

PM 2 2014-10-21 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom upphandling och avrop i strid mot bestämmelserna om offentlig upphandling (otillåten direkttilldelning).

Södertörns högskola har för c:a fyra miljoner kronor beställt organisationskonsulttjänster under påståendet att beställningarna utgör avrop på ett sedan tidigare upphandlat centralt ramavtal avseende IT-konsulttjänster.

Södertörns högskola har i december 2011 slutit avtal om köp av konsulttjänster för ledning av förändringsarbetet vid högskolan. Avtalet påstås ha tillkommit genom avrop på ett centralt upphandlat ramavtal som avser de statliga universiteten och högskolornas behov av IT-konsulttjänster. Tjänsterna ska i praktiken tillhandahållas av ett av högskolan sedan tidigare anlitat företag, vilket nu uppgivits agera underentreprenör till en av de ramavtalsupphandlade IT-konsultföretagen.

Södertörns högskola ingår som avropande myndighet i det av Uppsala universitet centralt upphandlade¹ statliga ramavtalet för successiva avrop av IT-konsulttjänster.

Denna centrala upphandling genomfördes 2010. Enligt annonsen om ramavtalsupphandling² hänförde sig förfarandet till tjänstekategorin ”*Datatjänster och därmed anknutna tjänster*”. Vidare framgår av annonsen ett antal s.k. CPV-koder (se vidare nedan)³ som närmare preciserar föremålet för ramavtalsupphandlingen enligt följande: CPV 72000000 (IT-tjänster: konsultverksamhet, programvaruutveckling, Internet och stöd), CPV 72222300 (IT-tjänster), CPV 72224000 (konsulttjänster för projektledning), CPV 72246000, (konsulttjänster för system) och CPV 72266000 (programkonsulttjänster). Även i förfrågningsunderlaget⁴ anges att det centrala ramavtalet ska omfatta IT-konsulttjänster⁵ med specifik programvara. Avropsberättigade är ett antal statliga universitet och högskolor, däribland Södertörns högskola⁶ och avrop ska kunna ske genom s.k. förnyad konkurrenssättning eller direkta avrop i det fall endast en leverantör klarar avtalsåtagandet.

I bilaga 4 till underlaget för den centrala ramavtalsupphandlingen uppställs som ett obligatoriskt s.k. skall-krav att ”*[s]amtliga efterfrågade kompetensområden ska vara relaterade till IT, direkt eller indirekt*”.⁷ I bilagan specificeras alla kompetensområden, roller/arbetsuppgifter och kompetensnivåer som efterfrågats i upphandlingen. Inom ramarna för den s.k. frågor-och-svarsfunktionen har vidare uppgivits att ”*[k]raven gällande kompetens framgår av bilaga 4, kompetensklassning. Inga tillkommande krav gällande kompetens finns i bilaga 5, avtalsförslag*”. Någon kravprofil med avseende på organisationskonsulter, exempelvis ”*Proscis certifierade konsulter enligt ADKAR-metoden*”, förekommer således inte i den centrala ramavtalsupphandlingen.

Tilldelning i den centrala ramavtalsupphandlingen beslutades den 25 februari 2011 till totalt sju IT-konsultföretag som lämnat anbud, däribland Cybercom Group (nedan Cybercom), vilket i juni 2011⁸ tecknade ramavtal med anledning av denna upphandling (nedan Ramavtalet).

¹ Den aktuella upphandlingen avseende IT-konsulttjänster med dnr. UH 2010/16 genomfördes av Uppsala universitet som s.k. funktionsupphandlande myndighet med möjlighet för bl.a. Södertörns högskola att avropa på avtalet.

² Se Uppsala universitets meddelande om upphandling som skickades den 5 juli 2010 till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer (OPOCE) för publicering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT).

³ CPV, eller *Common Procurement Vocabulary*, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom Europeiska Unionen (EU-kommissionen, GD XV/B/4). CPV klassificerar ca 6.000 varor och tjänster i ett åttaställigt kodsysteem. Tanken är att systemet ska ersätta de olika nationella klassifikationerna vid handeln inom såväl som mellan medlemsstaterna. – se 1 kap. 2 § femte stycket och 2 kap. 5 § LOU samt Europeiska parlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), numera i delvis ändrad lydelse sedan 2008 - jfr. 2 kap. 5 § samt 1 kap. 2 § sjätte stycket LOU.

⁴ Se Uppsala universitets ”*Förfrågningsunderlag Gällande IT-konsulttjänster*”, daterat den 5 juli 2010 (dnr. UH 2010/16).

⁵ Under rubriken ”*Ömfattning*” i underlaget anges att upphandlingen omfattar IT-konsulttjänster inom områdena: ”*användbarhet · informationsssäkerhet · infrastruktur · ledning och styrning · systemutveckling · verksamhetsutveckling*”.

⁶ Se bilaga 1 till förfrågningsunderlaget med en förteckning av avropande myndigheter.

⁷ Se ”*kompetensklassning*” i avsnittet ”*Definition av kompetensområden*” i bilagan 4 till ”*Förfrågningsunderlag Gällande IT-konsulttjänster*” (dnr. UH 2010/16), s. 4 (mitten).

⁸ Avtalet är daterat och undertecknat av respektive part den 9 och 19 maj samt den 10 juni 2011.

Den 14 november 2011 ingick Södertörns högskola avtal direkt med det privata företaget The Synthetic Family AB (nedan The Synthetic Family).⁹ Detta avtal avser köp av konsulttjänster till stöd för högskolans ”förändringsarbete vad avser ledar- och organisationsutveckling” för en period av i vart fall sex månader, t.o.m. den 13 maj 2012. Enligt avtalet hänför sig detta till tjänster som ska tillhandahållas av ”Proscis certifierade konsulter enligt ADKAR-metoden”. Därmed ska förstås en evidensbaserad metod för att på individuell nivå förbereda och genomföra ett förändringsarbete i en organisation.¹⁰ The Synthetic Family anges på sin hemsida¹¹ som ”det enda svenska företag som kan erbjuda certifiering av förändringsledare i Proscis metodik med ADKAR”. Avtalet mellan högskolan och bolaget förgicks inte av något annonserat upphandlingsförfarande.¹² Fakturering i enlighet med detta avtal har skett endast en gång, i november 2011,¹³ med 280.000 kronor exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms).

Vid denna tidpunkt hade Södertörns högskola även ett annat under räkenskapsåret 2011 direktupphandlat¹⁴ avtal om köp av organisationskonsulttjänster från Ohlssons Tuning HB (nedan Ohlssons)¹⁵ för i vart fall 142.000 kronor.

Den 16 december 2011 utställde Södertörns högskola, med uppgiven tillämpning av Ramavtalet, en som ”Avropsförfrågan” rubricerad anbudsbegäran¹⁶ avseende ”skyndsamt konsultstöd i ett utvecklingsarbete av verksamheten”. Såvitt framgår hänför sig avropsförfrågan till högskolans behov av ”projektledning inom ett förändringsprojekt av verksamheten där IT-stöd vid ledningskommunikation ingår”. Leverantören ska enligt avropsförfrågan erbjuda konsulter som är särskilt certifierade i ”Prosci’s ADKAR-metod” med dokumenterad erfarenhet att arbeta med ledningsgrupper och med förändringsledning inom offentlig sektor samt ha minst 10 års dokumenterad erfarenhet av utvecklingsarbete och erfarenhet av förändringsarbete generellt.

Avropsförfrågan har såvitt kunnat utredas riktats enbart till Cybercom. Övriga sex ramavtalsleverantörer har således inte tillfrågats om att lämna anbud i förnyad konkurrensutsättning.

Den 28 december 2012 inkom Cybercom med ett anbud som erbjöd konsulter från det av Södertörns högskola nyss anlitade företaget The Synthetic Family, vilket i anbudet presenterades som underleverantör till Cybercom.¹⁷

Det totala kontraktsvärdet för högskolans köp av tjänster från The Synthetic Family – direkt eller indirekt som underleverantör till Cybercom – kan med ledning av hos högskolan registrerade fak-

⁹ Se Södertörns högskola AVTAL AVSEENDE FÖRÄNDRINGSARBETE” med The Synthetic Family,” daterat den 14 november 2011 (dnr 1531/11/2011). Avtalet avser perioden fram t.o.m. den 13 maj 2012 med möjlighet till förlängning i ytterligare tre omgångar om sex månader vardera, således till att maximalt löpa ut den 13 november 2013.

¹⁰ Prosci är ett oberoende amerikanskt institut och leverantör av evidensbaserad information om förändringsledning. Prosci certifierar förändringsledare i denna metodik med ”ADKAR”, som är en metod för individer att hantera förändringsarbete i en organisation. Enligt Proscis egen redovisning fokuserar ADKAR på hur individer påverkas av förändringar inom en organisation och är en enkel metod att använda för grupper och individer i syfte att identifiera och undanröja hinder, minska motstånd och förse dessa med kunskaper och färdigheter för att göra en organisationsförändring framgångsrik - se vidare www.prosci.com/adkar-model/overview-3/.

¹¹ Se <http://thesyntheticfamily.com/artiklar/vi-ar-nu-partner-med-prosci-och-certifierar-i-adkar>.

¹² I avtalet mellan Södertörns högskola och The Synthetic Family anges att ”detta avtal har tillkommit genom ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering”. Enligt beslut av Södertörns högskola den 28 augusti 2014 finns det hos myndigheten vidare inte förvarat något ”anbudsöppningsprotokoll rörande upphandling av [aktuell] konsulttjänst” (dnr. 1873/1.9/2014).

¹³ Se The Synthetic Familys fakturering till Södertörns högskola med nr. 200637 av den 28 november 2011 avseende ”Förändringsarbeten enligt avtal Dnr 1531/11/2011”.

¹⁴ Enligt beslut av Södertörns högskola den 2 september 2014 finns det hos myndigheten inte förvarat några ”avtal eller upphandlingsunderlag av konsulttjänst avseende utredning av Södertörns högskolas förvaltning och totala organisation” (dnr. 1887/1.9/2014).

¹⁵ Se Södertörns högskolas beslut av den 31 mars 2011 om att inleda en ”UTREDNING AV HÖGSKOLANS FÖRVALTNING OCH TOTALA ORGANISATION” (dnr. 520/11/2011) samt Ohlssons fakturering till Södertörns högskola med nr. 1035, 1041, 1052 och 1056. Fakturorna hänför sig till konsulttjänster för ”[u]tredning av förvaltningsorganisationen vid Södertörns högskola” till ett sammanlagt kontraktsvärde på (35.500 x 4=) 142.000 kronor exklusive moms. Härutöver har, inom ramarna för samma uppdrag, Södertörns högskola även betalat 69.654 kronor (ej momsbelagt) till Örebro universitet jml. faktura nr. 89101506.

¹⁶ Se Södertörns högskolas ”Avropsförfrågan på Ramavtal gällande IT-konsulttjänster UH 2010/16” Anbudsförfrågan är odaterad men dokumentet är enligt loggfilen skapat den 16 december 2011. Som sista anbudsdatum angavs den 29 december 2011.

¹⁷ I den ursprungliga ramavtalsupphandling som genomfördes 2010 anges inte The Synthetic Family som underleverantör till Cybercom. Enligt punkten ”Underleverantörer” i Bilaga 6 till förfrågningsunderlaget (s. 4) tilläts emellertid ramavtalsleverantörerna att under hand ansluta nya underleverantörer under ramavtalets löptid.

tutor beräknas uppgå till 3.944.500 kronor (exklusive moms), varav 280.000 kronor hänför sig till högskolans direkttilldelade avtal med The Synthetic Family.¹⁸

Gällande rätt

Offentlig upphandling regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU. För upphandlingar som har påbörjats¹⁹ efter den 15 juli 2010 har i LOU införts vissa ändringar med avseende på bl.a. tillgängliga rättsmedel samt möjlighet till s.k. direktupphandling.

Lagens bestämmelser – som grundar sig på Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/18/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet)²⁰ – är såvitt något i lagen angivet undantag inte anger motsatsen tillämpliga på ”kontrakt med ekonomiska villkor” av bland annat tjänster som ingås mellan s.k. *upphandlande myndigheter* och från dessa fristående fysiska eller juridiska personer. Skyldigheten att följa bestämmelserna i LOU omfattar bl.a. statliga myndigheter som i lagen anges som ”*upphandlande myndigheter*”. Företag, eller grupper av företag, som på marknaden tillhandahåller aktuella tjänster utgör ”*leverantörer*” vilka ska lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud (s.k. anbudsansökan).²¹

Bestämmelserna i LOU är tvingande för upphandlande myndigheter. Lagen gäller emellertid inte för upphandling av tjänster från en annan upphandlande myndighet som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt (s.k. rättsligt monopol) på att utföra tjänsten.²² Av lagen följer även ett undantag för upphandling av varor eller tjänster som omfattas av ensamrätt (se vidare nedan). Den omständigheten att en upphandlande myndighet tror sig veta att enbart viss leverantör rent faktiskt kan komma ifråga för leverans av aktuella tjänster (s.k. faktisk ensamsituation) medför däremot inte undantag från lagens huvudregel om att en annonserad upphandling ändå ska genomföras.²³

Frågan om grunderna för vilka anbud som ska antas är central för syftet att uppnå en icke diskriminerande upphandling. Syftet med de upphandlingsrättsliga reglerna är bland annat att säkerställa den lagliga efterlevnaden av EU-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet och rörlighet mellan medlemsstaterna. Det har därför i 1 kap. 9 § LOU införts ett antal unionsrättsligt grundade principer som oavsett upphandlingsförfarande ska iakttas vid offentlig upphandling. Däribland principerna om *likabehandling och ickediskriminering* samt *öppenhet (transparens)*.²⁴

¹⁸ Se ovan i fotnot 13 redovisade faktura nr. 200637 från The Synthetic Family samt Cybercoms fakturering till Södertörns högskola med nr. 662411106, 66241679, 662411993, 662411106, 66241731, 662414413, 662415364, 662416115, 662417127, 662418115, 662418869, 662419789.

¹⁹ I prop. 2009/09:180, s. 374, anges att om ett avtal har slutits utan att upphandlingen har annonserats enligt bestämmelserna i LOU, får upphandlingen anses *påbörjad* först när avtalet har slutits, såvitt den upphandlande myndigheten inte kan visa att ett upphandlingsförfarande enligt lagen rent faktiskt har påbörjats vid en tidigare tidpunkt.

²⁰ För närvarande regleras offentlig upphandling av bl.a. varor genom Europeiska rådets och parlamentets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet) vilket trädde i kraft med för medlemsstaterna bindande s.k. direkt effekt per den 1 februari 2006. I Sverige har direktivet numera införlivats genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Motsvarande äldre gemenskapsrättslig reglering, vilken har legat till grund för den tidigare lagen (1992:1528) om offentligt upphandling, återfanns i bl.a. Europeiska rådets direktiv 93/36/EG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor (tjänsteupphandlingsdirektivet).

²¹ Se 2 kap. 11 § LOU.

²² Se 5 kap. 2 § ÄLOU och 1 kap. 7 § LOU.

²³ Se EU-domstolens dom av den 10 april 2003 i de förenade målen C- 20/01 och C- 28/01, *Bockhorn - Braunschweig*, REG 2003, s. I- 3609 jämte dom av den 18 juli 2007 i mål C- 503/04, *kommissionen mot Tyskland*, REG 2007, s. I- 6153.

²⁴ De grundläggande principer som åsyftas följer numera av avdelning IV i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt - FEUF - tidigare EG-fördragets art. 28–30 och 43–55 EG.

För att underlätta insyn i påbörjade upphandlingar inom EU utgår den närmare bestämningen av förevarande kontrakt från ett gemensamt klassifikationssystem för varor, tjänster och byggtentreprenadarbeten som heter *Common Procurement Vocabulary* eller CPV.³ På detta sätt görs det möjligt för leverantörer att enkelt och kostnadseffektivt identifiera upphandlingar som kan vara intressanta för anbudsgivning. I fråga om tjänster är dessa dessutom indelade i totalt 27 tjänstekategorier, vilka i sin tur delas upp i A-tjänster och B-tjänster. För svenskt vidkommande återfinns referenser till CPV-systemet i 1 kap. 2 § femte stycket samt 2 kap. 5 § LOU. Av bilagorna 2 och 3 till LOU följer även en redovisning av uppdelningen i tjänstekategorier samt i A- och B-tjänster.

I fråga om IT-konsulttjänster med CPV-nummer 72000000 -- 79342410 ingår dessa i tjänstekategori 7, *Databehandlingstjänster och därmed sammanhängande tjänster*, medan organisationskonsulttjänster, däribland företags- och organisationsrådgivning (CPV 79410000), allmän organisationsrådgivning (CPV 79411000) samt konsulttjänster för företagsutveckling (CPV 79411100) ingår i tjänstekategori 11, *Organisationskonsulttjänster och därmed sammanhängande tjänster*. Båda tjänstekategorierna hänför sig till s.k. A-tjänster enligt bilaga 2 till LOU.

I fråga om dylika A-tjänster ska, om det sammanlagda s.k. *kontraktsvärdet* överstiger vid varje tidpunkt gällande tröskelvärde, dessa upphandlas med iakttagande av de direktivstyrda bestämmelserna i 1-14 kap. LOU. Handläggning enligt de nationella bestämmelser som är införda i 15 kap. LOU kan enbart komma ifråga om det samlade kontraktsvärdet understiger detta tröskelvärde. Vid tidpunkten för nu aktuella upphandlingar (2011) uppgick tröskelvärdet för statliga myndigheters upphandling till 1.243.375 kronor.²⁵

Vid en offentlig upphandling av A-tjänster över tröskelvärdet följer det av den ovan angivna *likabehandlingsprincipen* och 6 kap. 4 § första stycket LOU ett generellt förbud för en upphandlande myndighet att, oavsett upphandlingsform,²⁶ precisera föremålet för upphandling genom uppgifter om ursprung, tillverkning eller särskilt framställningssätt eller hänvisningar till varumärke, patent, typ, ursprung eller tillverkning om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Sådana uppgifter och hänvisningar får dock, enligt andra stycket samma paragraf, undantagsvis komma ifråga om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen på ett tillräckligt preciserat och begripligt sätt. Uppgiften eller hänvisningen ska i sådana fall alltid följas av orden ”*eller likvärdigt*”. Av 6 kap. 2 och 3 §§ LOU följer även att föremålet för upphandlingen inte får begränsas till annat än svensk, internationell eller annan vedertagen standard.

I fråga om avrop på ramavtal föreskriver LOU alternativa möjligheter. Enligt legaldefinitionen i 2 kap. 15 § LOU ska med *ramavtal*²⁷ förstås sådana avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren för senare tilldelning av kontrakt under en given tidsperiod.²⁸

²⁵ Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärden* fastställs av EU-kommissionen och tillkännages enligt 3 kap. 1 § LOU, löpande av regeringen i Svensk författningssamling Tillkännagivande ska ske angivet till exakt belopp i euro och svenska kronor. Tröskelvärdet för upphandling av A-tjänster inom den klassiska sektorn uppgick 2011, om den upphandlande myndigheten är en central civil statlig myndighet (se Bilaga IV till det klassiska upphandlingsdirektivet) till 125.000 euro eller 1.243.375 svenska kronor; se vidare Europeiska kommissionens förordning (1422/2007/EG) av den 4 december 2007 om ändring av europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG avseende de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden samt regeringens tillkännagivanden (2010:53 och 2011:1037) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

²⁶ Se 15 kap. 2 § LOU.

²⁷ Se legaldefinitionen i 2 kap. 15 § LOU; se även artikel 1.5 i det klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG), enligt vilken ”*Ramavtal* [är ett] avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera ekonomiska aktörer i syfte att fastställa villkoren för tilldelningen av kontrakt under en given tidsperiod, särskilt i fråga om tänkt pris och, i tillämpliga fall, uppskattad kvantitet”.

²⁸ Enligt det klassiska upphandlingsdirektivets (2004/18/EG) definition syftar ramavtal till att ”fastställa villkoren för tilldelning av kontrakt” medan syftet enligt LOU är att ”fastställa samtliga villkor för avrop”. Användningen i direktivet av den bestämda pluralformen ”villkoren” innebär med vanligt språkbruk detsamma som samtliga villkor. Någon skillnad i sak torde därför inte föreligga mellan direktivet och ÅLOU på denna punkt, se bl.a. SOU 2005:22 s.231.

Ramavtal är enligt lagförarbetena²⁹ avsedda att användas på i huvudsak två alternativa sätt, antingen genom *direkta avrop* eller genom en s.k. *förnyad konkurrensutsättning*. I det senare fallet kan jml. 5 kap 2 § och 7 § LOU den upphandlande myndigheten bjuda in ramavtalsleverantörer till att på nytt lämna ett mer preciserat anbud i enlighet med villkor som framgår av det tidigare upphandlade ramavtalet. Dessa villkor får om det är nödvändigt preciseras och vid behov kompletteras med andra villkor som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet. Dylik precisering kan ske med detaljuppgifter som gör det möjligt att beskriva det för avrop aktuella föremålet på ett tydligare och mer exakt sätt, såsom exempelvis en ytterligare specificering av den vara eller tjänst som önskas, tidsåtgången för tjänstens utförande, leveranstid, leveransplats eller pris. Det är vid en förnyad konkurrensutsättning däremot inte tillåtet att väsentligen avvika från eller gå utöver de villkor som angivits i ramavtalet eller förfrågningsunderlaget till ramavtalet.³⁰

Den upphandlande myndigheten är som regel inte skyldig att enbart avropa från föreliggande ramavtal utan kan välja att istället gå ut i en ny offentlig upphandling för att täcka vissa behov.³¹ För det fall att avrop på ett befintligt ramavtal inte kan ske – genom att exempelvis avtalet eller upphandlingen inte utformats för att omfatta aktuella varor eller tjänster – måste som huvudregel ny upphandling utlysas med iakttagande av LOU. Beställningar som i dylika fall ändå genomförs riskerar att betraktas som ny upphandling med otillåten direkttilldelning.³²

I fråga om löpande beställningar som inte reglerats i ett tidigare upphandlat ramavtal föreligger det normalt en obligatorisk skyldighet att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag samt genom annons offentliggöra offentlig upphandling.³³ Vid upphandling av varor och A-tjänster under tröskelvärdet räcker det med att upphandlingen kungörs i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig eller genom annons i annan form som möjliggör effektiv konkurrens.³⁴ I andra fall ska en annons om upphandling på snabbast lämpliga sätt sändas till Europeiska kommissionen,³⁵ för publicering i Europeiska unionens officiella tidning (EFT/EUT)³⁶ och i databasen TED.³⁷

Enligt 4 kap. 5-8 §§ eller 15 kap. 3 § LOU förelåg 2011 vid bl.a. A-tjänsteupphandling undantag från denna skyldighet under följande alternativa förutsättningar:

- värdet av det som ska upphandlas har *lågt värde* – d.v.s. 287.966 kronor, motsvarande högst 15 procent av gällande tröskelvärde (2011),³⁸
- det föreligger synnerliga skäl såsom *synnerlig brådska* beroende på omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande myndigheten,
- det har vid en annonserad upphandling inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud,
- det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av *ensamrätt* kan levereras av endast en viss leverantör,
- upphandlingen gäller vissa nödvändiga och brådskande kompletterande tjänster, eller

²⁹ Se prop. 2006/07:128, sammanfattningen, s. 2.

³⁰ Se bl.a. Rosén-Andersson m.fl, Lagen om offentlig upphandling- en kommentar, Norstedts Gula bibliotek (upplaga 1:1 – 2013) , s 255 ff., särskilt s. 272.

³¹ Undantagsvis kan, vid s.k. *exklusivavtal*, den upphandlande myndigheten ha åtagit sig att under ramavtalstiden avropa hela sitt i ramavtalet reglerade behov enbart från den ramavtalskontrakterade motparten.

³² Se bl.a. EU-domstolens dom av den 5 oktober 2000 i mål C-337/98, *kommissionen mot Frankrike*, REG 2000, s. I-8377 samt av den 23 augusti 2013 i målet C- 576/10, *kommissionen mot Nederländerna*, REU 2013 I-0000; jfr även domstolens dom av den 19 juni 2008 i mål nr C-454/06, *Presstext Nachrichtenagentur*, REG 2008, s. I-4401.

³³ Avseende annonseringskravet, se 15 kap. 2 § sista stycket samt 4 § LOU. Avseende skriftlighetskravet, se 15 kap. 8 § LOU.

³⁴ Se 15 kap. 4 § LOU.

³⁵ Se 2 § förordningen (2007:1099) om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

³⁶ Före den 1 december 2009 istället Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT).

³⁷ Tenders Electronic Daily (TED) är Europeiska unionens databas för annonsering av bl.a. offentlig upphandling. Databasen utgör ett tillägg till Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och publicerar annonser som har skickats till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer (OPOCE).

³⁸ Se 15 kap. 3 § LOU i lydelse mellan den 15 juli 2010 och den 31 juni 2014. Där anges värdegränsen till 15 procent av gällande tröskelvärde för andra än statliga myndigheters upphandling. Vid kontraktsvärden under denna värdegräns får *direktupphandling* tillämpas. Det aktuella tröskelvärdet uppgick 2011 till 1.919.9771 kronor – se ovan fotnot 25 samt regeringens tillkännagivanden (2010:53 och 2011:1037) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

- upphandlingen gäller nya tjänster som består enbart av en upprepning av tjänster som tidigare varit föremål för öppen eller selektiv upphandling från samma leverantör och värdet av det nya kontraktet ingått i tröskelvärdesberäkningen av värdet av det ursprungliga projektet.

Vid tillämpning av möjligheten till undantag p.g.a. *långt värde* ska enligt 15 kap. 3 a § tredje stycket LOU även beaktas *andra direktupphandlingar av samma slag* som har gjorts av den upphandlande myndigheten under räkenskapsåret. I rättspraxis har direktupphandling av samma slag ansetts föreligga vid köp av tjänster inom samma tjänstekategori eller som typiskt sett har ett naturligt samband i tiden och beträffande sitt innehåll.³⁹

Undantaget vid *synnerlig brådska* gäller enbart oförutsedd brådska.⁴⁰ Sådan egenförvällad brådska hos den upphandlande myndigheten som kan ha uppkommit till följd av exempelvis myndighetens bristande planering grundar således inte någon rätt till direktupphandling.⁴¹

I fråga om undantag på grund av *ensamrätt* framgår det av bl.a. unionsrättslig praxis⁴² att det inte är tillräckligt att den efterfrågade tjänsten är skyddad av ensamrätt för att ensamrättsundantaget i LOU ska vara tillämpligt. Den upphandlande myndigheten måste även kunna visa att det inte är möjligt för någon annan leverantör att, på ett likvärdigt, objektivet godtagbart sätt (jfr. 6 kap. 4 § andra stycket LOU), kunna komma ifråga för anbudsgivning för det aktuella uppdraget.⁴³

Dessutom ska enligt den s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta rättspraxis⁴⁴ möjligheten till undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som ges i EG/EU- fördragen inom området för offentlig upphandling tolkas restriktivt⁴⁵ och det ankommer på den som avser att åberopa ett undantag att bevisa att de särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt föreligger.⁴⁶

Yttrande

Södertörns högskola har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, utan att inom anvisad tid inkomma med något svar.

³⁹ Se Kammarrätten i Stockholms dom av den 15 oktober 2013 i mål 1965-13, där vid en tillämpning av 15 kap. 3 a § LOU den upphandlande myndighetens andra direktupphandlade kontrakt under räkenskapsåret inom tjänstekategori 21, juridiska tjänster, ansågs innefatta "*tjänster av samma slag*". Se även Kammarrätten i Jönköpings dom av den 4 februari 2014 i mål 2510-13, där kammarrätten fann att "direktupphandlingar av samma slag" även kunna avse fall där de olika avtalen avser varor och och tjänster som tillhandahålls av samma leverantörer och har ett naturligt samband i tid och beträffande innehåll.

⁴⁰ Den nu gällande undantagsbestämmelsen i 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU har förts över från den äldre lagen (1992:1528) om offentlig upphandling - ÅLOU. Av lagförarbetsuttalanden (prop. 2001/02:142, s. 99) till bestämmelserna i 2 kap. 11 § (varor) och 5 kap. 17 § (tjänster) ÅLOU, vilka således fortfarande är aktuella (se prop. 2006/07:128, s. 429), framgår i fråga om vad som ska anses motivera synnerlig brådska bl.a. följande: "*Regeln är som tidigare avsedd främst för oförutsedda händelser som den upphandlande myndigheten inte själv kunnat råda över. Att den upphandlande enheten råkat i brådska beroende på egen bristande planering grundar inte rätt till direktupphandling*".

⁴¹ I specialkommentaren, prop. 2006/07:128, s. 327 uttalar regeringen bl.a. att "*sådana omständigheter som är hänförliga till den upphandlande myndigheten torde inte vara omöjliga att förutse för myndigheten*".

⁴² Se EU-domstolens dom av den 3 maj 1994 i mål C- 328/92, *kommissionen mot Spanien*, REG 1994, s. I- 1569, pp. 17-19; för liknande resonemang se även domstolens dom av den 29 november 2001 i mål C- 252/01, *kommissionen mot Belgien*, REG 2001, s. I- 000. Avseende tillämpning i svensk nationell praxis se RÅ 2005 ref. 10 (*Ryanair*) samt Konkurrensverkets beslut av den 6 oktober 2009 i ärende nr. 613/2008 (*Nybrobrunn*).

⁴³ Se EU-domstolens dom av den 10 mars 1987 i mål C-199/85, *kommissionen mot Italien*, REG s. 1039 och dom av den 3 maj 1994 i mål C- 328/92, *kommissionen mot Spanien*, REG 1994, s. I- 1569, pp. 17-19; för liknande resonemang se även domstolens dom av den 29 november 2001 i mål C- 252/01, *kommissionen mot Belgien*, REG 2001, s. I- 000. Avseende tillämpning i svensk nationell praxis se RÅ 2005 ref. 10 (*Ryanair*) samt Konkurrensverkets beslut av den 6 oktober 2009 i ärende nr. 613/2008 (*Nybrobrunn*). Se även Rosén-Andersson m.fl., *Lagen om offentlig upphandling- en kommentar*, Norstedts Gula bibliotek (upplaga 1:1 – 2013), s. 226 f.

⁴⁴ Från senare rättspraxis se EU-domstolens dom av den 2 oktober 2008 i målet C- 157/06, *kommissionen mot Italien*, REU 2008 s. I-7313, p. 23.

⁴⁵ Avseende kravet på restriktiv tolkning, se EU-domstolens avgöranden av den 17 november 1993 i mål C-71/92, *kommissionen mot Spanien*, REU 1993, s. I-5923, av den 3 maj 1994 i mål C-328/92, *Kommissionen mot Spanien II*, REU 1994, s. I-1569 samt av den 18 maj 1995 i mål C-57/94, *Kommissionen mot Italien II*, REU 1995, s. I-1249.

⁴⁶ Avseende bevisbördans placering, se EU-domstolens dom av den 10 mars 1987 i mål C-199/85, *Kommissionen mot Italien*, REU 1987, s. 1039, av den 3 maj 1994 i mål C-328/92, *Kommissionen mot Spanien II*, REU 1994, s. I-1569 samt av den 18 maj 1995 i mål C-57/94, *Kommissionen mot Italien II*, REU 1995, s. I-1249. Från senare års praxis, se också domstolens dom av den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28-01, *Kommissionen mot Tyskland*, REU 2003 s. I- 3609, p. 58, samt av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, *Stadt Halle*, REU 2005, s. I-1, p. 46.

Bedömning

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp som uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att blanda samman myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen.

Södertörns högskola är en sådan upphandlande myndighet som är skyldig att följa LOU. Av utredningen framgår att högskolan i mitten av november 2011 köpt konsulttjänster i form av projektledning för ett förändrings- och utvecklingsarbete direkt från det privata företaget *The Synthetic Family*. Det kontrakt som då tecknades mellan parterna avser en period av minst sex månader, men har tydligen tillämpats enbart under november 2011 för avrop strax under direktupphandlingsgränsen på c:a 288.000 kronor. För tiden herefter har högskolan tillgodosett sitt behov av dessa tjänster genom påstådda avrop på det sedan tidigare centralt upphandlade Ramavtalet avseende IT-konsulttjänster, där *The Synthetic Family* istället kommit att föras in som underleverantör till den befintliga ramavtalsleverantören Cybercom. Värdet av högskolans på detta sätt direkta och indirekta beställningar från *The Synthetic Family* uppgår i vart fall till c:a 4 miljoner kronor. Den beskrivna handläggningen föranleder följande kritiska synpunkter.

- (I) Eftersom Södertörns högskola tidigare under redovisningsåret 2011 direktupphandlat organisationskonsulttjänster från bl.a. Ohlssons för vart fall 143.000 kronor kom värdegränsen för direktupphandling att överskridas när myndigheten i november detta år även direktupphandlade samma slags tjänster från *The Synthetic Family* för 280.000 kronor. Lagliga förutsättningar för att återropa direktupphandling från *The Synthetic Family* på grund av lågt värde har således inte förelegat. Någon ensamrätt, icke egenförvällad brådska eller andra synnerliga skäl som skulle kunna återopas som grund för högskolans direkttilldelning till *The Synthetic Family* har heller inte visats föreligga. Redan tillkomsten av högskolans första avtal med detta bolag från november 2011 strider således mot LOU.
- (II) Det statliga Ramavtalet avseende IT-konsulttjänster, där Södertörns högskola utgör en avropsberättigad myndighet, har utformats och annonserats för att gälla IT-tjänster inom tjänstekategori 7, *databehandlingstjänster och därmed sammanhängande tjänster*, med vissa särskilt angivna CPV-koder. Ramavtalet omfattar därmed inte *organisationskonsulttjänster och därmed sammanhängande tjänster*, eftersom de hänför sig till en annan tjänstekategori (kategori 11). Det har sålunda inte varit möjligt att på Ramavtalet avropa även sådana tjänster. Det aktuella förfarandet, där Södertörns högskola med uppgivna ramavtalsavrop från Cybercom har fortsatt att tillgodose sitt behov av tjänster från *The Synthetic Family* utgör därigenom ett nytt kontrakt och en ny upphandling, vilken med hänsyn till de aktuella avropens storlek rätteligen skulle ha upphandlats i ett annonserat förfarande enligt LOU. Genom att istället köpa aktuella organisationskonsulttjänster under återopande av IT-konsultavtalet har högskolan brutit mot upphandlingslagen och det bakomliggande klassiska upphandlingsdirektivet. Företag som i konkurrens med *The Synthetic Family* på marknaden tillhandahåller organisationskonsulttjänster har härigenom aldrig givits möjlighet att komma ifråga för anbudsgivning.

Sammantaget har Södertörns högskola brutit mot LOU och unionsrättens grundläggande principer om framförallt likabehandling och öppenhet (transparens) genom att först otillåtet direkttilldela *The Synthetic Family* ett avtal om att tillhandahålla högskolan med organisationskonsulttjänster. Sedan det framstått som uppenbart att värdegränsen för direktupphandling skulle komma att överskridas i detta avtal har högskolan istället övergått till ett konstruerat förfarande där Ramavtalet med Cybercom kommit att utnyttjas för aktuella leveranser från *The Synthetic Family*, trots att Ramavtalet inte omfattar organisationskonsulttjänster. Konkurrensen på området för dessa och dylika tjänster har härigenom snedvridits samtidigt som förtroendet för Södertörns högskola som upphandlare har undergrävt.