

PM

Till: Malmö Stad, Hälsa-, vård- och omsorgsförvaltningen
Från: Advokatfirman Lindahl KB
Datum: Den 14 september 2023
Ang: Malmö stads möjligheter att efter upphandling ingå avtal med Hyllie Park

1 BAKGRUND

- 1.1 Malmö stads hälsa-, vård- och omsorgsnämnd ("**Malmö stad**") tillgodoser särskilda boendeplatser till äldre med behov av stöd och omvårdnad. Boenden drivs dels av Malmö stad i egen regi, dels avropas sedan ett antal år också boendeplatser från ett ramavtal som upphandlats och förvaltas av kommunförbundet Skånes Kommuner.
- 1.2 Ett boende, Hyllie Park Äldreboende Aktiebolag ("**Hyllie Park**"), har tidigare ingått i Skånes Kommuner ramavtal, men gör inte detta sedan tidigare gällande ramavtal löpt ut den 1 september 2023 och ett nytt ramavtal - i vilket Hyllie Park inte är ramavtalsleverantör - har upphandlats av Skånes Kommuner ("**Ramavtalet**"). De placeringsavtal som ingåtts med stöd av Skånes Kommuner utgångna ramavtal löper vidare enligt vad som framgår av placeringsavtalen, men nya placeringsavtal kan inte avropas av Malmö stad från Hyllie Park och intäkterna från Malmö stad till boendet kommer därmed på sikt att upphöra.
- 1.3 Hyllie Park har kontaktat Malmö stad med förslag på hur driften av Hyllie Park ska kunna fortsätta. Med anledning av Hyllie Parks förslag beslutade ordförande i nämnden att ge förvaltningen i uppdrag att utreda vilka möjligheter som finns i den aktuella situationen. Förvaltningen har därefter utrett olika möjligheter och har redovisat tre alternativ för nämnden. Ett av dessa alternativ är att Hyllie Park driver boendet vidare med eget avtal med Malmö stad, vilket förvaltningen har avrått ifrån. Nämnden har dock beslutat att utreda detta alternativ vidare. Bland annat är nämnden intresserad av möjligheten att göra reserverade upphandlingar.
- 1.4 Mot denna bakgrund har Advokatfirman Lindahl fått i uppdrag att utreda följande frågor.
 1. Ger Ramavtalet via Skånes Kommuner någon möjlighet att genomföra en till upphandling av samma typ av tjänst, dvs. särskilda boendeplatser?
 2. Om ovanstående fråga besvaras jakande – finns det något särskilt som skulle behöva krävställas i en sådan ny upphandling eller klargöras i ett eventuellt nytt avtal (ex. att avrop endast kan ske efter att möjligheten till avrop från det befintliga ramavtalet (dvs. Ramavtalet) uttömts)?
 3. Om möjlighet ges till ytterligare upphandling – är det möjligt att genomföra den som en reserverad upphandling enligt 19 kap. 25 a § lag (2016:1145) om offentlig upphandling ("**LOU**")? Hur skulle en sådan upphandling genomföras i praktiken i den aktuella situationen?
- 1.5 Denna promemoria behandlar endast nu aktuella frågor. Frågorna behandlas ur ett upphandlingsrättsligt och delvis ur ett avtalsrättsligt perspektiv, och behandlar exempelvis inte någon bedömning av Malmö stads behov av boendeplatser på Hyllie Park. Promemorian utgår vidare från att förutsättningar att genomföra en direktupphandling inte föreligger.

2 RAMAVTALETS EXKLUSIVITET

- 2.1 Frågan om Ramavtalet via Skånes Kommuner ger Malmö stad någon möjlighet att genomföra ytterligare en upphandling av samma typ av tjänst, dvs. av särskilda boendeplatser, kan även formuleras som frågan om Malmö stad är skyldig att avropa boendeplatser från Ramavtalet eller inte.
- 2.2 Det är främst en avtalsrättslig fråga om den upphandlande myndigheten ska anses vara förpliktigad att använda sig av ett ramavtal. Är den upphandlande myndigheten bunden av ramavtalet till att endast köpa den aktuella tjänsten av ramavtalsleverantörerna skulle ett frångående kunna utgöra ett avtalsbrott, vilket kan resultera i skadeståndsskyldighet.
- 2.3 Högsta domstolen har, i rättsfallet NJA 2021 s. 643 med rubriken: *Tolkning och utfyllnad av ett upphandlat ramavtal; fråga om ensamrätt*, prövat frågan om ett upphandlat ramavtal är exklusivt och ger leverantören ensamrätt att leverera de tjänster som ramavtalet omfattar. Högsta domstolen inleder prövningen med att konstatera att avtalsinnehållet i upphandlade ramavtal får fastställas med ledning av ramavtalets ordalydelse och andra objektiva kriterier som exempelvis förfrågningsunderlag och administrativa föreskrifter, samt med tillämpning av allmän avtalsrätt. Vidare får en tolkning och utfyllnad av ett ramavtal utgå från en helhetsbedömning av avtalet och dess syfte efter beaktande av dess upphandlingsrättsliga sammanhang. Tolkningen bör enligt Högsta domstolen också harmoniera med avtalet i övrigt och utgå från att ett avtal ska fylla en förnuftig funktion och utgöra en rimlig reglering av parternas intressen.
- 2.4 Utifrån dessa utgångspunkter anger Högsta domstolen följande omständigheter som talar för att det i målet aktuella ramavtalet innebär en ensamrätt för leverantören.
1. Avtalsvillkoren innebär långtgående och kostsamma åtaganden för leverantören och ger inte leverantören några självständiga rättigheter. Ramavtalet skulle enligt Högsta domstolen därav sakna värde för leverantören och orsaka obalans i det fall den upphandlande myndigheten skulle kunna vända sig till andra leverantörer vid sidan av ramavtalet.
 2. Avtalsvillkoren ger den upphandlande myndigheten rätt att frånträda avtalet under avtalsperioden med en uppsägningstid om tolv månader. Enligt Högsta domstolen skulle en sådan reglering inte fylla någon funktion i det fall den upphandlande myndigheten fritt skulle kunna köpa de tjänster som ramavtalet omfattar från en annan leverantör.
 3. Det har angetts i de administrativa föreskrifterna att ramavtal skulle tecknas med en leverantör, som måste kunna leverera allt som efterfrågas.
- 2.5 Sammantaget gör Högsta domstolen bedömningen att det i målet aktuella ramavtalet innebär en ensamrätt för leverantören i den meningen att det utgör ett avtalsbrott från den upphandlande myndighetens sida om den upphandlande myndigheten köper sådana tjänster som avtalet omfattar från någon annan leverantör.
- 2.6 Såvitt avser det nu aktuella Ramavtalet kan följande noteras. I punkt 1.3 Omfattning i Ramavtalet anges att "Avtalade platser utgör komplement till kommunernas insatser i egen regi och egna avtal (nuvarande och eventuellt kommande), som till exempel abonnemang på platser". I Ramavtalet anges således uttryckligen och på ett tydligt sätt att Ramavtalet inte är exklusivt och inte ger ramavtalsleverantörerna ensamrätt att leverera de tjänster som Ramavtalet omfattar. Med hänsyn till att Ramavtalet uttryckligen reglerar frågan, behöver Ramavtalet inte underkastas en extensiv tolkning och utfyllnad i enlighet med NJA 2021 s. 643 för att frågan om Malmö stad är skyldig att avropa boendeplatser från Ramavtalet eller inte ska kunna besvaras.

- 2.7 Alldeles oavsett kan i sammanhanget noteras att de omständigheter som Högsta domstolen lyfter fram som indikationer på att ett ramavtal ska innebära en ensamrätt för leverantören, enligt vår bedömning, inte föreligger enligt Ramavtalet. Ramavtalet innehåller inte villkor som innebär att leverantörerna måste kunna leverera allt som efterfrågas (exempelvis anger punkt 1.4 i Ramavtalet endast att leverantörerna under hela ramavtalsperioden ska vara aktiva verksamheter och ha personal i tjänst i verksamheten för att kunna ta emot placeringar och genomföra insatser, dvs. att verksamheterna inte får vara vilande), begränsar inte avsevärt leverantörernas möjligheter att inneha andra uppdrag (punkt 5.2 i Ramavtalet anger endast att leverantörer inte får ha andra uppdrag eller bisysslor som kan rubba förtroendet för uppdragsgivarens verksamhet) och innehåller inte heller avtalsvillkor som ger kommunerna rätt att frånträda Ramavtalet under ramavtalsperioden. En tolkning som beaktar Ramavtalet i dess helhet leder således inte till en slutsats som motstrider den som följer direkt och uttryckligen av ordalydelsen i punkt 1.3 i Ramavtalet.
- 2.8 Avslutningsvis kan nämnas att den fullmakt som är lämnad från Malmö stad till Skånes Kommuner inte förändrar bedömningen enligt ovan. Fullmakten reglerar det uppdrag som Malmö stad har gett till Skånes Kommuner och ger Skånes Kommuner rätt att genomföra upphandlingar, men har ingen bäring på det Ramavtal som sedermera har ingåtts och utgör inte relevant tolkningsdata.
- 2.9 Sammanfattningsvis är vår bedömning i denna del att Ramavtalet inte är exklusivt och inte innebär en ensamrätt för ramavtalsleverantörerna i den meningen att det utgör ett avtalsbrott om Malmö stad köper sådana tjänster som Ramavtalet omfattar, dvs. särskilda boendeplatser, från någon annan leverantör.

3 UPPHANDLINGSRÄTTSLIGA HINDER MOT EN UPPHANDLING AV SAMMA TJÄNST

- 3.1 Med hänsyn till att Malmö stad enligt ovan inte är skyldig att avropa särskilda boendeplatser från Ramavtalet, finns det rent civilrättsligt inte något hinder mot att upphandla ett nytt ramavtal avseende särskilda boendeplatser. Upphandlingsrättsligt medför en upphandling av samma tjänst som omfattas av Ramavtalet emellertid ett antal betänkligheter och risker, vilka beskrivs närmare nedan.
- 3.2 De grundläggande principerna om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet (transparens) och proportionalitet gäller vid all upphandling, även vid upphandling av ramavtal. Kravet på likabehandling och öppenhet innebär bl.a. att tilldelningskriterierna enligt ett ramavtal inte får ge den upphandlande myndigheten obegränsad valfrihet och kravet på öppenhet innebär också att en leverantör som tar del av förfrågningsunderlaget ska få klart för sig hur tilldelningen av kontrakt enligt ramavtalet kommer att ske.
- 3.3 I Högsta förvaltningsdomstolens dom i RÅ 2010 ref. 97 slog domstolen fast att en kombinerad avropsmodell med möjlighet till tilldelning enligt både rangordning och förnyad konkurrensutsättning – där den upphandlande myndigheten hade möjlighet att fritt välja avropsmodell vid tilldelning av kontrakt som hade ett värde inom ett visst intervall – inte uppfyllde kraven på likabehandling och transparens. Av domen framgår att en upphandlande myndighet inte får ge sig själv en obegränsad valfrihet att välja mellan de två metoderna för tilldelning. Att leverantörer inte på förhand kan veta om tilldelning kommer ske enligt rangordning eller enligt förnyad konkurrensutsättning står i strid med öppenhets- och likabehandlingsprincipen, så länge inte detta sker på helt objektiva grunder.
- 3.4 Högsta förvaltningsdomstolens slutsats har också delvis upprepats av Kammarrätten i Stockholm, mål nr 7794-09, där antagna leverantörer fick ingå två ramavtal vardera om samma upphandlingsföremål, varvid det ena föreskrev avrop genom rangordning och det andra föreskrev avrop genom förnyad konkurrensutsättning. Kammarrätten hänvisade till RÅ 2010 ref. 97 och konstaterade att det i målet aktuella förfarandet med dubbla avropsordningar inte var förenligt med LOU. Kammarrättens domslut synes överensstämma med den

uppfattning som Konkurrensverket gjorde gällande i verkets yttrande till Högsta förvaltningsdomstolen i RÅ 2010 ref. 97. Konkurrensverket angav där uppfattningen att ett förfarande med två olika ramavtalsupphandlingar beträffande samma slags varor och som ger avropande myndigheter en frihet att välja modell vid kontraktstilldelning inte uppfyller kraven på likabehandling och transparens.

- 3.5 Uppfattningen att en upphandlande myndighet inte får ha flera parallellt löpande ramavtal för samma kontraktsföremål (det vill säga överlappande ramavtal), bland annat eftersom det skapar utrymme för godtycklighet då myndigheten kan göra avrop från ett ramavtal med sämre villkor än vad som hade gällt enligt det konkurrerande ramavtalet, har lyfts fram och diskuterats i den upphandlingsrättsliga debatten.¹
- 3.6 I sammanhanget kan dock noteras att ramavtal vars tillämpningsområde helt eller delvis överlappar varandra inte i sig är otillåtet, men tillåtligheten förutsätter i enlighet med ovan att det finns en klar uppdelning mellan de båda ramavtalen och tydliga objektiva villkor som den upphandlande myndigheten ska använda när den avgör vilket av ramavtalen som ska tillämpas. Det får inte finnas ett utrymme för den upphandlande myndigheten att välja fritt mellan ramavtalen.
- 3.7 Det behöver alltså finnas en tydlig princip för när respektive ramavtal ska tillämpas. Det är exempelvis sannolikt inte tillräckligt att i ett nytt ramavtal ange att avrop kommer att ske enligt samma principer som i Ramavtalet, jfr. punkt 2.1 i Ramavtalet som anger att val av verksamhet för placering (avrop) kommer att ske utifrån den enskildes specifika behov och önskemål samt utifrån vad som är skäligt. Genom detta tillgodoses enligt vår bedömning inte behovet av ett objektiva kriterium som avgör vilket av de två ramavtalen som ska gälla och den upphandlande myndigheten ges då en frihet att välja mellan ramavtalen. Man skulle eventuellt kunna tänka sig att i det nya ramavtalet ange att avrop från det nya ramavtalet ska ske först om ingen lämplig boendeplats kan avropas genom Ramavtalet. Vidare, om Malmö stad i en ny upphandling väljer att handla upp boenden som särskiljer sig från de som omfattas av Ramavtalet på så sätt att ramavtalen endast delvis överlappar, t.ex. boenden som arbetar med specifika mjuka värden eller liknande, skulle man även kunna tänka sig ett villkor som anger att det nya ramavtalet ska tillämpas vid behov av plats på särskilt boende som arbetar med sådana mjuka värden.
- 3.8 Kriterier likt de ovanstående skulle ur ett perspektiv kunna förstås som tydliga objektiva villkor som Malmö stad ska använda sig av när den avgör vilket av ramavtalen som ska tillämpas. Ur ett annat perspektiv skulle man eventuellt kunna se det som att sådana villkor i praktiken innebär att Malmö stad ges möjligheten att överväga vilken av samtliga ramavtalsleverantörer – enligt de båda ramavtalen – som i det enskilda fallet bäst tillgodoser behovet på boendeplats, vilket skulle kunna uppfattas som att Malmö stad, i strid med de upphandlingsrättsliga principerna, fritt väljer mellan ramavtalen.
- 3.9 En ytterligare aspekt att beakta är att ett nytt ramavtal med villkor enligt ovan skulle bli ett sekundärt ramavtal i förhållande till det befintliga Ramavtalet, varvid det behöver utredas om tillräckligt många avrop kan tänkas ske från det nya sekundära ramavtalet för att Hyllie Park ska kunna fortsätta driften av verksamheten. Ett sekundärt ramavtal är därtill mindre attraktivt för anbudsgivare och det kan därför upplysningsvis noteras att mindre förmånliga anbud sannolikt inkommer när villkor tillämpas som anger att avrop endast sker först om möjligheterna till avrop enligt befintliga ramavtal uttömts. Därvid bör risken beaktas att befintliga ramavtalsleverantörer till Ramavtalet lämnar anbud i den nya upphandlingen,

¹ Se exv. Upphandlingsmyndigheten, "Finns möjlighet att komplettera med fler leverantörer i ett rangordnat ramavtal?", *Upphandlingsmyndigheten*, senast uppdaterad 12 februari 2021, hämtad 12 september 2023, <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/frageportalen/1896110/mojlighet-att-upphandla-enbart-2a-och-3a-i-rangord/> och Lavér, J. och Miskin, N., "Parallella ramavtal – risker och möjligheter – analys", *JP Infonet*, senast uppdaterad 17 augusti 2022, hämtad 13 september 2023, https://www.jpinfonet.se/JP-UpphandlingsNet/dokumenttyp/Analyser-och-referat/Ar/2022/analyser/d_4757510-strongparallella-ramavtalstrong--risker-och-mojligheter--analys.

offererar högre priser än i Ramavtalet, tilldelas nytt ramavtal och således sätter prisbilden enligt det befintliga Ramavtalet ur spel.

- 3.10 Man skulle mot bakgrund av ovan kunna tänka sig ett omvänt villkor för val av ramavtal, innebärandes att avrop ska ske från det befintliga Ramavtalet endast när ingen lämplig boendeplats kan avropas från det nya, dvs. att avrop primärt ska ske från det nya ramavtalet. Om ett sådant villkor tillåts skulle det emellertid innebära att en upphandlande myndighet som inte är nöjd med tilldelade ramavtalsleverantörer enligt ett befintligt ramavtal har en möjlighet att upphandla nya parallella ramavtal som ska tillämpas före befintliga ramavtal, varvid villkoret skulle kunna användas för att till slut få den specifika ramavtalsleverantör som den upphandlande myndigheten är ute efter. Ett sådant villkor kan därmed i förlängningen leda till otillbörligt nyttjande av parallella ramavtal och det kan därför inte uteslutas att en upphandling av ett överlappande ramavtal med villkor enligt ovan skulle kunna innebära ett kringgående av upphandlingslagstiftningen. Skyldigheten att inte tillämpa ramavtal på ett otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids framhålls särskilt i artikel 61 i direktiv 2014/24/EU (LOU-direktivet). I sammanhanget kan även den allmänna skyldigheten i 4 kap. 2 § LOU att inte utforma en upphandling i syfte att undanta den från upphandlingslagstiftningens tillämpningsområde eller i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt framhållas.
- 3.11 Det kan avslutningsvis noteras att Upphandlingsmyndigheten anger att det såvitt Upphandlingsmyndigheten känner till inte finns någon vägledande praxis där frågan om överlappande ramavtal har ställts på sin spets, varför myndigheten anger att det på grund av det oklara rättsläget kan det vara lämpligt att undvika överlappande ramavtal.²
- 3.12 Sammanfattningsvis kan det under vissa förutsättningar vara upphandlingsrättsligt möjligt att upphandla ett helt- eller delvis överlappande ramavtal, men rättsläget är oklart och enligt vår uppfattning är ett sådant upplägg ytterst ovanligt och ställer krav på särskilt omsorgsfulla överväganden i förhållande till likabehandlings- och öppenhetsprincipen, så att det är tydligt, transparent och förhållandevis förutsebart hur valet mellan ramavtalen kommer att ske. Enligt vår bedömning är det inte uppenbart om det i detta fall kan uppställas meningsfulla villkor som erbjuder en tillräckligt tydlig mekanism för när de två ramavtalen ska tillämpas och inte ger Malmö stad en för stor valfrihet. Om Malmö stads behov dessutom redan skulle täckas av det befintliga Ramavtalet talar det enligt vår bedömning ytterligare för att ett nytt ramavtal kan strida mot upphandlingsrätten.
- 3.13 Avslutningsvis noteras att konsekvensen av att ett ramavtal strider mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna är att upphandlingen av ramavtalet kan angripas genom en ansökan om överprövning, varvid domstolen kan förordna att upphandlingen ska göras om.

4 RESERVERAD UPPHANDLING FÖR IDÉBURNA ORGANISATIONER

4.1 Inledande överväganden

- 4.1.1 Om Malmö stad beslutar att staden, trots det upphandlingsrättsligt oklara läget, ska genomföra en upphandling av särskilda boendeplatser har fråga uppstått om det är möjligt att genomföra upphandlingen som en reserverad upphandling enligt 19 kap. 25 a § LOU.
- 4.1.2 Den särskilda möjligheten enligt 19 kap. 25 a § LOU att reservera deltagandet i en upphandling för idéburna organisationer finns sedan den 1 januari 2023. En reservation enligt denna bestämmelse innebär att endast idéburna organisationer som uppfyller vissa krav tillåts delta i upphandlingen, se avsnitt 4.3 nedan. Reglerna syftar till att främja ökat idéburet deltagande i välfärden genom att göra det möjligt att positivt särbehandla idéburna organisationer vid

² Se Upphandlingsmyndigheten, "Finns möjlighet att komplettera med fler leverantörer i ett rangordnat ramavtal?", *Upphandlingsmyndigheten*, senast uppdaterad 12 februari 2021, hämtad 12 september 2023, <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/frageportalen/1896110/mojlighet-att-upphandla-enbart-2a-och-3a-i-rangord/>

upphandling av vissa sociala tjänster och andra särskilda tjänster som omfattas av bilaga 2 till LOU.

- 4.1.3 Inledningsvis noteras att vi – med hänsyn till att denna promemoria i grunden syftar till att utreda hur/om driften av Hyllie Park ska kunna fortsätta – uppfattar att frågan inte är begränsad till om en reserverad upphandling kan genomföras, utan också avser frågan om Hyllie Park i förekommande fall har möjlighet att delta i en reserverad upphandling. Vidare uppfattar vi att tanken med att genomföra en reserverad upphandling är att tillämpa ett förfarande som begränsar konkurrensen och ökar Hyllie Parks chanser till tilldelning. Det ska emellertid noteras att en reserverad upphandling, trots att den inte vänder sig till hela marknaden, i övrigt är en vanlig upphandling där bland annat öppenhets- och likabehandlingsprinciperna behöver beaktas. Härvid kan återigen påminnas om den allmänna skyldigheten i 4 kap. 2 § LOU att inte utforma en upphandling i syfte att undanta den från upphandlingslagstiftningens tillämpningsområde eller i syfte att begränsa konkurrensen. Även om en reserverad upphandling skulle vara möjlig att genomföra och Hyllie Park därtill befins vara en idéburen organisation som uppfyller kraven, innebär det sagda således att det inte kan garanteras att just Hyllie Park tilldelas ramavtal.

4.2 Kan särskilda boendeplatser upphandlas genom reserverad upphandling?

- 4.2.1 Möjligheten till reservation gäller vid upphandling av de tjänster som omfattas av de CPV-koder som anges i 19 kap. 25 a § i LOU. Vilka tjänster som kan upphandlas genom reserverad upphandling bestäms således av CPV-nomenklaturen. Med CPV-kod avses sådana referensnummer som fastställs i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), i lydelsen enligt Europeiska kommissionens förordning (EG) nr 213/2008, (CPV-förordningen) i syfte att standardisera de referenser som används av upphandlande myndigheter för att beskriva föremålet för en upphandling.³ CPV-nomenklaturen består av ett stort antal koder sorterade i huvudgrupper, grupper och undergrupper.
- 4.2.2 Bland de CPV-koder (tjänster) som omfattas av 19 kap. 25 a § LOU kan framförallt koderna 85000000-9 till 85323000-9 noteras (huvudgrupp "Hälsa- och sjukvård samt socialvård"). Inom detta intervall återfinns gruppen 853 ("*Socialvård och tillhörande tjänster*"), som enligt CPV 2008 Förklarande anmärkningar som finns publicerad på SIMAP:s webbplats omfattar "*Social work services with accommodation such as welfare services for the elderly*".⁴ I denna grupp noteras, i linje med detta, CPV-koden 85311000-2 Social omsorg med inkvartering samt CPV-koden 85311100-3 Äldreomsorg. Enligt vår bedömning innebär ovanstående att tjänsten särskilt boende omfattas av de tjänster som enligt 19 kap. 25 a § LOU kan reserveras till idéburna organisationer.

4.3 Är Hyllie Park en idéburen organisation som uppfyller kraven?

- 4.3.1 Upphandlande myndigheter har möjlighet att reservera deltagande i upphandlingar enligt 19 kap. 25 a § LOU till idéburna organisationer som uppfyller följande krav.
- i. Den idéburna organisationens allmännyttiga syfte bidrar till att uppnå ändamålet med den tjänst som ska tillhandahållas.
 - ii. Den idéburna organisationen får inte göra värdeöverföringar annat än till andra idéburna organisationer eller till forskning.
 - iii. Staten, en region eller en kommun får inte ha ett rättsligt bestämmande inflytande över den idéburna organisationen.

³ Se 1 kap. 11 a § LOU

⁴ Se SIMAP, "CPV 2008 Explanatory Notes", hämtad 13 september, <https://simap.ted.europa.eu/web/simap/cpv>.

Särskilt avseende punkt i

- 4.3.2 Med idéburen organisation avses en juridisk person som uteslutande har ett allmännyttigt syfte. Med allmännyttigt syfte avses ett eller flera angivna ändamål, som enligt en utbredd uppfattning är värda att stödja.⁵ Detta eller dessa ändamål ska också utgöra grunden för och drivkraften i den verksamhet som bedrivs. Ett allmännyttigt syfte kan t.ex. vara att sträva efter en verksamhet som arbetar för att tillgodose de mål och principer som ligger till grund för en specifik välfärdsverksamhet t.ex. äldreomsorg.⁶
- 4.3.3 Vidare ska det allmännyttiga syftet framgå av stadgar, bolagsordning, urkund eller motsvarande handling för att kravet ska vara uppfyllt. Det innebär att *all* verksamhet som bedrivs inom den idéburna organisationen ska bedrivas för detta ändamål och att organisationen inte ska ha vinst som syfte. Det utesluter inte att organisationen kan gå med vinst. Det innebär enbart att det definierade syftet i organisationens stadgar, bolagsordning, urkund eller motsvarande handling ska vara allmännyttigt och inte att generera vinst till sina ägare.⁷
- 4.3.4 Det allmännyttiga syftet ska kunna knytas till den tjänst som ska upphandlas. Det innebär att den idéburna organisationens allmännyttiga syfte ska bidra till att uppfylla ändamålet med tjänsten.⁸ Vilket som är ändamålet med en viss tjänst får utläsas ur den lagstiftning som styr den aktuella tjänsten. I detta fall är därför relevant att beakta socialtjänstlagen (2001:453), som anger att insatser för äldre människor ska inriktas på att äldre personer får leva ett värdigt liv och känna välbefinnande.⁹

Särskilt avseende punkt ii

- 4.3.5 Av punkt ii följer att den idéburna organisationen inte får göra värdeöverföringar annat än till andra idéburna organisationer eller till forskning. Med värdeöverföring avses en affärshändelse som medför att förmögenheten hos en idéburen organisation minskar och som inte är av rent affärsmässig karaktär för organisationen. Kravet avseende värdeöverföringar innebär att de medel som genereras i den idéburna organisationens verksamhet som huvudregel inte får lämna den idéburna sektorn. Organisationens medel får därmed inte användas till att exempelvis berika någon enskild.¹⁰
- 4.3.6 Enligt vår bedömning omfattar kravet avseende värdeöverföringar ett krav på att den idéburna organisationen i sin bolagsordning har en bestämmelse som anger att kvarvarande tillgångar vid organisationens upplösning ska skiftas på ett sätt som inte bryter mot de begränsningar beträffande värdeöverföringar som gäller för idéburna organisationer.¹¹

Särskilt avseende punkt iii

- 4.3.7 Såvitt avser punkt iii enligt ovan som anger att staten, en region eller en kommun inte får ha ett rättsligt bestämmande inflytande över den idéburna organisationen, beaktas i bedömningen om organisationen är ägd eller styrd av det offentliga på ett sätt som innebär att det offentliga, direkt eller indirekt, kontrollerar den.¹²

Bedömning avseende Hyllie Park

- 4.3.8 Inledningsvis noteras att Hyllie Park ägs av Hyllie Park Diakoni Aktiefbolag, vilket inte utgör det offentliga eller kontrolleras av detsamma. Kravet som återgetts i punkt iii är således tillgodosett.

⁵ Se prop. 2021/22:135 s. 37.

⁶ Se prop. 2021/22:135 s. 16.

⁷ Se prop. 2021/22:135 s. 17.

⁸ Se prop. 2021/22:135 s. 38.

⁹ Se 5 kap. 4 § socialtjänstlagen.

¹⁰ Se prop. 2021/22:135 s. 18 f.

¹¹ Jfr. prop. 2021/22:135 s. 14 och s. 19 samt 3 kap. 3 § aktiefbolagslagen (2005:551) ("ABL").

¹² Se prop. 2021/22:135 s. 17 f.

- 4.3.9 Såvitt avser kravet på ett allmännyttigt syfte som bidrar till att uppnå ändamålet med den aktuella tjänsten, särskilt boende, kan dock följande noteras. Av Hyllie Parks bolagsordning följer att "föremålet för bolagets verksamhet är att uppföra, äga och förvalta fastigheter samt att idka verksamhet på kristen grund inom vård och omsorg samt därmed förenlig verksamhet". Det kan utifrån detta antas att Hyllie Park strävar efter en vård- och omsorgsverksamhet som arbetar för att tillgodose de mål och principer som ligger till grund för särskilda boenden enligt socialtjänstlagen.
- 4.3.10 Av ovan följer dock att organisationen *uteslutande* ska ha ett allmännyttigt syfte och att *all* verksamhet som bedrivs inom den idéburna organisationen ska bedrivas för detta ändamål. Av Hyllie Parks bolagsordning framgår att föremålet för bolagets verksamhet delvis är att uppföra, äga och förvalta fastigheter. Detta innebär att det kan ifrågasättas om all verksamhet som bedrivs inom bolaget bedrivs för det allmännyttiga syftet. Eventuellt finns ett visst utrymme att argumentera för att även den fastighetsrelaterade verksamheten bedrivs för det allmännyttiga syftet, men avgörande i denna del är att det definierade syftet i Hyllie Parks bolagsordning inte uteslutande är allmännyttigt. Som ovan nämnt anges i förarbetena att det allmännyttiga syftet måste anges i bolagsordningen. Det borde bero på att det i 3 kap. 3 § ABL stadgas att om ett bolags verksamhet helt eller delvis ska ha ett annat syfte än att ge vinst till fördelning mellan aktieägarna, ska detta anges i bolagsordningen. I så fall ska det också anges hur bolagets vinst och behållna tillgångar vid bolagets likvidation ska användas. Eftersom detta inte har angetts i Hyllie Parks bolagsordning gäller det vinstsyfte som följer av ABL. Kravet avseende värdeöverföringar är, på grund av avsaknaden av reglering enligt ovan i bolagsordningen, inte heller tillgodosett.
- 4.3.11 Hyllie Park uppfyller således sannolikt inte kraven enligt 19 kap. 25 a § LOU och hade därför inte kunnat kvalificera sig i en reserverad upphandling.

Kan Hyllie Park ändra bolagsordningen och uppfylla kraven?

- 4.3.12 Eftersom Hyllie Parks möjligheter att delta i en reserverad upphandling begränsas av bestämmelser i Hyllie Parks bolagsordning, har fråga uppkommit om Hyllie Park, genom att ändra i bolagsordningen, kan läka bristerna och kvalificera sig som sådan idéburen organisation för vilken deltagandet får reserveras.
- 4.3.13 Inledningsvis i denna del noteras att den relevanta tidpunkten för bedömning av om Hyllie Park uppfyller kraven är då anbudet lämnas in. Hyllie Park har således i praktiken möjlighet att ändra i bolagsordningen fram till dess i syfte att kvalificera sig.
- 4.3.14 Den upphandlande myndigheten ansvarar dock för att säkerställa att en idéburen organisation som deltar i en reserverad upphandling uppfyller kraven under hela avtalstiden. Detta kan exempelvis ske genom särskilda kontraktsvillkor. Det är således inte tillräckligt att Hyllie Park ändrar bolagsordningen och sedan ändrar tillbaka den efter kvalificeringsfasen. Den ändrade bolagsordningen behöver bestå. I sammanhanget ska därför understrykas att en bolagsordning har vissa rättsverkningar och är grundläggande för varje aktiebolag. Bolagsordningen är på samma sätt som ABL bindande för samtliga bolagsorgan och har dessutom verkan mot tredje man som en följd av Bolagsverkets registrering.¹³ Avvikelse från bolagsordningen kan endast förekomma om samtliga aktieägare är överens härom i varje enskilt fall. Om styrelsen eller den verkställande direktören bryter mot bolagsordningen i beslut eller verkställighet av bolagsordningsföreskrift föreligger ett befogenhetsöverskridande. Bolagsstämmobeslut i strid med bolagsordningen är klanderbara enligt 7 kap. 50 och 51 §§ ABL. Ovanstående innebär att bolagsordningen inte enbart är en s.k. "pappersprodukt". Om Hyllie Park genomför en ändring i bolagsordningen behöver det mötas upp av bl.a. strategiska ändringar i bolagets organisation, förvaltning, verksamhet m.m.

¹³ Se Adestam m.fl., Aktiebolagslag (2005:551), 3 kap. 1 §, Lexino.

- 4.3.15 Avslutningsvis noteras att det – i syfte att säkerställa att likabehandlingsprincipen upprätthålls – är viktigt att Malmö stad i förekommande fall ger den reserverade upphandlingen en så pass lång anbudstid att andra potentiella anbudsgivare också ska kunna ändra sina bolagsordningar. Övriga potentiella anbudsgivare ska även informeras om vilka upplysningar av relevans för upphandlingen som har lämnats till Hyllie Park.¹⁴ I annat fall kan Hyllie Park anses ha fått ett informationsövertag som snedvrider konkurrensen.

5 SAMMANFATTANDE SLUTSATSER

- 5.1 Denna promemoria har behandlat Malmö stads möjligheter att upphandla ytterligare ett ramavtal avseende särskilda boendeplatser, föranlett av Hyllie Parks skrivelse med förslag på hur driften av Hyllie Park ska kunna fortsätta. Promemorian har särskilt besvarat frågorna om Malmö stad är skyldig att avropa boendeplatser från det befintliga Ramavtalet, om det finns några särskilda parametrar som i förekommande fall behöver beaktas i en ny upphandling samt om det är möjligt att genomföra en reserverad upphandling. Inom ramen för promemorian har följande slutsatser framkommit.
- 5.2 Malmö stad är enligt vår bedömning civilrättsligt oförhindrad att upphandla ett nytt ramavtal avseende samma tjänster som omfattas av det befintliga Ramavtalet, dvs. särskilda boendeplatser, eftersom Ramavtalet inte är exklusivt. Det upphandlingsrättsliga läget är emellertid oklart såvitt avser helt eller delvis överlappande ramavtal. Det föreligger osäkerhet kring om det är förenligt med de allmänna skyldigheterna som framgår av 4 kap. 2 § LOU samt de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna avseende öppenhet och likabehandling att upphandla överlappande ramavtal. Det föreligger således en icke försumbar risk att en upphandling av ett nytt parallellt ramavtal med framgång kan angripas. Det bör i sammanhanget noteras att Malmö stad under alla omständigheter inte har någon skyldighet att upphandla ytterligare ett ramavtal avseende särskilda boendeplatser.
- 5.3 Vidare kan Malmö stad, om Malmö stad oaktat ovanstående önskar genomföra ytterligare en upphandling, genomföra en reserverad upphandling enligt 19 kap. 25 a § LOU eftersom platser på särskilda boenden ingår i de tjänster som omfattas av bestämmelsen. Hyllie Park uppfyller dock sannolikt inte de krav som ställs på sådana idéburna organisationer som upphandlande myndigheter har möjlighet att reservera deltagande för.
- 5.4 Hyllie Park kan ändra sin bolagsordning för att uppfylla kraven om det skulle vara aktuellt. Förutsättningarna för att delta i en reserverad upphandling behöver emellertid bestå under hela ramavtalets löptid, varför bolagsordningen måste vara förenlig med kraven i 19 kap. 25 a LOU under hela den perioden. Eftersom bolagsordningen är ett bindande dokument behöver i förekommande fall även bolagets syfte *de facto* ändras i enlighet med bolagsordningen.
- 5.5 Avslutningsvis har konstaterats att en reserverad upphandling inte innebär att en upphandlande myndighet kan vända sig direkt till en leverantör och tilldela avtal utan upphandling. Bestämmelserna innebär enbart att deltagandet reserveras för en viss typ av leverantörer i ett i övriga delar vanligt upphandlingsförfarande med ett avsteg från en full konkurrensutsättning. De grundläggande upphandlingsrättsliga principerna behöver därför fullt ut beaktas i en reserverad upphandling, vilket i enlighet med 4 kap. 8 § LOU bland annat innebär att samtliga potentiella anbudsgivare ska ges samma förutsättningar att exempelvis ändra sina bolagsordningar, och det finns ingen garanti att just Hyllie Park kan tilldelas ramavtal eller i förekommande fall placeringsavtal efter avrop.
- 5.6 Att försöka upphandla ett ramavtal med Hyllie Park är sammantaget inte uppenbart lagstridigt, men vi delar förvaltningens bedömning att en sådan väg är förenad med osäkerheter och risker av olika karaktär.

¹⁴ Jfr. 4 kap. 8 § LOU.