

Avtalssamverkan mellan kommuner och regioner för stöd- och behandlingsprogram samt upphandling

En ny bestämmelse i 9 kap 37 § kommunallagen (KL) ger regioner och kommuner möjlighet till avtalssamverkan. En eller flera regioner eller kommuner har därmed möjlighet att ingå avtal med andra regioner och kommuner för att kunna dela med sig av stöd- och behandlingsprogram som de själva tagit fram.

SKR har gått igenom de rättsliga förutsättningarna för att ingå avtalssamverkan. För att avtalssamverkan ska vara möjlig kommunalrättsligt, upphandlingsrättsligt, konkurrensrättsligt och immaterialrättsligt gäller att:

- Bestämmelsen ska inte användas för att regioner eller kommuner ska lämna anbud i andra regioners eller kommuners upphandlingar, i konkurrens med privata företag.
- Det är möjligt att köpa ett stöd- och behandlingsprogram av en annan region eller kommun till ett korrekt självkostnadspris då det inte finns konkurrerande program som tillhandahålls av privata företag. Självkostnadspriset avser kostnadstäckning.
- Regioner och kommuners möjlighet att samverka och dela program utan upphandling är möjligt via ett undantag i LOU¹, det s.k. Hamburgundantaget. Om regioner och kommuner vill tillämpa undantaget ska en organisation etableras, med exempelvis en styrgrupp för samverkan som fördelar uppgifter mellan regioner eller kommuner.
- Om en region behandlar personuppgifter för andra regioners räkning behövs personuppgiftsbiträdesavtal.
- Innan regioner eller kommuner delar med sig av ett program ska det utredas om programmet skyddas av upphovsrätt och klargöras vem som i så fall har upphovsrätten till verket och därefter säkerställa att verket får delas. Se SKR:s promemoria och avtalsmall för hur detta kan gå till.
<https://skr.se/halsasjukvard/ehalsa/internetbaseratstodochbehandling/upphandlingupphovsratt.5253.html>

Andra förutsättningar som gäller för samarbete är att:

- 1) Samverkan berör offentliga tjänster. Upphandlingsmyndighetens tolkning är att digitala tjänster räknas till offentliga tjänster.
- 2) Samarbetet sker för att uppnå myndigheternas gemensamma mål, alla samarbetspartners bidrar till utförandet av uppdraget.
- 3) Myndigheterna på den öppna marknaden utövar mindre än 20 procent av den verksamhet som berörs av samarbetet.

Frågor och svar om förutsättningar för avtalssamverkan och samarbete

1. Vad menas med avtalssamverkan?

I förarbetena till den nya bestämmelsen är definitionen av avtalssamverkan att en eller flera kommuner eller landsting genom ett civilrättsligt avtal förpliktar sig att utföra frivilliga eller obligatoriska kommunala uppgifter åt en eller flera kommuner eller regioner. En förutsättning för avtalssamverkan mellan kommuner och regioner är dock att det är fråga om en uppgift som faller inom de befogenheter som samtliga samverkande parter har (2 kap 2 § KL).

2. Vad innebär det så kallade Hamburgundantaget?

Hamburgundantaget är en bestämmelse som reglerar vad som gäller om exempelvis en region tillhandhåller tjänster till andra kommuner eller regioner (3 kap 17 § LOU, Hamburgundantaget). För att undantaget ska vara tillämpligt krävs:

1. att upphandlingen syftar till att upprätta eller reglera formerna för ett samarbete mellan myndigheterna som ska säkerställa att de offentliga tjänster som myndigheten ska utföra tillhandahålls för att uppnå myndigheternas mål,
2. samarbetet styrs endast av överväganden som hänger samman med allmänintresset, och
3. myndigheterna på den öppna marknaden utövar mindre än 20 procent av den verksamhet som berörs av samarbetet.

Hamburgundantaget skulle kunna tillämpas om förutsättning att samarbetet sker för att 1) nå myndigheternas gemensamma mål, 2) de är fråga om en offentlig tjänst 3) det inte krävs att köp sker från någon privat aktör och 4) myndigheterna på den öppna marknaden utövar mindre än 20 procent av den verksamhet som berörs av samarbetet.

Upphandlingsmyndigheten har i en rapport angett att digitala tjänster till medborgare skulle kunna anses utgöra offentliga tjänster, och om det operativa målet är att exempelvis förbättra den psykiska hälsan hos medborgarna skulle kriterierna ovan kunna anses uppfyllda.

3. Vad gäller för immateriella rättigheter, det vill säga upphovsrätt?

Enligt 1 § i lag (1960:79) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (URL) tillkommer upphovsrätten den som skapat ett litterärt eller konstnärligt verk. Verket måste vara unikt. Det som upphovsrätten skyddar är verkets personliga prägel, som kan ta sitt uttryck genom exempelvis utformning, språket, sammansättningen etc. Idéer, fakta eller metoder skyddas inte av upphovsrätt. Om ett stöd- eller behandlingsprogram har en sådan prägel som nämns ovan skyddas det av upphovsrätten och tillstånd måste inhämtas från upphovsmannen.

Om en region eller kommun låter en utomstående ta fram ett material med en så speciell utformning att det ska bedömas som ett litterärt eller konstnärligt verk är det viktigt att reglera i ett uppdragsavtal att materialet kan komma att spridas och hur det får användas.

När material tas fram i tjänsten av anställda, och anställningsavtalet inte reglerat vad som ska gälla för immaterialrätter, är tumregeln att arbetsgivaren får nyttja dessa verk inom sitt verksamhetsområde. I de fall texter tas fram tillsammans med flera regioner eller kommuner är det klokt att redan innan framtagandet informera den anställde om detta och säkerställa att arbetsgivaren får nyttja texten på avsett vis.

Material som innehåller upphovsrättsligt skyddat material och som har upprättats hos svenska myndigheter, exempelvis regioner och kommuner, får spridas utan upphovsmannens tillstånd, men enligt god sed ska upphovsmannen namnges.

Om ett stöd- och behandlingsprogram har tagits fram av en forskare vid exempelvis ett universitetssjukhus, anses det viktigt att forskare själva får bestämma när, var och hur deras resultat ska publiceras. Det ingår inte i högskolans normala verksamhet att kommersiellt exploatera anställdas immaterialrätter, därför torde forskares eller lärarens samtycke krävas för att material ska delas.

4. Vad gäller för hanteringen av personuppgifter (GDPR) vid upphandling av program?

Om en region eller kommun ska hantera personuppgifter åt en annan region eller kommun är det viktigt att det finns ett personuppgiftsbiträdesavtal som uppfyller kraven i dataskyddsförordningen.¹

Frågor och svar inför upphandling av stöd- och behandlingsprogram

5. Hur bör den interna organisationen och kompetensen se ut vid upphandling av stöd- och behandlingsprogram?

När en upphandling ska genomföras är det viktigt att upphandlande region, kommun eller verksamhet har tillräcklig kunskap om marknaden för att kunna ställa relevanta och aktuella krav. Ogenomtänkta krav kan leda till felaktiga leveranser eller att leverantörer avstår från att lämna anbud. Den upphandlande regionen, kommunen eller verksamheten fördelar ofta ansvaret för olika delar av upphandlingsprocessen mellan olika tjänster. Upphandlaren är sakkunnig i upphandlingsfrågor och har ett övergripande ansvar för processen. Det finns oftast en beställare som ställer kraven för det som ska upphandlas och som är med och utvärderar inkomna anbud. För att säkerställa att det som köps in motsvarar verksamheternas behov kan en eller flera slutanvändare delta i processen.

6. Vem ska göra upphandlingen?

Ta reda på om upphandlingen ska ske centralt i den upphandlande regionen eller kommunen, eller av de enskilda verksamheterna. Om olika delar av den upphandlande regionen eller kommunen har liknande behov kan upphandlingen samordnas för att tillfredsställa samtligas behov. Det är också viktigt att säkerställa att köpet av tjänster som är av samma slag räknas samman inom den upphandlande regionen, kommun eller verksamheten.

Det kan vara en god idé att stämma av om det går att göra en gemensam upphandling tillsammans med fler regioner eller kommuner, processen kan då bli effektivare och smidigare för både regionerna eller kommunerna och för respektive upphandlingsorganisation.

¹ Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2016/679 av den 27 april 2016

7. Behövs det en volymuppskattning i förfrågningsunderlaget?

Det är viktigt att ange hur många personer som genomgår internetbehandlingar per år om leverantören ska erbjuda både behandlare och program för att leverantören ska kunna garantera tillräckligt med resurser för uppdraget. Volymuppskattningen bör anges i förfrågningsunderlaget. Leverantörer vill gärna veta hur stor volymen är för att kunna bedöma om de är intresserade av kontraktet eller för att kunna lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Det kan även vara bra att uppge en skattad volym om man endast köper program där leverantören tar betalt för hur mycket programmet nyttjas.

8. Vilken form av upphandling ska vi välja?

När ni gör en behovsanalys så bör den innehålla en beräkning av värdet på det som kommer att upphandlas. Värdet avgör vilket upphandlingsförfarande som den upphandlande regionen, kommunen eller verksamheten får använda och hur kraven ska ställas på de anbudsgivande företagen. Om värdet uppgår till högst cirka 615 312 kronor² kan en direktupphandling vara möjlig. Tänk dock på att det inte enbart är det aktuella köpet som räknas, utan även andra köp av samma slag som genomförts under räkenskapsåret. Om beloppet överstiger direktupphandlingsgränsen är det tröskelvärdenas beloppsvärde som avgör om en upphandling ska ske enligt de direktivstyrda eller de nationella reglerna.

9. Ska det framgå vilken form av avtal upphandlingen gäller?

I förfrågningsunderlaget ska det framgå om upphandlingen kommer att resultera i ett direktavtal eller ett ramavtal. Om det handlar om ett specifikt program med tillhörande optioner och tjänster, som är begränsat till en leverans, kan ni upphandla ett direktavtal. När ett avtal har slutits med en leverantör ska leverantören leverera programmet inom avtalad tid.

Än ni osäkra på omfattningen av antalet leveranser för de kommande åren, men vet att behovet finns, kan ni upphandla ett ramavtal med en eller flera leverantörer. Avrop sker sedan enligt de fastställda villkoren under ramavtalstiden, antingen via rangordning eller förnyad konkurrensutsättning, beroende på vad som anges i ramavtalet. Ramavtalens längd kan vara högst fyra år inklusive förlängningsklausuler och optioner, om inte särskilda skäl finns.

10. Ska utvärderingskriterierna framgå i förfrågningsunderlaget?

De kriterier som används i upphandlingen måste vara utförligt formulerade, det ska framgå vad som värderas så att leverantörerna inte behöver gissa sig till vad som belönas. Tydliga utvärderingskriterier kan till exempel vara anbudspris, programmets användarvänlighet, upplägg och innehåll, eller behandlarnas spetskompetens. I underlaget ska det även framgå hur kriterierna och anbudspris viktas sinsemellan.

11. Finns det en förutsebar utvärderingsmodell?

Det är viktigt att den utvärderingsmodell som används för upphandlingen är enkel att förstå. Leverantörerna ska kunna förutse hur deras anbud kommer att utvärderas med ledning av utvärderingskriterierna, deras viktning och bedömningsgrunderna. När det gäller att hämta ut data för uppföljning (i form av XML-fil) är det vårdgivaren som göra det. Det är alltså inte ett krav som kan ställas till leverantören.

12. Vilka ekonomiska krav kan ställas på leverantören?

Den upphandlande regionen, kommunen eller verksamheten får ställa krav på att leverantören ska ha tillräckliga ekonomiska resurser för att fullgöra uppdraget. Tänk dock på att den upphandlande regionen, kommunen eller verksamheten inte får kräva mer än vad som är nödvändigt för att leverantörerna ska klara att genomföra det aktuella kontraktet.

13. Kan vi ställa krav på att leverantören ska ha erfarenhet av att implementera internetbehandling?

Vid upphandling är det vanligt att ställa krav på att leverantören ska ange ett antal tidigare uppdrag av liknande karaktär som det som är föremål för upphandlingen. Detta sker för att säkerställa leverantörens förmåga att utföra uppdraget.

14. Kan vi ställa krav på leverantörens personal?

Om det ställs krav på att leverantören ska tillhandahålla personal har den som upphandlar möjligt att ställa krav på kunskaps- och erfarenhetsbakgrund på den personal som ska utföra tjänsten. Det kan till exempel handla om krav på att personalen ska ha erfarenhet av att utbilda behandlare, bedömare och verksamhetspersonal i internetbehandling, eller genom att specificera vilken utbildning som är adekvat för en behandlare som utför uppdraget.

15. Ska särskilda krav på kvalitetssäkring av programmet finnas med?

Det blir allt vanligare att det i samband med en upphandling ställs krav på kvalitetssäkring. Som bevis på kravuppfyllelse kan leverantören lämna in ett intyg eller certifikat om att denne har ett kvalitetssäkringssystem, eller på annat sätt påvisa att de systematiskt arbetar med kvalitetssäkring.

16. Vilka krav ska ställas på programmet?

Det är viktigt att ta ställning till om den upphandlande regionen, kommunen eller verksamheten ska ställa särskilda miljökrav kring köpet, eller om hänsyn ska tas till etiska, jämställdhet eller sociala krav. Detta brukar ofta framgå i den upphandlande regionen, kommunen eller verksamhetens policydokument. Om det finns några sociala, etiska eller miljökrav ska det framgå av förfrågningsunderlaget.

17. Ska vi beskriva vilken typ av internetbaserat stöd och behandling som vi vill köpa nyttjanderätten för?

I förfrågningsunderlaget ska det framgå om ni upphandlar ett helt paket där allt ingår, eller om det gäller delar av ett paket eller endast programmet. Handlar det till exempel om köp av nyttjanderätt av ett behandlingsprogram eller tillkommer olika stödprogram? Kommer verksamheten att ha egna behandlare eller ska leverantören tillhandahålla dessa? Om ni behöver handledning och utbildning av internetbehandling för verksamhetens behandlare ska detta anges i förfrågningsunderlaget.

18. Ska vi ange vilket upplägg och innehåll som programmet ska ha?

Förfrågningsunderlaget ska innehålla alla krav på programmet, till exempel vilka diagnoser som programmet avser, om programmet ska innehålla interaktivitet, skattningar, checklistor, filmer, bilder eller påminnelser.

19. Vilka andra krav ska förfrågningsunderlaget innehålla?

Ni kan ställa fler krav om det finns specifika önskemål kopplat till nyttjanderätten. Till exempel krav om att programmet ska ha använts i kliniska sammanhang och att det ska vara utvärderat i forskningsstudier, samt frågor om vilken teoretisk bas det utgår från och om hur tjänsten kan komma att utvecklas framöver. Krav kan även ställas på att programmet ska kunna skapa rapporter på statistik från användare. Tänk på att det är viktigt att formulera texten tydligt så att leverantörerna förstår vilka krav som ställs och vilken betydelse de har.

Skall-krav är obligatoriska krav som måste uppfyllas. I annat fall blir anbudet förkastat. Bör-krav används vid upphandling enligt principen det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och har betydelse i utvärderingen av anbudet. Ett anbud som inte uppfyller ett bör-krav blir inte förkastat men får inte lika hög poäng i utvärderingen. Det är inte ovanligt att förfrågningsunderlaget innehåller bör-krav utan att det framgår hur uppfyllelse av dessa bör-krav påverkar utvärderingen. I förfrågningsunderlaget ska det därför framgå hur bör-kraven ska utvärderas, annars kan ni inte ta hänsyn till dessa i utvärderingen.

Det är viktigt att kraven i förfrågningsunderlaget är proportionella i förhållande till behovet och branschen. Om de krav som ställs i underlaget inte är aktuella eller relevanta kan detta försvåra för leverantörer att delta, och på så sätt hämma konkurrensen.

20. Ska leverantören tillgodose behovet av utbildning för de behandlare som ska använda programmet?

Fundera över vilka behov av utbildning de behandlare som ska arbeta i programmet har. Är behovet i form av metodstöd i samband med införande, eller en utbildning i behandlingsprogrammet? Tänk över om utbildningen bäst sker i en datasal, hur många platser ni har till ert förfogande och hur många som det är rimligt att utbilda per tillfälle.

Beskriv ert förväntade upplägg av en utbildning. Utgå från era förutsättningar och möjligheter för vad verksamheten kan hantera i form av frånvaro. Ta reda på hur andra regioner har gjort och deras erfarenheter. Ställ bör-krav som ger möjlighet att få tillgång till en demoversion av programmet som kan laddas upp på regionens utbildningsutgivarenhet. Behandlarna får då tillgång att öva på behandlingsprogrammet. För att få ett bra införande av programmet kan ni även ställa krav på att leverantören ska ange en implementationsplan för införandet av internetbehandlingen, med tillhörande rutiner, lathundar och material.

21. Ska leverantören ta ansvar för designerrollen?

Ange i förfrågningsunderlaget om leverantören ska ta ansvar för att lägga upp programmet på plattformen med stöd av en designer, eller om regionen, kommunen eller verksamheten ska göra detta. Det bör också framgå hur eventuella förändringar av programmet ska hanteras.

22. Vad gäller för kommersiella villkor och immateriella rättigheter (upphovsrätt)?

Immateriella rättigheter är av stor betydelse vid upphandling av stöd- och behandlingsprogram, och det är därför viktigt att regleringen av de immateriella rättigheterna görs noggrant vid upphandling av program.

23. Ska uppgifter om pris vara med i förfrågningsunderlaget?

Det är viktigt att de prisuppgifter som finns i avtalet är tydliga och att dessa uppgifter framkommer i förfrågningsunderlaget. Ange till exempel om det handlar om ett fast pris eller om ersättningen sker löpande.

24. Ska de framgå av avtalet hur en felaktig, försenad eller utebliven leverans hanteras?

Ibland uppfyller inte en leverantör vad som avtalats. Det kan exempelvis handla om att leveransen har varit felaktig, försenad eller helt och hållet uteblivit. Det är en fråga som bör regleras i avtalsvillkoren. Klausuler som reglerar prisavdrag och viten vid fel och förseningar bör därför skrivas in i avtalet.