

Är inköpen av samma slag?

Hjälpregler för beräkning av kontraktsvärdet
vid direktupphandlingar av samma slag

VÄGLEDNING NR 1 (2015)



Senast reviderad: 26 februari 2016

Innehåll

Om vägledningen	5
Direktupphandling – vad är det och vilka regler gäller?	6
Direktupphandling som begrepp	6
En direktupphandling får göras i flera olika situationer.....	6
När används ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering?.....	6
Konsekvenser av en otillåten direktupphandling	7
Kontraktvärdesberäkning	8
Beräkning av kontraktsvärdet enligt 3 kap. LOU	8
Beräkning av kontraktsvärdet enligt 15 kap. LOU.....	10
Hjälpregler vid beräkning av kontraktsvärdet av direktupphandlingar av samma slag enligt 15 kap. LOU	12
Gör en helhetsbedömning	13
Affärsmässighet.....	13
Identisk eller likartad användning	13
Varor och tjänster som typiskt sett erbjuds av leverantörer på marknaden	14
Naturligt samband i tid och beträffande innehåll.....	15
Common Procurement Vocabulary (CVP).....	16
Uppdelning av kontrakt som syftar till att kringgå upphandlingsbestämmelserna	17
Annan grund för direktupphandling	17
Exempel	20
Upphandla lokalvård och kringtjänster.....	20
Konsultköp	22



500

1721248133

FEM HUNDRAKRONOR SVENSKA PENNINGEN

SVERIGES RIKSBANK

FEM HUNDRA KRONOR

KRONOR

Om vägledningen

BAKGRUND OCH SYFTE

Ibland är det svårt för upphandlande myndigheter och enheter att avgöra om mindre inköp behöver annonseras enligt upphandlingslagstiftningen. Omständigheter som återkommande inköpsbehov och det potentiella kontraktets värde i förhållande till andra kontrakt av samma slag kan påverka skyldigheten att annonsera inköpet.

De upphandlande myndigheterna och enheterna måste därför inför en upphandling¹ identifiera samt ta ställning till flera omständigheter som kan påverka beräkningen av kontraktets värde. Detta för att säkerställa att inköpet kan göras utan föregående annonsering.

Denna vägledning riktar sig främst till upphandlare, upphandlingschefer och upphandlingsjurister. Vägledningen har som syfte att vara ett metodstöd som ska göra det lättare för upphandlande myndigheter och enheter att avgöra vad som är varor och tjänster av samma slag.

OMFATTNING

Vägledningen är generellt utformad. Den lämnar inga exakta svar när rättsläget är oklart, men den tydliggör vilka omständigheter som kan påverka den upphandlande myndighetens eller enhetens bedömning i det enskilda fallet. Vägledningen är inte bindande och föregriper inte de tolkningar som domstolar kan komma att göra när det gäller bestämmelserna om kontraktets värdesberäkning och vad som utgör inköp av samma slag.

Vägledningen utgår från gällande rätt, men den innehåller också hänvisningar till de nya upphandlingsdirektiven² som ska vara implementerade i svensk rätt senast april 2016. De nya direktiven innebär inte några materiella ändringar i de delar som denna vägledning gäller.

Vägledningen gäller för upphandlingar enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU), lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF) och lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (LUFSS). För att underlätta läsningen hänvisas i fortsättningen endast till begrepp och bestämmelser enligt LOU samt tillhörande direktiv.

1. Med begreppet upphandling avses i denna vägledning samtliga anskaffningar och inköp som en upphandlande myndighet gör.

2. Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG och Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG.

Direktupphandling – vad är det och vilka regler gäller?

En direktupphandling definieras som en upphandling utan krav på anbud i viss form.³ Det innebär bland annat att det inte finns något krav på att direktupphandlingar ska annonseras eller konkurransutsättas. Många direktupphandlingar görs i praktiken på ett formlöst sätt. De kan till exempel göras som ett köp över disk eller genom att den upphandlande myndigheten muntligen eller via e-post gör en beställning och leverans utförs utan att inköpet har annonserats eller att något skriftligt avtal har upprättats. Det kan vara affärsmässigt motiverat för den upphandlande myndigheten att direktupphandla mindre behov eftersom det kan frigöra resurser som myndigheten kan lägga på större och mer arbetskrävande upphandlingar.⁴

DIREKTUPPHANDLING SOM BEGREPP

Begreppet *direktupphandling* återfinns i 15 kap. LOU och avser inköp som är undantagna lagen enligt bestämmelserna i det kapitlet. I de direktivstyrda reglerna tillämpas *förhandlat förfarande utan föregående annonsering* för inköp enligt motsvarande undantag. Det är dock vanligt att förhandlat förfarande utan föregående annonsering i dagligt tal omnämns som direktupphandling.

EN DIREKTUPPHANDLING FÅR GÖRAS I FLERA OLIKA SITUATIONER

En direktupphandling får göras om:

- ▶ kontraktets värde understiger den så kallade direktupphandlingsgränsen,
- ▶ förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering är uppfyllda i respektive lag, eller
- ▶ det finns synnerliga skäl.⁵

Denna vägledning berör främst frågor om direktupphandlingar som understiger direktupphandlingsgränsen.

NÄR ANVÄNDS ETT FÖRHANDLAT FÖRFARANDE UTAN FÖREGÅENDE ANNONSERING?

Ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering får användas bland annat om:

- ▶ inga lämpliga eller giltiga anbud har kommit in vid en annonserad upphandling,
- ▶ det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan utföras endast av en viss leverantör, eller
- ▶ det föreligger synnerlig brådska.

³ Se 2 kap. 23 § LOU.

⁴ Se prop. 2013/14:133 s. 20.

⁵ Se 15 kap. 3 § LOU. I Kammarkollegiets vägledning 2011:6 om direktupphandling går det att läsa bland annat hur begreppet direktupphandling definieras, när en upphandlande myndighet får direktupphandla och vilka förutsättningar som måste vara uppfyllda för att en direktupphandling ska vara tillåten.

Direktupphandling som begrepp

Begreppet direktupphandling återfinns endast i 15 kap. LOU och avser inköp som är undantagna lagen enligt bestämmelserna i detta kapitel. I de direktivstyrda reglerna tillämpas förhandlat förfarande utan föregående annonsering för inköp enligt motsvarande undantag. Det är dock vanligt att förhandlat förfarande utan föregående annonsering i dagligt tal omnämns som direktupphandling.



Ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering får i vissa fall också användas som ett kompletterande köp till en tidigare annonserad upphandling under vissa förutsättningar och vid vissa fall av projekttävlingar.⁶

KONSEKVENSER AV EN OTILLÅTEN DIREKTUPPHANDLING

Om en genomförd direktupphandling inte är tillåten kan det leda till flera negativa konsekvenser för den upphandlande myndigheten. Avtalet kan komma att ogiltigförklaras och den upphandlande myndigheten kan bli skyldig att betala skadestånd och/eller en sanktionsavgift (så kallad upphandlingsskadeavgift).

⁶ Se 4 kap. 5–9 §§ LOU.

Kontraktsvärdesberäkning

Bestämmelser om hur en upphandlande myndighet ska beräkna ett kontrakts värde finns både i 3 kap. och 15 kap. LOU. Beräkningen av ett kontrakts värde är mycket viktig eftersom den är avgörande för vilka bestämmelser i LOU som ska tillämpas.

Vilka bestämmelser som ska tillämpas beror på hur myndigheten beräknar upphandlingens värde och vad som ska upphandlas. Med undantag från så kallade B-tjänster⁷ måste den upphandlande myndigheten som ett första steg i upphandlingsprocessen börja i 3 kap. LOU för att beräkna om kontraktets värde överstiger gällande tröskelvärde.

BERÄKNING AV KONTRAKTSVÄRDET ENLIGT 3 KAP. LOU

Utgångspunkten för beräkningen av kontraktsvärdet finns i 3 kap. LOU. Av första och andra paragrafen framgår att lagen ska tillämpas på kontrakt för varor, tjänster och byggentreprenader om kontraktets värde överstiger de tröskelvärden som Europeiska kommissionen har fastställt.

Ett huvudsakligt syfte med reglerna i 3 kap. LOU är att på ett förutsebart sätt fastställa om kontraktet kan anses ha ett gränsöverskridande intresse, dvs. om kontraktet lämpar sig för gränsöverskridande handel och därför även är intressant för leverantörer i andra länder inom EU.

Ett kontrakt som överstiger gällande tröskelvärden förutsätts ha ett gränsöverskridande intresse och omfattas därför av de direktivstyrda bestämmelserna.

Inköp som understiger det aktuella tröskelvärdet eller inköp som avser B-tjänster anses ha ett begränsat gränsöverskridande intresse. De omfattas därför

inte av de direktivstyrda bestämmelserna. Sverige har dock valt att införa nationella bestämmelser även för sådana typer av inköp. Bestämmelserna som ska tillämpas för sådana upphandlingar finns i 15 kap. LOU och innebär vissa lättnader i förhållande till de direktivstyrda bestämmelserna.

Beräkna kontraktets värde enligt huvudregeln

Enligt huvudregeln ska värdet av ett kontrakt uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de har utnyttjats. Vidare ska de premier och ersättningar som den upphandlande myndigheten planerar att betala till anbudssökande eller anbudsgivare räknas in i värdet.⁸

Beräkningen av ett kontrakts värde ska avse värdet vid den tidpunkt då en annons om upphandlingen enligt 7 kap. 1 § LOU skickades ut. Om en sådan annons inte krävs avses i stället värdet vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten bjuder in leverantörer till anbudsgivning.⁹

Andra metoder för kontraktvärdesberäkning

Det är inte alltid tillräckligt att endast använda sig av huvudregeln vid beräkningen av kontraktsvärdet. I 3 kap. 7–13 §§ LOU finns flera andra metoder för att beräkna ett kontrakts värde. Sådana bestämmelser finns för exempelvis byggentreprenader, delkontrakt och ramavtal samt för varu- eller tjänstekontrakt som regelbundet återkommer eller som ska förnyas inom en viss tid.

⁷ Se bilagorna 2 och 3 till LOU.

⁸ Se 3 kap. 3 § LOU.

⁹ Se 3 kap. 4 § LOU.

Eftersom det finns flera olika bestämmelser som ger ledning i hur kontraktsvärdet ska beräknas måste den upphandlande myndigheten alltid kontrollera om det finns några särskilda bestämmelser som är tillämpliga i det aktuella fallet.

Inte tillåtet att dela upp kontraktsvärden för att understiga tröskelvärdet

Den upphandlande myndigheten får inte dela upp en upphandling eller välja beräkningsmetod för att värdet på inköpet ska understiga tröskelvärdena. Detta eftersom det kan anses vara ett kringgående av bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena.¹⁰

Även om det inte finns något förbud mot att dela upp en upphandling i flera delkontrakt av liknande varor och tjänster, är det inte tillåtet att beräkna värdet för sådana kontrakt var för sig.

Den upphandlande myndigheten behöver inte ha agerat oaktsamt eller med uppsåt för att myndig-

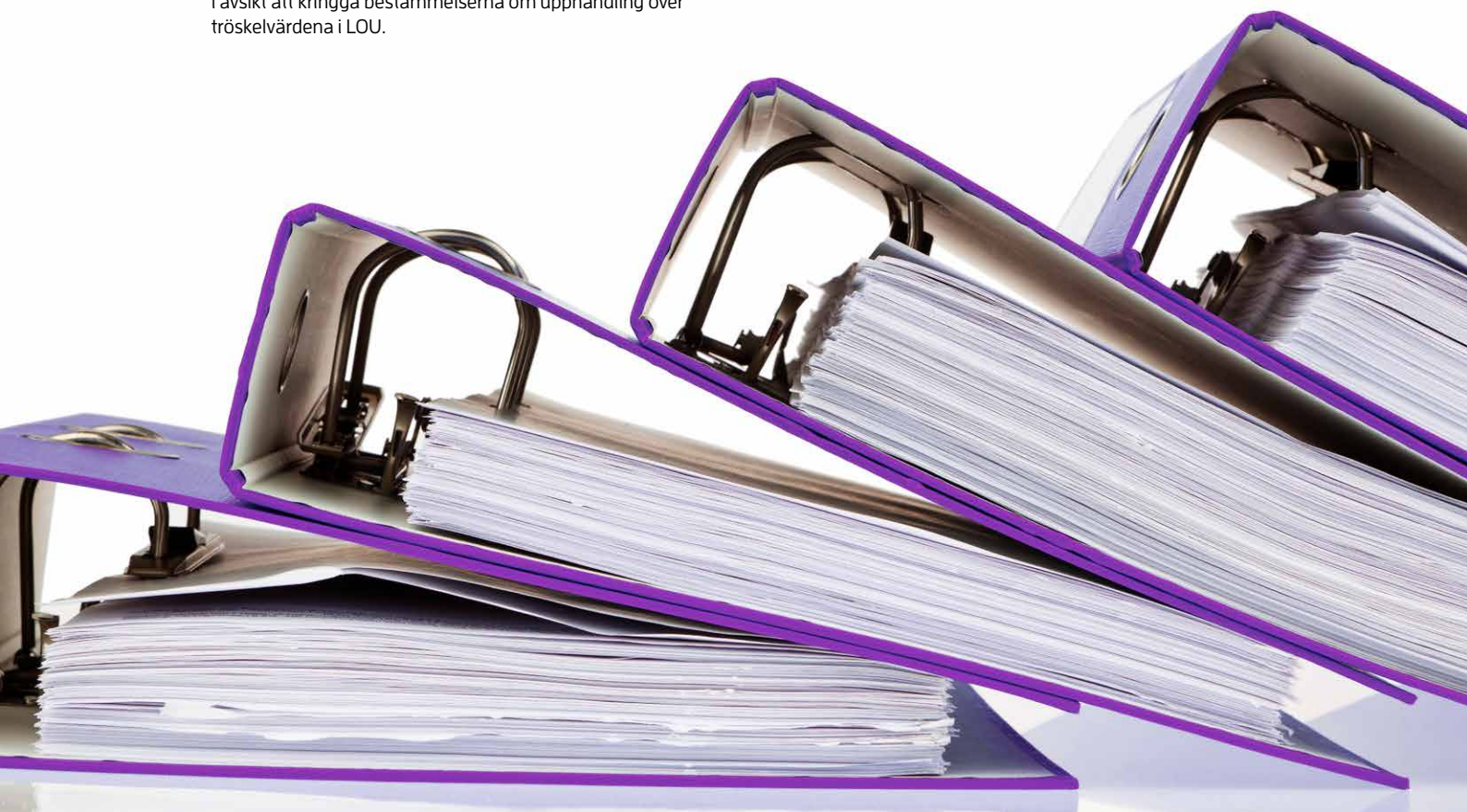
heten ska anses kringgå lagstiftningen. Det räcker med att det rent objektivt kan konstateras att myndighetens val av beräkningsmetod leder till att kontraktsvärdet understiger tröskelvärdet, om en tillämplig regel i stället kan leda till en beräkning där kontraktsvärdet överstiger tröskelvärdet.¹¹

BERÄKNINGEN AV KONTRAKTSVÄRDET ENLIGT 15 KAP. LOU

Om den upphandlande myndigheten ska upphandla B-tjänster, eller om den har beräknat att kontraktsvärdet understiger det aktuella tröskelvärdet enligt 3 kap. LOU, måste myndigheten i stället beräkna kontraktets värde enligt 15 kap. LOU för att avgöra vilket förfarande som är tillämpligt. Syftet med beräkningen är att kontrollera om värdet på den aktuella upphandlingen överstiger direktupphandlingsgränsen eller inte.

10 Se 3 kap. 5 § LOU och jfr 3 kap. 10 § sista stycket LOU där valet av beräkningsmetod för varu- och tjänstekontrakt som regelbundet återkommer eller som ska förnyas inte får göras i avsikt att kringgå bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena i LOU.

11 Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, volume 1, tredje upplagan, s. 462–464 och EU-domstolens dom i mål C-574/10.



Enligt 15 kap. 3 a § LOU gäller följande:

- ▶ Värdet av ett kontrakt ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet.
- ▶ En upphandling får inte delas upp i syfte att kringgå bestämmelserna i LOU.
- ▶ Vid beräkningen av kontraktsvärdet ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de har utnyttjats.
- ▶ Den upphandlande myndigheten ska ta hänsyn till direktupphandlingar (varor, tjänster och byggtreprenader) av samma slag gjorda av myndigheten under räkenskapsåret.

Enligt ordalydelsen tar sista stycket i bestämmelsen sikte på *direktupphandlingar* av samma slag och *inte* på upphandlingar som har annonserats. Det innebär exempelvis att värdet av ett avrop från ett upphandlat ramavtal inte behöver räknas samman med en direktupphandling.

Det finns alltså ett förbud mot att dela upp en upphandling som syftar att kringgå bestämmelserna i både 3 kap. och i 15 kap. LOU (jfr s. 9). Förbuden bör rimligtvis tolkas på samma sätt.

Vägledning från direktiv, förarbeten och litteratur

I de direktivstyrda bestämmelserna används inte begreppet *samma slag* utan i stället används begreppen *likartade varor och liknande kontrakt*¹². Någon anledning till att lagstiftaren har valt ett annat begrepp i 15 kap. LOU framgår inte av förarbetena, men det anges att bestämmelserna har sin förebild i reglerna om beräkning av värdet av ett kontrakt och om förbud mot att i vissa fall dela upp en upphandling.

Vid behov av vägledning för tolkning av bestämmelsernas närmare innebörd hänvisar regeringen till att stöd får sökas i förarbeten och praxis för de direktivstyrda bestämmelserna.¹³ Det är därför rimligt att tolka begreppen likartade varor och samma slag på ett likartat sätt.

12 Se 3 kap. 7 och 10 §§ LOU samt art. 9.5 b) och art. 9.7 a) i Europaparlamentets och Rådets Direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.

13 Prop. 2009/10:180 del 1 s 293.

Av förarbetena framgår också att upphandlingar som har *ett naturligt samband i tid och beträffande innehåll* inte bör upphandlas separat.¹⁴ Sådana upphandlingar anses därmed vara av samma slag. Det finns ett flertal avgöranden från kammarrätterna som hänvisar till detta uttalande i förarbetena.¹⁵

I litteraturen talas det om att *upphandlingar av sådana varor, tjänster och byggtreprenader som typiskt sett erbjuds av en leverantör* bör anses vara av samma slag och räknas samman.¹⁶ Denna bedöm-

ningsgrund har också införts i det nya upphandlingsdirektivet där det anges att 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 eller av olika kontorsmöbler. Vidare anges att en *ekonomisk aktör som är verksam på det berörda området skulle i typfallet troligtvis ha sådana varor i sitt normala varuutbud*.¹⁷

14 Prop. 2009/10:180 del 1 s. 293.

15 Se Kammarrätten i Stockholms dom den 22 maj 2013 i mål nr 2504-13 och dom den 15 oktober 2013 i mål nr 1965-13 där juridiska tjänster oavsett rättsområde ansågs vara tjänster av samma slag. Se även Kammarrätten i Jönköpings dom den 4 februari 2014 i mål nr 2510-13 där varor och tjänster bedömdes kunna utgöra direktupphandlingar av samma slag om de tillhandahålls av samma leverantör och dessutom hade ett naturligt samband i tid och beträffande innehåll. Avgörandet i Kammarrättens mål nr 1965-13 bör dock tolkas med försiktighet eftersom domstolen har lagt samman samtliga tjänster, oavsett om det var fråga om direktupphandlingar eller inte, och ordalydelsen i 15 kap. 3 a § LOU inte ger stöd för en sådan beräkning av kontraktsvärdet.

16 Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, andra upplagan, s. 383.

17 Se skäl 19 till direktiv 2014/24/EU. Direktivet ska vara implementerat i svensk rätt den 18 april 2016.





Hjälpregler vid beräkningen av kontraktsvärdet av direktupphandlingar av samma slag enligt 15 kap. LOU

Hur kontraktsvärdet ska beräknas måste avgöras utifrån omständigheterna i varje enskilt fall. Av detta avsnitt framgår ett antal bedömningsgrunder, som kan ge viss ledning och fungera som hjälpregler för att avgöra vilka direktupphandlingar som ska läggas samman vid beräkningen av ett kontrakts värde.

GÖR EN HELHETSBEDÖMNING

När kontraktsvärdet beräknas måste den upphandlande myndigheten göra en helhetsbedömning av samtliga omständigheter. Därför måste samtliga bedömningsgrunder beaktas. Den upphandlande myndigheten måste därför noga överväga vilka hjälpregler som kan vara avgörande i det enskilda fallet.

AFFÄRSMÄSSIGHET

Förutom de bedömningsgrunder som anges nedan bör den upphandlande myndigheten överväga om det finns andra faktorer inom ramen för regelverket för att uppnå det bästa möjliga inköpet. Det kan till exempel vara affärsmässigt fördelaktigt att annonsera en upphandling även om upphandlingens värde understiger beloppsgränsen för direktupphandling för att ta tillvara konkurrensen på marknaden.

Annonsering kan också vara lämplig om myndigheten i samband med ett uppkommet specifikt behov ska kartlägga gjorda inköp och behov inom hela organisationen.

En överblick över inköpen kan bidra till:

- ▶ mer ändamålsenliga kontrakt,
- ▶ effektivisering av intern administration, och
- ▶ bättre regelefterlevnad.

IDENTISK ELLER LIKARTAD ANVÄNDNING

Den upphandlande myndigheten måste jämföra det kommande inköpet med de inköp av varor, tjänster och byggtreprenader som är avsedda för en *identisk eller likartad användning* och som har gjorts eller kommer att göras under räkenskapsåret. Denna hjälpregel visar att en viss funktion eller ett visst användningsområde kan vara styrande för bedömningen om det är fråga om direktupphandlingar av samma slag.

Bedömningsgrunden innebär att värdet av kontrakten för inköp som är identiska eller utbytbara med varandra bör räknas samman. Det är svårt att avgöra exakt vilka produkter som ska räknas samman eftersom definitionen av begreppet *likartade varor* är oklar.

I det nya direktivet nämns *olika kontorsmöbler* som ett exempel på likartade varor med likartad användning.¹⁸ Det behöver alltså inte endast vara vilken funktion som inköpet fyller som är avgörande för bedömningen om flera inköp ska räknas samman, utan även i vilket sammanhang varorna förekommer. Skrivbord, stolar och bokhyllor är

¹⁸ Se skäl 19 till direktiv 2014/24/EU.

vanligt förekommande kontorsmöbler som normalt används tillsammans i ett likartat sammanhang i en verksamhet. Värdet av sådana kontorsmöbler bör därför rimligtvis räknas samman.

Direktivet nämner också att ett *antal* livsmedel kan utgöra likartade varor. För mulingen 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.

VAROR OCH TJÄNSTER SOM TYPISKT SETT ERBJUDS AV LEVERANTÖRER PÅ MARKNADEN

Att olika varor, tjänster eller byggtreprenader typiskt sett erbjuds av en och samma leverantör på en viss varu-, tjänste-, eller byggtreprenadsmarknad, kan innebära att inköpen ska räknas samman.

Vid denna bedömning måste den upphandlande myndigheten, utöver produktens användningsområde, också se till leverantörens varu- eller tjänsteutbud och det område som leverantören verkar inom. I litteraturen ges som exempel att kulspeuspennor, radergummin och pennvässare utgör liknande varor eftersom de normalt sätt erbjuds av samma leverantör.¹⁹

Vilka leverantörer eller leverantörssegment som avses med *typiskt sett* framgår inte av gällande rätt. Vad som typiskt sett erbjuds av en och samma leverantör på en viss marknad kan skilja sig väsentligt åt mellan olika branscher och potentiella leverantörer. Det kan exempelvis bero på om en leverantör är en producent eller en grossist/återförsäljare eller om leverantören verkar inom en större eller en mindre stad.

I två kammarrättsavgöranden har exempelvis juridiska tjänster, oavsett rättsområde, räknats

samman vid beräkningen av kontraktetsvärde.²⁰

I det ena avgörandet uttalar kammarrätten att det saknas skäl att dela upp olika juridiska rättsområden i olika slags tjänster vid beräkningen. Kammarrätten gjorde bedömningen i direkt anslutning till en redogörelse av den metod som har utvecklats i litteraturen, dvs. att upphandlingar som typiskt sett tillhandahålls av en leverantör bör räknas samman vid beräkningen.²¹ Detta kan tolkas som om kammarrätten bedömde att de juridiska tjänster som upphandlas kan anses vara av samma slag eftersom de normalt sett erbjuds av en och samma leverantör, dvs. en advokatbyrå. Tjänsteutbudet på en advokatbyrå kan dock skilja sig mycket åt beroende på hur specialiserad advokatbyrån är. Vissa advokatbyråer tillhandahåller rådgivning inom i princip samtliga rättsområden och andra advokatbyråer har specialiserat sig på ett eller några få rättsområden.

Vilka varor eller tjänster som ska räknas samman varierar mycket om leverantören är en producent eller grossist. Ett bageri, som också oftast är producent, erbjuder olika sorters bröd, kakor, bakverk och tårtor och det är rimligt att räkna samman värdet av dessa produkter eftersom de normalt sett finns att köpa på ett och samma bageri.

Om bedömningen i stället görs utifrån livsmedelsgrossistens normala varuutbud blir antalet produkter som bör läggas samman betydligt fler. Därför kan det upplevas som problematiskt om marknaden för det aktuella inköpet omfattar såväl mindre leverantörer som specialiserar sig på endast den aktuella produkten, och större leverantörer som erbjuder inte bara dessa produkter utan även många andra produkter. Det finns inte något svar på var gränserna går men det är rimligt att bedömningen utgår från varor eller tjänster som normalt erbjuds av majoriteten av leverantörerna på marknaden.

19 Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, andra upplagan, s. 383.

20 Kammarrätten i Stockholms dom den 22 maj 2013 i mål nr 2504-13 och den 15 oktober 2013 i mål nr 1965-13.

21 Se Kammarrätten i Stockholms dom den 15 oktober 2013 i mål nr 1965-13.

Hjälpregeln innebär *inte* att den upphandlande myndigheten måste upphandla alla varor/tjänster som normalt erbjuds av en och samma leverantör samtidigt i ett kontrakt. Men det kan vara en god idé att samordna upphandlingen av flera varor eller tjänster utifrån marknadens typiska utbud av rent affärsmässiga skäl genom att ge leverantören möjlighet att lämna anbud på flera produktområden. Det hindrar dock inte att en sådan samordnad upphandling delas upp på delkontrakt så länge det sammanlagda värdet beaktas för att avgöra vilka regler som är tillämpliga på upphandlingen.

NATURLIGT SAMBAND I TID OCH BETRÄFFANDE INNEHÅLL

Om en direktupphandling omfattar flera olika delar och respektive del ingår i ett större projekt kan det finnas anledning att beräkna värdet av upphandlingen med beaktande av samtliga delar. Detsamma gäller om varorna, tjänsterna eller byggentreprenaderna som ska införskaffas har stora likheter med varandra.

De nationella domstolarna har utgått från vad som anges i förarbetena när det gäller tolkningen av vilka direktupphandlingar som kan anses vara av samma slag och som därmed ska läggas samman vid kontraktsvärdesberäkningen. Direktupphandlingar som har ett naturligt samband i tid och beträffande innehåll kan vara upphandlingar av samma slag.²²

Tänk på!

Hjälpregeln innebär inte att den upphandlande myndigheten måste upphandla alla varor/tjänster som normalt erbjuds av en och samma leverantör samtidigt i ett kontrakt. Men det kan vara en god idé att samordna upphandlingen av flera varor eller tjänster utifrån marknadens typiska utbud av rent affärsmässiga skäl genom att ge leverantören möjlighet att lämna anbud på flera produktområden. Det hindrar dock inte att en sådan samordnad upphandling delas upp på delkontrakt så länge det sammanlagda värdet beaktas för att avgöra vilka regler som är tillämpliga på upphandlingen.



²² Jfr prop. 2009/10:180 del 1 s. 293.

Tiden är alltså en faktor som har betydelse vid bedömningen. Att det endast har gått några dagar mellan tecknandet av olika kontrakt i ett projekt kan vara en indikation på att det finns ett naturligt tidsmässigt samband och att samtliga delar ska beaktas vid bestämmandet av värdet. Det bör också finnas någon form av innehållsmässigt samband mellan de olika delarna.

I ett kammarrättsavgörande har exempelvis ett kontrakt avseende en mjukvara och ett tjänstekontrakt för implementering av mjukvaran som ingåtts med ett par dagars mellanrum ansetts ha ett naturligt samband i tid och beträffande innehåll. Kammarrätten fann att det kunde finnas ett sådant samband även om det var fråga om en vara och en tjänst. Kammarrätten betonade även att det var samma leverantör som tillhandahöll varan respektive tjänsten.²³

Andra situationer där kontrakt kan tänkas ha ett naturligt samband i tid och beträffande innehåll och därmed utgöra samma slag, kan vara olika kontrakt för grönyteskötsel. Om ett kontrakt avser gräsklippning, ett annat kontrakt avser rensning av ogräs i rabatter och ett tredje kontrakt avser beskärning och klippning av buskar och dessa ingås under samma månad och löper över samma säsong kan det hävdas att värdet av kontrakten ska räknas samman. Det finns ett naturligt samband mellan de olika tjänsterna eftersom de normalt utförs i liknande sammanhang, under samma säsong och av samma yrkesgrupp.

COMMON PROCUREMENT VOCABULARY (CPV)

Det har bland annat i doktrin framförts att CPV-koder skulle kunna vara en del i bedömningen av vilka varor, tjänster och byggentreprenader som är av samma slag.²⁴

CPV-koderna används i dag av upphandlande myndigheter för att beskriva och tydliggöra ett upphandlingsföremål.²⁵ Koderna används för att:

- ▶ fylla i meddelanden om upphandling,
- ▶ söka bland aktuella kontrakt i TED²⁶, och
- ▶ hitta meddelanden om upphandling i TED:s arkiv.

CPV består av en huvudordlista för att beskriva upphandlingsföremålet och en tilläggsordlista för att lägga till ytterligare kvalitativ information. Huvudordlistan är uppbyggd i en trädstruktur av koder med upp till nio siffror (en 8-siffrig kod plus en kontrollsiffra), vilka motsvaras av en beteckning på upphandlingsobjektet som kan utgöra varor, bygg- och anläggningsarbeten eller tjänster. Det är alltså fråga om en omfattande struktur.

Det är inte lämpligt att ta hänsyn till CPV-koderna vid bedömningen av vilka direktupphandlingar som är av samma slag. En sådan bedömning kan i vissa fall bli alltför generell och missvisande, medan den i andra fall kan bli alltför detaljerad.

Exempelvis är underhålls- och reparationstjänster en A-tjänst enligt bilaga 2 till LOU. Om man enbart ser till de typer av tjänster som ryms inom begreppet underhålls- och reparationstjänst på huvudgruppsnivå skulle en stor bredd av tjänster anses vara av samma slag.

23 Se Kammarrätten i Jönköpings dom den 4 februari 2014 i mål nr 2510-13.

24 Se Mats Bergman, Tobias Indén, Sofia Lundberg och Tom Madell, *Offentlig upphandling – På rätt sätt och till rätt pris*, Lund 2011, s. 67 och Per-Ola Bergqvist, John Hane och Sture Johansson, *Offentlig upphandling av entreprenader inom byggsektorn*, Malmö 2012, s. 83.

25 CPV-koderna antogs genom förordning (EG) nr 213/2008.

26 TED (Tenders Electronic Daily) är webbversionen av *Tillägg till Europeiska unionens tidning* för offentlig upphandling i Europa.

Underhåll av lastbilar, underhåll av hissar och lagning av smycken anses då samtliga vara tjänster av samma slag. Ett sådant resultat är inte rimligt eftersom det kraftigt skulle begränsa den upphandlande myndighetens möjligheter att genomföra direktupphandlingar.

Även om man väljer en lägre nivå i hierarkin går det sannolikt inte att garantera att det blir rätt bedömning i branscher som är mycket specialiserade. CPV-koderna fyller ett annat syfte än att bestämma den upphandlande myndighetens utrymme för direktupphandling.

UPPDELNING AV KONTRAKT SOM SYFTAR TILL ATT KRINGGÅ UPPHANDLINGSBESTÄMMELSERNA

Den upphandlande myndigheten måste ta ställning till om det rent objektivt kan uppfattas som om myndigheten har valt en beräkningsmetod för att kontraktsvärdet ska understiga direktupphandlingsgränsen. För att avgöra detta är det nödvändigt att beakta samtliga hjälpregler.

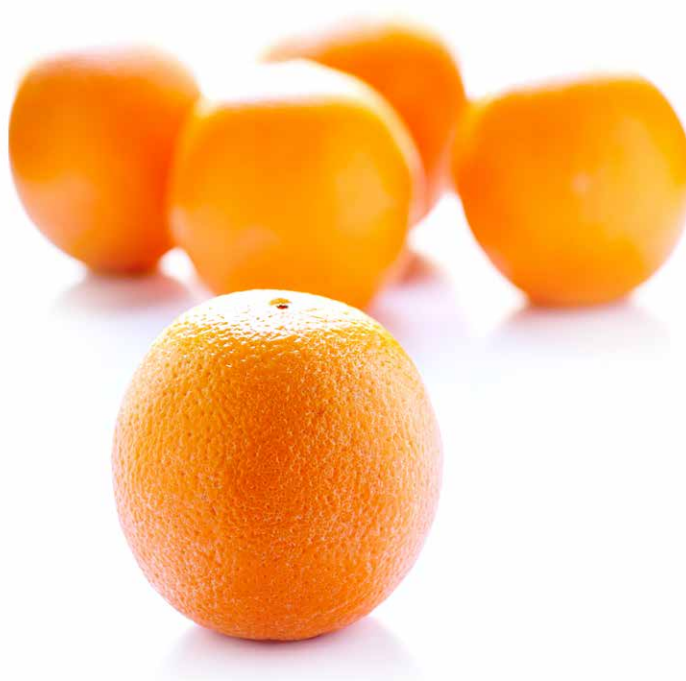
Om en myndighet exempelvis har behov av två tekniska konsulter bör man fråga sig om:

- ▶ konsulternas respektive uppdrag normalt kan erbjudas av en och samma leverantör på marknaden,
- ▶ uppdragen är identiska eller likartade, och
- ▶ uppdragen har ett naturligt samband i tid och beträffande innehåll.

Om den upphandlande myndigheten svarar ja på en eller flera av ovanstående frågor tyder det på att kontraktsvärdet för de båda konsulterna bör räknas samman och att en uppdelning av kontraktsvärdena skulle kunna uppfattas som ett kringgående av upphandlingsbestämmelserna.

ANNAN GRUND FÖR DIREKTUPPHANDLING

Som tidigare nämnts finns olika grunder för när en direktupphandling är tillåten (se s. 6–7). Frågan är hur värdet av ett kontrakt ska beräknas om flera direktupphandlingar har genomförts, men den upphandlande myndigheten har åberopat olika grunder för direktupphandlingarna. På nästa sida följer ett exempel som tydliggör frågeställningen vid direktupphandling med stöd av undantaget för synnerlig brådska.



Scenario A:

En kommun har inför skolstarten i augusti genom en förenklad upphandling²⁷ enligt 15 kap. LOU köpt läroböcker för 800 000 kronor till kommunens skola (inköp 1). Inköpet beräknas täcka behovet av läroböcker för de närmaste 3 åren och när nästa upphandling ska genomföras beror helt på när böckerna har slitits ut eller blir inaktuella. Skolan drabbas dock av en svår vattenskada en vecka innan skolstarten och de nyss inköpta böckerna förstörs.

Eleverna kan inhysas i en annan tillfällig lokal, men kommunen behöver köpa in läroböckerna på nytt och det mycket skyndsamt. Kommunen tillämpar en undantagbestämmelse från skyldigheten att annonsera och direktupphandlar därför läroböcker för 800 000 kronor på grund av synnerlig brådska enligt 15 kap. 3 § tredje stycket LOU (inköp 2) då kontraktsvärdet understiger aktuellt tröskelvärde.

Under hösten behöver kommunen dock köpa in ytterligare läroböcker för 300 000 kronor (inköp 3). Frågan är om kommunen kan direktupphandla även detta behov på grund av att värdet understiger direktupphandlingsgränsen. Enligt ordalydelsen i 15 kap. 3 a § LOU ska den upphandlande myndigheten vid kontraktsvärdesberäkningen beakta direktupphandlingar av samma slag under räkenskapsåret.

Lagtexten gör ingen skillnad på direktupphandlingar som är gjorda på olika grunder, t.ex. synnerlig brådska eller under direktupphandlingsgränsen. Lagtexten ger därför uttryck för att samtliga direktupphandlingar av samma slag ska räknas med. Om värdet av inköp 3 ska räknas samman med inköp 2 kommer det totala värdet att överstiga direktupphandlingsgränsen under räkenskapsåret. Det skulle innebära att inköp 3 ska annonseras.

Scenario B:

Om kommunen inför skolstarten i stället hade köpt nya läroböcker för 2 500 000 kronor (inköp 1), skulle kommunen använda sig av ett öppet eller selektivt förfarande enligt 4 kap. LOU eftersom kontraktsvärdet då överstiger det aktuella tröskelvärdet. Detta innebär att direktivets bestämmelser är tillämpliga och att bestämmelserna i 15 kap. LOU inte får tillämpas.

Med anledning av vattenskadan tillämpar kommunen i stället undantagsbestämmelsen för synnerlig brådska enligt 4 kap. 5 § LOU och köper in böckerna genom ett förhandlat förfarande utan annonsering eftersom kontraktsvärdet om 2 500 000 kronor överstiger aktuellt tröskelvärde (inköp 2).

När behovet av ytterligare böcker uppstår under hösten (inköp 3) är frågan om kommunen kan direktupphandla detta behov enligt 15 kap. LOU eftersom värdet understiger direktupphandlingsgränsen.

Enligt ordalydelsen i 15 kap. 3 a § LOU ska den upphandlande myndigheten vid kontraktsvärdesberäkningen beakta direktupphandlingar av samma slag under räkenskapsåret. Detta skulle innebära att inköp 3 inte behöver annonseras eftersom värdet inte behöver räknas samman med värdet av inköp 2 som per definition inte är anskaffat genom direktupphandling utan genom förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

27 Eftersom kontraktsvärdet understiger aktuellt tröskelvärde vilket för närvarande är 1 910 323 kronor för varor och tjänster för kommuner.



BEDÖMNING:

Det finns varken i lagtexten eller i dess förarbeten något svar på hur inköp 2 och 3 i scenario A och B ska bedömas och frågan har inte heller prövats av domstol. Klart är att det som skiljer scenario A och B åt är storleken på de inköp som görs och att frågan om inköp 3 ska annonseras besvaras olika beroende på vilka bestämmelser det är som är tillämpliga.

Enligt ordalydelsen i 15 kap. 3 a § LOU ska inköp 2 och 3 i scenario A räknas samman eftersom det är fråga om två direktupphandlingar av samma slag. Det som anskaffas vid båda tillfällena är identiska föremål, fyller ett likartat behov och görs under samma räkenskapsår. I scenario B ska inköp 2 och 3

emellertid inte räknas samman eftersom inköp 2 per definition inte är en direktupphandling. Det är inte rimligt att beräkningen av kontraktetsvärde för inköp 2 och 3 i scenario A och B ska göras olika beroende på om det är de direktivstyrda bestämmelserna eller bestämmelserna i 15 kap. LOU som ska tillämpas för inköpet som görs på grund av synnerlig brådska efter vattenskadan.

En undantagsbestämmelse får dock endast användas i särskilda situationer och om samtliga förutsättningar för undantaget är uppfyllda. Annars kan det uppfattas som ett kringgående av bestämmelserna i upphandlingslagstiftningen och ett sådant inköp kan utgöra en otillåten direktupphandling.

Exempel

Nedan följer exempel på situationer där den upphandlande myndigheten behöver bedöma vilka inköp som kan anses vara av samma slag.

UPPHANDLA LOKALVÅRD OCH KRINGTJÄNSTER

Scenario:

En upphandlare har precis fått i uppdrag att genomföra en direktupphandling av lokalvård till en statlig myndighet. Myndighetens nuvarande avtal löper ut om fyra månader. Av uppdragsbeskrivningen framgår att den årliga kostnaden för lokalvården uppgår till cirka 300 000 kronor. Delar av ytorna inom myndigheten städas i dag av den egna personalen. Myndigheten vill inte förlänga det nuvarande avtalet på grund av att leverantören har uppvisat stora brister i städningen.

För övriga kostnader som är nära sammankopplade med lokalvården betalade myndigheten under föregående år 55 000 kronor för fönsterputs, 25 000 kronor för golvvård samt 40 000 kronor för rengöring och påfyllnad av myndighetens kaffeautomater. Samtliga av dessa köp har direktupphandlats och omfattas inte av avtalet för lokalvården. Myndigheten bedöms ha behov av dessa kringtjänster även i år.

Bedömning:

Myndigheten bör först överväga om den egna personalen även fortsättningsvis ska städa delar av myndighetens ytor. En eventuell förändring av detta påverkar behovet av lokalvård och då även beräkningen av kontraktets värde.

Myndigheten bör också avgöra om tjänsten som ska upphandlas är en A-tjänst eller B-tjänst. I detta fall handlar det om fastighetstädning och fastighetsförvaltning och är därför en A-tjänst.²⁸

Därefter ska kontraktets värde beräknas enligt 3 kap. LOU för att se om värdet på köpet överstiger tillämpligt tröskelvärde.

Enligt 3 kap. LOU ska värdet av ett kontrakt uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. I samma kapitel finns också ett antal hjälpregler (3 kap. 7–13 §§ LOU) som kan påverka beräkningen av kontraktets värde. Den årliga kostnaden för lokalvård uppskattas i detta fall till 300 000 kronor. Om myndigheten med beaktande av hjälpreglerna i 3 kap. LOU kommer fram till att det uppskattade värdet överstiger aktuellt tröskelvärde, ska köpet annonseras enligt 4 kap. LOU. Om myndigheten i stället kommer fram till att det uppskattade värdet inte överstiger aktuellt tröskelvärde så ska kontraktsvärdet beräknas på nytt enligt 15 kap. LOU.

För att beräkna värdet av de aktuella köpen måste enligt 15 kap. LOU samtliga direktupphandlingar som är av samma slag och som myndigheten gjort eller planerar att göra under räkenskapsåret räknas samman.²⁹ Kontraktsvärdet måste beräknas på detta sätt för att myndigheten ska kunna avgöra om behovet av lokalvård behöver annonseras eller inte.

Myndigheten bör inledningsvis bedöma vilka kringliggande tjänster som skulle kunna bedömas vara av samma slag som lokalvård. Myndigheten har i aktuellt fall köpt både fönsterputs och golvvård, och har behov av dessa tjänster även i år. Normalt sett upphandlas sådana kringtjänster tillsammans med den löpande lokalvården. Det finns ett naturligt samband mellan dessa tjänster då de utförs i liknande sammanhang (städning av fastighet). Även om det finns leverantörer som enbart levererar fönsterputsning och golvvårdsrengöring, så är det brukligt att leverantörer på marknaden

28 Se kategori 14 bilaga 1 till LOU.

29 Se 15 kap. 3 a § LOU.

erbjuder samtliga av dessa tjänster. Lokalvård, fönsterputs och golvvård bör i det här sammanhanget bedömas vara tjänster av samma slag. Värdet för lokalvården bör därför räknas samman med värdet för fönsterputs och för golvvård.

När det gäller tjänsten som avser rengöring av och påfyllnad på kaffeautomaterna måste ett resonemang föras om det är brukligt att en lokalvårdsleverantör normalt sett också levererar denna typ av kringtjänst. Denna tjänst är sannolikt inte avsedd för en identisk eller likartad användning som den löpande lokalvården. Tjänsterna (vattenpåfyllnad och lokalvård) får också bedömas ha olika användningsområden. Därför bör tjänsten avseende vattenpåfyllnad bedömas som en separat tjänst som inte behöver inkluderas i värdet för lokalvårdstjänsten.

Därför bör värdet för lokalvård räknas samman med värdet för fönsterputs och golvvård ($300\ 000 + 55\ 000 + 25\ 000 = 380\ 000$ kronor). Det totala värdet för kontraktet uppskattas till 380 000 kronor, vilket understiger direktupphandlingsgränsen.

Trots att det totala värdet för kontraktet understiger direktupphandlingsgränsen bör myndigheten ändå fundera över tjänstens omfattning och karaktär. Lokalvård är normalt sett en återkommande tjänst. Vid behov av tjänster som är återkommande bör en myndighet som regel ta höjd för det i samband med att behovet definieras i början av upphandlingsprocessen.

Även om det totala värdet för kontraktet i detta exempel understiger direktupphandlingsgränsen under detta år, kan det därutöver vara lämpligt rent affärsmässigt att annonsera inköpet i stället för att direktupphandla. Vid en annonserad upphandling finns det inget som hindrar att förfrågningsunderlaget innehåller olika delområden som leverantörer kan lämna anbud på. Exempelvis skulle fönsterputsning kunna vara ett delområde. Det finns då större möjligheter för mindre aktörer som kanske är nischade enbart på fönsterputsning att lämna anbud.



KONSULTKÖP

Scenario:

En upphandlare på en mindre kommun har fått en inköpsanmodan från socialchefen. Inköpsanmodan skickades den 28 mars. Socialchefen vill att upphandlaren ska göra en direktupphandling av en konsult som är socionom och som ska arbeta på socialförvaltningen. Konsulten ska enligt inköpsanmodan arbeta med olika bedömningsärenden avseende utredning om rätt till personlig assistans enligt lagen (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade (LSS) och att konsulten måste ha en socionomutbildning.

Anledningen till direktupphandlingen uppges vara att det är personalbrist inom socialförvaltningen. Utöver det har kommunen haft svårt att anställa denna yrkeskategori under en längre period.

Det framgår av inköpsanmodan att konsulten behövs på heltid under tre månader. Det rör sig därmed om ett behov om cirka 480 konsulttimmar. Socialchefen har uppskattat kostnaden till cirka 800 kronor per konsulttimme (inklusive resor).

Det uppskattade värdet av upphandlingen uppgår till cirka 384 000 kronor (800 kronor \times 480 timmar), vilket är under direktupphandlingsgränsen. Däremot har upphandlaren precis fått veta att socialförvaltningen redan i februari i år har betalat 75 000 kronor för vad som verkar vara en kostnad för en konsult som arbetade i slutet av januari och halva februari samma år med ansökningar om ledsagning och daglig verksamhet.

Efter att ha upptäckt detta frågade upphandlaren ekonomienheten hur mycket socialförvaltningen totalt har betalat för konsultkostnader under föregående räkenskapsår (1 januari–31 december). Enligt ekonomienheten uppgick den totala kostnaden för konsulter till 3 655 000 kronor under hela föregående räkenskapsår. Av dessa är 1 890 000 kronor hänförliga till just kostnader för konsulter inom LSS. Konsulttjänsterna har köpts in genom direktupphandlingar.

Utöver socialchefens inköpsanmodan den 28 mars fick upphandlaren ytterligare en inköpsanmodan den 14 april. Denna inköpsanmodan kom från chefen för bistånd, som också tillhör socialförvaltningen. Av den senare inköpsanmodan framgår att chefen för bistånd

behöver en konsult under perioden 1–30 september och att denna konsult ska arbeta med olika biståndsin-satser enligt socialtjänstlagen (2001:453) (SoL) och vissa utredningsbedömningar avseende personkretsen enligt LSS. Biståndschefen har i inköpsanmodan uppgett att ett ”snittpris” på marknaden för denna konsultkategori ligger kring 650 kronor per konsult-timme (inklusive resor). Detta innebär att det totala värdet uppgår till cirka 104 000 kronor (650 kronor \times 160 timmar).

Bedömning:

Det finns i detta fall flera aspekter som bör beaktas. Först av allt bör upphandlaren kontrollera om det finns något tillämpligt avtal eller ramavtal som myndigheten har möjlighet att avropa från. Om det inte finns behöver upphandlaren ta reda på värdet av kontrakten för att veta om köpen behöver annonseras eller inte.

Inledningsvis bör kommunens behov definieras, det vill säga föremålet för kontraktet. Det som är känt i dag är inköpsanmodan från den 28 mars och inköpsanmodan från den 14 april. Av dessa framgår att kommunen är i behov av konsulter som ska jobba inom socialförvaltningen med olika insatser enligt LSS och SoL. Kommunen måste ta reda på om dessa tjänster är en A-tjänst eller en B-tjänst enligt LOU. I detta fall är tjänsterna att betrakta som sociala tjänster och de är därmed så kallade B-tjänster. Vid köp av dessa tjänster ska 15 kap. LOU tillämpas.

För att beräkna värdet av de aktuella köpen måste kommunen därefter beakta samtliga direktupphandlingar som är av samma slag och som kommunen har gjort och/eller kommer att göra under räkenskapsåret.³⁰ Skälet till detta är att kommunen, som i detta exempel är den upphandlande myndigheten, vid beräkning av ett inköpsvärde måste räkna samman andra inköp av samma slag som gjorts av andra förvaltningar. Kommunen måste därmed ha kontroll över samtliga inköp som görs oavsett förvaltning. Kommunen behöver göra denna bedömning för att därefter kunna avgöra om köpen behöver annonseras eller inte.

Kommunen behöver nu bedöma vilka tjänster som kan anses vara av samma slag. Kommunen

30 Se 15 kap. 3 a § LOU

måste då beakta om den tidigare har köpt in andra tjänster av samma slag, och/eller om kommunen planerar att göra det under resterande del av räkenskapsåret. Kommunen måste alltså ta ställning till om de två inköpsanmodan, den redan utförda och fakturerade konsulttjänsten i februari och eventuella framtida tjänster utgör tjänster som är av samma slag.

De konsulttjänster som kommunen är i behov av avser socialt arbete inom socialförvaltningen. Arbetsuppgifterna – att arbeta med olika bedömningsärenden inom LSS och SoL – får bedömas vara lika varandra och tjänsterna uppfyller ett likartat behov. I det här sammanhanget har det ingen större betydelse att det rör sig om skilda inriktningar på konsulttjänsterna, utan av intresse är i stället vad som typiskt sett kan erbjudas av en och samma leverantör på marknaden.

Om en leverantör på marknaden typiskt sett kan erbjuda samtliga av dessa konsulttjänster, och om de arbetsuppgifter som konsulterna ska utföra kräver samma typ av utbildning indikerar det att värdet av tjänsterna ska räknas samman. Det talar för att konsulttjänsterna (avseende inköpsanmodan från 28 mars och 14 april) är av samma slag och att värdena av dessa ska räknas samman. Detta

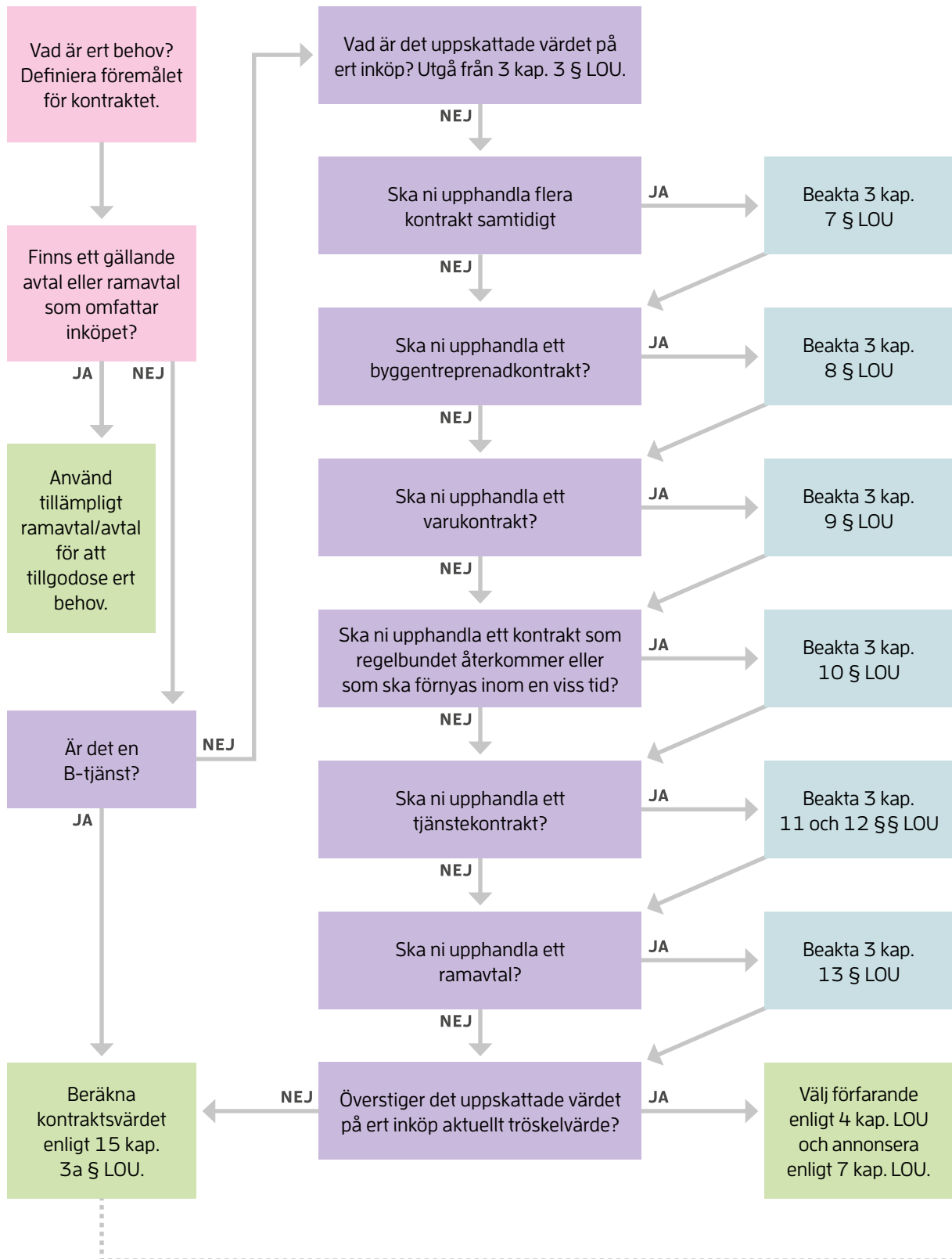
resonemang gäller även för den redan utförda och fakturerade konsulttjänsten i februari.

Om kommunen bedömer att de två inköpsanmodan och köpet i februari utgör tjänster av samma slag ska värdena räknas samman. Vid en sammanräkning framgår att det totala värdet av konsulttjänsterna uppgår till 563 000 kronor (384 000 + 104 000 + 75 000 kronor). Eftersom det totala värdet av den genomförda tjänsten i februari, samt inköpsanmodan från mars och april överstiger direktupphandlingsgränsen behöver kommunen genomföra en annonserad upphandling enligt 15 kap. LOU.

Av förutsättningarna framgår också att socialförvaltningen har haft konsultkostnader inom sociala tjänster på totalt 1 890 000 kronor föregående räkenskapsår. Det kan därför vara lämpligt att fundera över om behovet av dessa konsulttjänster är återkommande även nästkommande år. Om så är fallet bör kommunen ha det i beaktande innan en upphandling genomförs. Det kan finnas anledning att upphandla ett ramavtal.



BERÄKNING AV ETT KONTRAKTS VÄRDE OCH DIREKTUPPHANDLINGAR AV SAMMA SLAG



Info Beräkna kontraktsvärdet enligt 15 kap. 3a § LOU

För att en upphandlande myndighet ska veta vilket förfarande enligt 15 kap. LOU som ska användas vid ett inköp, måste först värdet av inköpet beräknas.

Gränsen för att genomföra en direktupphandling går vid 534 890 SEK enligt LOU (år 2016).

Vid beräkningen ska eventuella options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats. Vid beräkningen måste också upphandlande myndighet beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten under räkenskapsåret.

