerna för beräkningen av upphandlingens värde och tolkningen av begreppet "av samma slag". Promemorian inleder därför med detta för att därefter gå in på LOU:s regler och principer för genomförandet av en direktupphandling och hur långt

en direktupphandling kan förenklas. Slutligen behandlar promemorian kommuners möjligheter att öka andelen anbud från regionala leverantörer. Detta innebär att frågorna ovan besvaras i delvis en annan ordningsföljd. För att minimera risken för förvirring sammanfattas därför svaren i ett sista avsnitt.

## 2. När är en direktupphandling möjlig?

Enligt 15 kap. 3 § andra stycket får en upphandlande myndighet genomföra en direktupphandling när kontraktets värde är lågt, dvs. uppgår till högst 28 procent av tröskelvärdet för upphandling av varor och tjänster som inte upphandlas av en central statlig myndighet<sup>1</sup>. Vidare får en direktupphandling genomföras i de fall förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering som avses i 4 kap. 5-9 §§ LOU är uppfyllda. Slutligen får den upphandlande myndigheten genomföra en direktupphandling om det finns synnerliga skäl.

### 2.1 Beräkning av kontraktsvärdet

Enligt 15 kap. 3a § LOU ska upphandlingens värde uppskattas till det totala belopp som ska betalas på kontraktet. Av bestämmelsen framgår att en upphandling inte får delas upp i syfte att kringgå LOU samt att optioner och förlängningsklausuler ska räknas med som om de utnyttjas. Bestämmelsen säger inget om vad som gäller för mervärdesskatt men här får anses gälla samma sak som enligt 3 kap. 1 § sista stycket LOU, dvs. att värdet ska beräknas exklusive mervärdesskatt. Slutligen säger 15 kap. 3a § LOU att den upphandlande myndigheten vid beräkningen av värdet på ett kontrakt "*beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten under räkenskapsåret.*"

Av 15 kap. 3a § LOU följer alltså att direktupphandlingar under *räkenskapsåret* ska räknas samman, normalt 1 januari – 31 december<sup>2</sup>. Enligt några bestämmelser i 3 kap. LOU ska värdet beräknas på 48 månader<sup>3</sup>. I 15 kap. LOU finns emellertid ingen hänvisning till dessa bestämmelser i 3 kap. LOU.

Vid beräkningen ska vidare hänsyn endast ta till *direktupphandlingar* av samma slag. Upphandlingsmyndigheten påpekar att exempelvis avrop från ett ramavtal som ingåtts efter en annonserad upphandling med andra ord inte ska räknas in även om avropen från ramavtalet avser varor eller tjänster är av samma slag som direktupphandlingarna<sup>4</sup>. En möjlig tolkning av detta är att en kommun som har köpt bagerivaror på ett ramavtal vilket går ut den 30 juni kan direktupphandla bagerivaror under resterande del av räkenskapsåret, dvs. 1 juli till och med 31 december upp till ett värde om 534 890 kr.

---

<sup>1</sup> Detta innebär idag ett gränsvärde om 534 890 kr.

<sup>2</sup> Upphandlingsmyndigheten, *Är inköpen av samma slag?*, Vägledning nr 1 (2015), s. 22.

<sup>3</sup> Se till exempel 3 kap. 9 § sista stycket LOU om varukontrakt som löper på obestämd tid eller vilkas löptid inte kan bestämmas.

<sup>4</sup> Upphandlingsmyndigheten, *Är inköpen av samma slag?*, Vägledning nr 1 (2015), s. 10.

Detta förutsätter dock att bagerivaror är ett eget slag i den mening som avses i 15 kap. 3 a § sista stycket LOU.

## 2.2 Är köpen av samma slag?

Enligt 15 kap. 3a § LOU ska direktupphandlingar "av samma slag" räknas samman. Begreppet "av samma slag" finns i den svenska lagstiftningen. Det återfinns inte i EU:s direktiv om upphandling som i stället använder begreppen "likartade varor" eller "liknande kontrakt"<sup>5</sup>. Regeringen har avstått från att ge en definition av begreppet "av samma slag" med motiveringen att Kammarkollegiet i Vägledningen 2011:6 "Direktupphandling" anger hur bedömningen ska göras<sup>6</sup>.

Tyvännr innehåller inte Kammarkollegiets vägledning några entydiga svar. Kammarkollegiet konstaterar att det saknas vägledande praxis "i fråga om vad som utgör en upphandling av samma slag... varför något säkert svar inte kan ges". Enligt Kammarkollegiet är begreppet vidare än "identiska varor, tjänster eller byggentreprenader". En rimlig princip är, enligt Kammarkollegiet, att beakta "sådana varor, tjänster och byggentreprenader som typiskt sett tillhandahålls av en leverantör"<sup>7</sup> Kammarkollegiet hänvisar till Sue Arrowsmith, som argumenterar för att kulspetspennor, radergummin och pennvässare ska räknas samman eftersom de vanligen tillhandahålls av leverantörer som säljer kontorsmaterial<sup>8</sup>. Detta torde vara en okontroversiell slutsats. Frågan blir dock mer komplicerad när vi kommer till en varukategori som livsmedel. En grossist eller en välsorterad livsmedelsaffär kan säkert tillhandahålla alla slags livsmedel och även andra artiklar som finns i dagligvaruhandeln, så kallad non-food. Det torde dock sträcka sig för långt att utgå från vad en grossist kan tillhandahålla. Det kanske är mer rimligt att utgå från vad en detaljist tillhandahåller. Ett slakteri tillhandahåller varor som väsentligen skiljer sig från vad ett bageri tillhandahåller.

En annan metod för att fastställa vilka varor eller tjänster som är "av samma slag" är att utgå från EU:s system för CPV-koder (Common Procurement Vocabulary)<sup>9</sup>. Antagandet

---

<sup>5</sup> Art. 9.5 b) och art. 9.7 a) Europaparlamentets och Rådets Direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (2004/18/EG); skäl 19 samt art. 5.9, art. 5.10, art. 5.11 a), art. 32.5 och art. 57.4 b) Europaparlamentets och Rådets Direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (2014/24/EU).

<sup>6</sup> Prop. 2013/14:133 *Direktupphandling*, s. 25.

<sup>7</sup> Kammarkollegiet, *Direktupphandling*, Vägledning 2011:6, s. 8.

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> Konkurrensverket beskriver CPV enligt följande: "Common Procurement Vocabulary" (CPV) är ett klassificeringssystem för offentlig upphandling som syftar till att standardisera den terminologi som används av upphandlande myndigheter och enheter för att beskriva föremålet för en upphandling. Det är ett viktigt stöd för att leverantörer och upphandlande myndigheter ska kunna hitta rätt upphandlingar" (<http://www.konkurrensverket.se/upphandling/om-upphandlingsreglerna/cpv-koder/>). CPV-koderna finns angivna i Kommissionens förordning (EG) nr 213/2008 av den 28 november 2007 om ändring av Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV) samt av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG respektive 2004/18/EG om förfaranden vid offentlig upphandling, när det gäller revidering av CPV.

skulle i så fall vara att ju större skillnad i CPV-kod desto större sannolikhet att två varor eller tjänster inte är "av samma slag". CPV-koderna för nötkött, bröd respektive frukt skiljer sig åt redan på tredje siffran (15110000-2, 15811100-7 respektive 15300000-1) medan CPV-koderna för kulspetspennor, radergummin och pennvässare skiljer sig åt först på 7:e siffran (30192121-5, 30192100-2 respektive 30192133-2). Detta talar för att olika grupper av livsmedel, såsom kött, bröd och frukt ska ses som olika slag när CPV-koderna skiljer sig åt redan på tredje siffran (samma sak gäller för tobaksvaror där CPV-koden är 15991000-1 – även här skiljer sig koden på tredje siffran). Man skulle alltså kunna argumentera för att kött och frukt inte är samma slag, precis som kött och tobak inte är det. Uppfattningen att alla slags livsmedel inte ska betraktas som "samma slag" eller "likartade varor" bekräftas också av nya LOU-direktivet enligt vilket

*"begreppet likartade varor vid beräkningen av tröskelvärdena bör förstås som varor som är avsedda för identisk eller likartad användning, till exempel varor som utgörs av ett antal livsmedel [min understrykning] eller av olika kontorsmöbler."*<sup>10</sup>

Den omständigheten att direktivet anger "ett antal livsmedel" kan tolkas så att alla livsmedel inte är "likartade varor". Detta är en rimlig tolkning enligt Upphandlingsmyndigheten som i vägledningen *Är inköpen av samma slag?* anför

*"att ett antal livsmedel kan utgöra likartade varor... kan ge uppfattningen att inte alla livsmedel är avsedda för identisk eller likartad användning, men det framgår inte hur gränsdragningen mellan olika typer av livsmedel ska göras."*<sup>11</sup>

Enligt Upphandlingsmyndigheten är det rimligt att tolka begreppet "av samma slag" på ett likartat sätt som dessa begrepp i direktiven<sup>12</sup>. Frågan vad som är "samma slag" har mig veterligen bara bedömts två gånger i praxis. Förvaltningsrätten i Uppsala ansåg i en dom meddelad den 28 mars 2013 att Västerås kommun köpt "samma slags juridiska tjänster" som de som var aktuella i målet<sup>13</sup>. Kammarrätten fann inte skäl att göra en annan bedömning<sup>14</sup>. Av domarna framgår dock inte att alla juridiska tjänster skulle vara "av samma slag". I en nyligen meddelad dom tog Kammarrätten i Stockholm ställning till frågan om ett samordnat direktupphandlingsförfarande som resulterat i fyra avtal med olika konsulter avsåg samma slag av konsultinsatser och värdet på avtalen därmed räknas samman. Kammarrätten konstaterade att konsultinsatserna skiljde sig åt till både innehåll och erforderlig konsultkompetens (en jurist, en stadsutvecklingskonsult med inriktning mot kulturgeografi samt två arkitekter med olika bakgrund) att de inte

---

<sup>10</sup> Skäl 19, 2014/24/EU. CPV-koden för "kontorsmöbler" är 39130000-2.

<sup>11</sup> *Är köpen av samma slag?*, s. 14.

<sup>12</sup> *Ibid.*, s. 10.

<sup>13</sup> Förvaltningsrätten i Uppsala, dom 2013-03-28, mål 70-13.

<sup>14</sup> Kammarrätten i Stockholm, dom 2013-05-22, 2504-13.

skulle anses vara samma slag trots att avtalen var hänförliga till ett och samma granskningsprojekt "Uppdragsbeskrivning Granskning av Nya Slussen". Kammarrätten konstaterade vidare att den upphandlande myndigheten har bevisbördan för att upphandlingarna inte var av samma slag även om det ska beaktas att det är *"förenat med svårigheter att lägga fram utredning om ett negativt bevisfaktum, dvs. att olika typer av tjänster inte finns tillgängliga hos enskilda marknadsaktörer"*<sup>15</sup>.

### 3. Vad gäller för direktupphandling?

I 2 kap. 23 § LOU definieras direktupphandling som *"en upphandling utan krav på anbud i viss form"*. Lagens definition är föga klargörande. Den innebär att anbud i en direktupphandling kan lämnas både muntligt och skriftligt, även om muntliga anbud är ovanliga annat än när värdet är mycket lågt. Det som emellertid framför allt utmärker direktupphandlingen är att den får genomföras mer formlost, framför allt finns det inget lagkrav på att en direktupphandling ska annonseras eller ens konkurrensutsättas<sup>16</sup>. I prop. 2013/14:133 "Direktupphandling" ger emellertid regeringen uttryck för uppfattningen att direktupphandlingar *"som inte är av mindre värde bör som regel annonseras"*<sup>17</sup>.

Möjligheten att genomföra en mer formlös direktupphandling gäller, förutom vid mycket låga värden, framför allt om den upphandlande myndigheten endast frågar en leverantör. Dock gäller principerna också för direktupphandlingar och en direktupphandling kan bli föremål för överprövning<sup>18</sup>. Principerna aktualiseras särskilt när den upphandlande myndigheten tillfrågar mer än en leverantör eller till och med annonserar direktupphandlingen.

Vidare finns det dokumentationsplikt för alla upphandlingar över 100 000 kr. Enligt 15 kap. 18 § LOU ska en upphandlande myndighet *"anteckna skälen för sina beslut och annat av betydelse vid upphandlingen om upphandlingens värde överstiger 100 000 kr."* Dokumentationspliktens närmare omfattning är inte reglerad, men enligt förarbetena bör dokumentationen inkludera:

1. Den upphandlande myndighetens namn och organisationsnummer
2. Föremålet för direktupphandlingen
3. Hur konkurrensen togs tillvara (annonsering eller på annat sätt)
4. Vilka leverantörer som tillfrågades och hur många som lämnade anbud
5. Vilken leverantör som tilldelades kontraktet
6. De viktigaste skälen för tilldelningen

---

<sup>15</sup> Kammarrätten i Stockholm, dom 2016-03-22 i mål 6531-6533-15.

<sup>16</sup> Upphandlingsmyndigheten, *"är inköpen av samma slag?"*, Vägledning nr 1 (2015), s. 6.

<sup>17</sup> Prop. 2013/14:133 *Direktupphandling*, s. 26.

<sup>18</sup> Kammarkollegiet, *Direktupphandling*, Vägledning 2011:6, s. 24.

## 7. Avtalets uppskattade värde samt tidpunkten för kontraktets genomförande<sup>19</sup>.

Enligt min mening bör den upphandlande myndigheten också dokumentera skälen till varför man anser sig ha rätt att genomföra en direktupphandling.

Av 15 kap. 3 § andra stycket LOU framgår vidare att den upphandlande myndigheten är skyldig att besluta om riktlinjer för direktupphandling. Skyldigheten att anta riktlinjer för direktupphandling motiveras med att upphandlande myndigheter bör ha en strategi också för konkurrensutsättning av direktupphandlingar samt för hur de små företagen ska kunna delta. Riktlinjer tillsammans med dokumentationsplikten anses också motverka risken för korruption<sup>20</sup>.

Under en direktupphandling gäller absolut sekretess i vanlig ordning till dess beslut om leverantör fattats eller upphandlingen har avslutats på annat sätt<sup>21</sup>. När den upphandlande myndigheten har fattat beslut om tilldelning ska anbudsgivarna underrättas om beslutet snarast möjligt<sup>22</sup>. Det finns emellertid ingen skyldighet att skicka en skriftlig underrättelse eller att motivera beslutet<sup>23</sup>. Detta får dock anses lämpligt när flera leverantörer tillfrågats. Av 16 kap. 2 § LOU framgår att avtalsspärr inte gäller vid tilldelning i direktupphandlingar.

### 3.1 Synnerliga skäl

Det finns anledning att också titta närmare på möjligheten att genomföra en direktupphandling om det finns synnerliga skäl. Enligt 15 kap. 3 § andra stycket LOU får direktupphandling användas bland annat om det finns synnerliga skäl. Begreppet "synnerliga skäl" finns inte i direktivet utan är ett begrepp som den svenska lagstiftaren hittat på. Det motsvaras inte heller rakt av något av de förhandlade förfaranden som anges i 4 kap. 5-9 §§ LOU, även om synnerlig brådska som orsakats av oförutsedda händelser och som således inte beror på dålig planering anges som en av de situationer som ger rätt att direktupphandla på grund av synnerliga skäl.

En annan situation, som enligt lagens förarbeten, ger rätt att genomföra en direktupphandling på grund av synnerliga skäl är när den upphandlande myndigheten får ett erbjudande att köpa något till ett pris som är väsentligt under marknadsvärdet. I förarbetena skriver regeringen att

*"[e]xtra förmånliga köp vid t.ex. auktioner kan göras genom direktupphandling. Den upphandlande myndigheten måste dock i sådana fall kunna visa att det varit fråga om ett erbjudande väsentligt under marknadsvärdet. Det är*

---

<sup>19</sup> Prop. 2013/14:133, s. 24.

<sup>20</sup> SOU 2013:12, *Mera värde för pengarna*, ss. 270-272.

<sup>21</sup> Kammarkollegiet, *Direktupphandling*, Vägledning 2011:6, s. 28.

<sup>22</sup> 15 kap. 19 § andra stycket LOU.

<sup>23</sup> Kammarkollegiet, *Direktupphandling*, Vägledning 2011:6, s. 26.

*således den upphandlande enheten som har bevisbördan för att sådana omständigheter föreligger som medger direktupphandling.”<sup>24</sup>*

Det exempel som nämns i förarbetena är att den upphandlande myndigheten ropar in något vid en auktion till ett extra förmånligt pris. Men man skulle också kunna tänka sig situationen att den upphandlande myndigheten uppvaktas av en leverantör som vill sälja ett restparti till ett pris som ligger väsentligt under marknadsvärdet. Leverantörer måste alltså inte vänta på att de blir kontaktade av kommunen. De kan också ta egna initiativ. Vad som är *”ett erbjudande väsentligt under marknadsvärdet”* är inte närmare preciserat. Det är också den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att synnerliga skäl föreligger. Rimligen borde bedömningen av vad som är *”väsentligt under marknadsvärdet”* skilja sig åt beroende på om det är en vara eller en tjänst. Detta gäller i synnerhet tjänster med högt arbetskraftkostnadsindex som dessutom ska utföras i Sverige. En tjänsteverantör kan inte sänka priset på sådana tjänster alltför mycket utan att gå under den lägsta godtagbara lönenivån<sup>25</sup> eller mot skyldigheten att erlägga skatt och sociala avgifter.

Det kan tilläggas att det finns en motsvarande möjlighet att göra en förhandlad upphandling utan föregående annonsering i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF). Enligt 4 kap. 2 § punkt 10 i LUF är *”det är möjligt att anskaffa varor genom att utnyttja särskilt förmånliga erbjudanden som gäller under mycket kort tid, när priset ligger betydligt under det normala marknadspriset”*.

För varor och A-tjänster över tröskelvärdet finns ingen möjlighet att genomföra en direktupphandling med stöd av bestämmelsen om synnerliga skäl.

### **3.2 Hur ser kravbilden ut vad gäller transparens?**

En åtgärd för att få fler anbud från de lokala företagen är naturligtvis att förenkla upphandlingen och anbudsgivningen så långt som är möjligt för att på så vis minska den administrativa börda som det innebär att lämna anbud i en offentlig upphandling.

Upphandlingar får gärna utformas så att anbudsgivaren kan lämna anbud på endast en del av underlaget. Detta gäller i synnerhet större upphandlingar vilka som huvudregel ska annonseras. Men det finns oavsett flera hinder för små företag att delta. Förfrågningsunderlaget kan innehålla många formella krav som måste uppfyllas och krav på verifikat som måste ges in. Redan arbetsinsatsen att ta sig igenom ett omfattningsrikt förfrågningsunderlag upplevs som ett hinder i sig. Även om det är möjligt att lämna anbud på endast en del av upphandlingen så måste ändå småföretagaren ta sig

---

<sup>24</sup> Proposition 2006/07:128, s. 429 och proposition 2001/02:142, s. 99.

<sup>25</sup> I artikel 18.2 nya LOU-direktivet (direktiv 2014/24/EU) finns ett förbud mot att den offentliga upphandlingen befrämjar social dumpning.



igenom hela förfrågningsunderlaget, uppfylla alla formella krav samt ge in alla de verifikat som efterfrågas.

Men det går att förenkla anbudsgivningen och detta gäller i synnerhet för direktupphandlingar. Möjligheten att förenkla är beroende av om den upphandlande myndigheten vänder sig till en eller flera anbudsgivare. Tillfrågas flera leverantörer måste upphandlingen innehålla en beskrivning av på vilka grunder anbuden kommer att utvärderas. EU-domstolen har upprepade gånger betonat att det följer av transparensprincipen att förfrågningsunderlaget måste vara så *"klart, precist och otvetydigt"* utformat så att *"alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare"* förstår det på samma sätt och så att den upphandlande myndigheten kan kontrollera att anbuden uppfyller de krav som ställs i upphandlingen<sup>26</sup>. Detta krav på transparens torde också gälla för en direktupphandling.

Även ett minimalistiskt förfrågningsunderlag måste därför uppfylla vissa minimikrav på information. Förfrågningsunderlaget måste ange de obligatoriska kraven ("ska-kraven") på ett tydligt sätt samt tydligt beskriva tilldelningskriterierna inbördes relation, eller med ett annat ord, viktning. Vidare bör förfrågningsunderlaget innehålla en utvärderingsmodell som beskriver hur anbuden kommer att poängsättas. Slutligen bör förfrågningsunderlaget innehålla villkoren för utförandet, dvs. avtalsvillkoren. Detta gäller även för en direktupphandling, i vart fall om den inte är av ringa värde eller vänder sig till mer än en leverantör. Även om den upphandlande myndigheten endast har tillfrågat en leverantör måste den vara beredd på att en annan leverantör kan höra av sig med begäran om att få lämna anbud. Det följer av likabehandlingsprincipen att en upphandlande myndighet inte kan hindra andra leverantörer än de som tillfrågats från att lämna anbud<sup>27</sup>.

Anbudsgivningen kan å andra sidan förenklas kraftigt. I princip är det tillräckligt att anbudet innehåller en av behörig företrädare undertecknad bekräftelse att alla krav och villkor uppfylls och/eller accepteras som ett pris. För det fall anbuden utvärderas enligt principen det ekonomiskt mest fördelaktiga måste anbuden även innehålla annan information beroende på enligt vilka tilldelningskriterier den upphandlande myndigheten har valt att utvärdera anbuden.

Referenser är ofta ett användbart kriterium för att säkerställa god kvalitet. Små företag kan vara bra på att göra sitt jobb men mindre bra på att beskriva detta i ordrika anbud. För att inte upphandlingen ska bli en tävling i uppsatsskrivning kan den upphandlande myndigheten välja att utvärdera kvaliteten på grundval av referenser som avser den kvalitet som företaget levererat i tidigare uppdrag. Ett referenskriterium bör avse tidigare likvärdiga uppdrag som utförts i närtid. Ett sådant tilldelningskriterium bör också utformas så att det inte finns någon risk för sammanblandning, dvs. referens-

---

<sup>26</sup> Se t.ex. C-368/10 *Kommissionen mot Nederländerna*, p. 109.

<sup>27</sup> Kammarkollegiet, *Direktupphandling*, Vägledning 2011:6, s. 23.

kriteriet ska betygsätta den kvalitet som anbudsgivaren erbjuder, inte anbudsgivarens organisation eller förmåga i allmänhet. Det är därför viktigt att tydliggöra att referenskriteriet är en del av bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, dvs. att det avser att mäta den kvalitet som erbjuds. Ett sätt att minska risken för sammanblandning är att ta referenser på *den erbjudna bemanningen*, till exempel den eller de konsulter som ska utföra ett konsultuppdrag. Enligt EU-domstolen kan kvaliteten *"på ett avgörande sätt vara beroende av vilka yrkesmässiga förtjänster de personer som ska fullgöra kontraktet har, vilka utgörs av deras yrkeserfarenhet och utbildning"*<sup>28</sup>.

För att underlätta för anbudsgivarna bör den upphandlande myndigheten inte begära in några verifikat. Det är som utgångspunkt tillräckligt att anbudsgivaren bekräftar att ingen grund för uteslutning föreligger, att alla övriga krav uppfylls samt att villkoren för anbudsgivning och utförande accepteras. Enligt domstolspraxis har en upphandlande myndighet rätt men inte skyldighet att kontrollera riktigheten i de uppgifter som anbudsgivare lämnar<sup>29</sup>. Skulle emellertid den upphandlande myndigheten ha anledning att misstänka att uppgifterna i anbudet inte är korrekta i något avseende måste den göra en närmare kontroll, till exempel genom att begära in förklaringar eller bevis från anbudsgivaren<sup>30</sup>.

Nya LOU kommer, av lagrådsremissen att döma, inte att innebära några förändringar vad gäller möjligheterna att genomföra direktupphandlingar. Upphandling under tröskelvärdena kommer i allt väsentligt följa de regler som gäller idag<sup>31</sup>. Regeringen har dock tillsatt en utredning som ska se över möjligheterna att regelverket för upphandling av "sociala tjänster" kan förenklas<sup>32</sup>. Uppdraget ska redovisas senast den 1 november 2016<sup>33</sup>. Civilministern Ardalán Shekarabi har också aviserat att regeringen vill se flexibla regler för upphandling under tröskelvärdena<sup>34</sup>. I sammanhanget kan också civilsamhällesutredningen nämnas, vars betänkande "Palett för ett stärkt civilsamhälle" (SOU 2016:13) presenterades den 25 februari 2016. Ett av de förslag som lämnas i betänkandet är att upphandling av sociala tjänster eller andra särskilda tjänster under tröskelvärdet 750 000 euro (ca 6,9 miljoner kr) och som inte har ett gränsöverskridande intresse inte ska omfattas av nya LOU<sup>35</sup>.

---

<sup>28</sup> Se C-601/13 *Ambisig*, p. 31.

<sup>29</sup> Kammarrätten i Stockholm, dom 2013-08-21, mål 1860-13.

<sup>30</sup> Av domstolspraxis framgår att denna skyldigheten gäller även om det blir känt först i under en överprövning att krav inte uppfylls, se Kammarrätten i Göteborg, dom 2012-06-26, mål 935-12.

<sup>31</sup> Regeringen: lagrådsremiss "Nytt regelverk om upphandling", 2015-06-04, s. 771.

<sup>32</sup> "Ett nytt regelverk för offentlig finansiering av privat utförda välfärdstjänster", Dir. 2015:2, s. 2.

<sup>33</sup> *Ibid.*, s. 25.

<sup>34</sup> Detta aviserade civilministern på Upphandlingsdagarna 2016.

<sup>35</sup> Palett för ett stärkt civilsamhälle, SOU 2016:13, s. 362.

### 3.3 Hur ser kravbilden ut vad gäller öppenhet?

Såsom redan påpekats finns det inget lagkrav på att en direktupphandling ska annonseras men heller inget hinder mot att göra detta. Den upphandlande myndigheten väljer själv hur upphandlingen ska annonseras. De små och medelstora företagen som kan vara intresserade av upphandlingen finns normalt i den upphandlande myndighetens geografiska närhet. För att nå dem kan det vara lämpligare att annonsera i lokalpressen än i en rikstäckande elektronisk databas. Upphandlingarna kan också anslås på kommunens hemsida eller på en särskild annonsdatabas för upphandlande myndigheter i Dalarna. Inget hindrar att den upphandlande myndigheten på olika sätt uppmärksammar företag på att annonsen ligger ute.

## 4. Hur kan man arbeta med regional tillväxt utifrån ett LOU-perspektiv?

Förslagen i denna promemoria syftar till att underlätta för små företag att lämna anbud i dalakommunernas direktupphandlingar. De små företagen som kan vara intresserade av dessa upphandlingar är också ofta lokala företag. På så vis är en modell för fler anbud från små företag också en modell för fler anbud från lokala företag.

Ett bra sätt att öka de små företagens intresse för kommunernas direktupphandlingar är naturligtvis också att föra en aktiv dialog. Nya LOU-direktivet slår fast att den upphandlande myndigheten får genomföra "*preliminära marknadsundersökningar*" för att inhämta råd och informera om att en upphandling är på gång<sup>36</sup>. Ett konkret sätt att föra dialog är att skicka ut ett preliminärt förfrågningsunderlag på remiss till ett antal företag. Det preliminära förfrågningsunderlaget kan också annonseras på kommunens hemsida eller på en gemensam webbplats.

En kategori av företag som har haft svårt att hävda sig i offentliga upphandlingar är de sociala företagen<sup>37</sup>. Detta är en företagskategori som växer snabbt i Dalarna<sup>38</sup>. Upphandlande myndigheten bör generellt bli bättre på att värdera de mervärden som de sociala företagen kan erbjuda. I nya LOU kommer det dessutom finnas en möjlighet att reservera upphandlingar för skyddade verkstäder eller för leverantörer vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden. I den senare kategorin återfinns de arbetsintegrerande sociala företagen. En förutsättning för att en leverantör ska få delta i en offentlig upphandling av ett reserverat kontrakt är att minst 30 procent av dem som sysselsätts i företaget tillhör någon av nyss nämnda grupper<sup>39</sup>. Denna möjlighet kommer också finnas för upphandlingar under tröskelvärdet. Så som regeringens lagförslag ser ut ser jag inga

---

<sup>36</sup> Direktiv 2014/24/EU, artikel 40.

<sup>37</sup> Se Palett för ett stärkt civilsamhälle, SOU 2016:13, s. 36ff.

<sup>38</sup> <http://www.dt.se/dalarna/falun/sociala-foretag-blir-allt-fler>

<sup>39</sup> Bestämmelsen återfinns i 4 kap. 15 § i lagrådsremissen.

hinder mot att denna möjlighet kombineras med en direktupphandling där upphandlingens värde uppgår till högst 534 890 kr.

## 5. Sammanfattning

Svaren på de frågor som uppdraget omfattat kan sammanfattas enligt följande:

1. En direktupphandling kan genomföras på ett relativt enkelt sätt. Detta gäller även om den vänder sig till fler än en leverantör. Förfrågningsunderlaget måste dock innehålla tillräcklig och tydlig information så att alla anbudsgivare förstår kraven i upphandlingen på samma sätt. Anbudet å andra sidan kan begränsas till några få uppgifter såsom bekräftelse på att alla krav och villkor uppfylls och eller accepteras, pris och/eller annan information som är nödvändig för anbudsutvärderingen samt namnteckning alternativt signering av behörig företrädare. Den nya lagen innehåller inga väsentliga förändringar i detta avseende. Det förbereds dock lagförslag som kan få betydelse för utrymmet att genomföra direktupphandlingar.
2. Det saknas klagörande praxis angående hur begreppet "*av samma slag*" i 15 kap. 3a § sista stycket LOU ska tolkas. Begreppet ska dock förstås på samma sätt som begreppen "*likartade varor*" eller "*liknande kontrakt*" i direktiven. Ett sätt att bedöma om två varor eller tjänster är "*av samma slag*" är att utgå från EU:s CPV-koder.
3. Det finns inget lagkrav på att en upphandling ska annonseras även om regeringen anser detta lämpligt om värdet inte är ringa. Kravet på transparens innebär att förfrågningsunderlaget måste innehålla tillräcklig och tydlig information så att alla anbudsgivare förstår det på samma sätt.
4. De små företagen som kan vara intresserade av att lämna anbud i kommuners direktupphandlingar är ofta också lokala företag. Ett sätt att öka andelen anbud från dessa företag är genom att förenkla anbudsgivning så långt som möjligt. Ett annat sätt är genom en dialog inför en upphandling, även en direktupphandling. Ett konkret exempel på en sådan dialog är att skicka ut ett preliminärt förfrågningsunderlag på remiss.

Stockholm den 11 april 2016

Mathias Sylvan