

PM 2 2014-10.21 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom otillåten direktupphandling .

Flens kommun har under åberopande av ensamrätt köpt pedagogiska konsulttjänster direkt från ett privat företag för i vart fall 920.000 kronor.

Flens kommun (nedan Kommunen) har med JN Partnership Ltd, UK (nedan JN Partnership),¹ tecknat ett såsom ”VISIBLE LEARNING BOOKING TERMS AND CONDITIONS” rubricerat kontrakt (nedan Avtalet) avseende pedagogiska konsulttjänster innefattande ”Visible Learning”. Avtalet är odaterat men har enligt uppgift från Kommunen undertecknats den 23 mars 2014.²

Enligt vad Kommunen uppgivit beslutades internt, inom det s.k. skolprojektet, den 17 april 2013 att Kommunen skulle anlita Challenging Learning (som är en bifirma för JN Partnership) för konsulttjänster inom Visible Learning. Under hösten 2013 anordnades en inledande föreläsning varefter det aktuella utbildningspaketets omfattning fastställdes. Avtalet skrevs under av Kommunen och JN Partnership den 25 mars 2014 och avser perioden till och med slutet av 2015.

Visible Learning plus är en metod som har utvecklats av professor John Hattie³ vid University of Melbourne, AU. Hans bok *Visible learning*⁴ innefattar en metastudie om vad som påverkar elevers studieresultat. Forskningsresultatet har i Sverige fått ett stort genomslag samtidigt som det framförts kritik om att John Hatties analyser tillmätts för stor betydelse.⁵

Något annonserat förfarande har inte föregått Avtalet, vilket istället tillkommit genom direktupphandling. Som underlag för beslutet att direktupphandla Avtalet har Kommunen åberopat⁶ ett intyg utställt den 18 december 2013 av Cognition Education Ltd, (NZ) enligt vilket JN Partnership har förvärvat licensrättigheten i bl.a. Sverige till ”Visible Learning plus” och som enda företag därmed är auktoriserat att leverera ”Visible Learning plus”.⁷

Upphandlingens aktuella kontraktsvärde kan uppskattas till i vart fall 920.000 kronor i fast ersättning jämte tillägg för extra utbildning med 35.000 kronor per heldag och 25.000 kronor per halvdag, samtliga priser exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms).

Gällande rätt

Offentlig upphandling regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU. Bestämmelserna 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).⁸

Lagen är såvitt något särskilt 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 lagens bestämmelser omfattar bl.a. kommuner, som i lagen anges som ”*upphandlande myndigheter*”. Företag, eller grupper av företag, som på marknaden tillhandahåller aktuella tjänster utgör ”*leverantörer*” vilka

¹ JN Partnership Ltd. är ett brittiskt bolag med svensk registrering, 502071-8408.

² E-postmeddelande från Kommunen till Konkurrenskommissionen den 5 september 2014.

³ John Hattie är professor i pedagogik och chef för Melbourne Education Research Institute vid University of Melbourne, Australien samt hedersprofessor vid University of Auckland, Nya Zeeland.

⁴ Professor John Hatties bok *Visible learning - A synthesis of over 800 meta-analyses relating to achievement*, (Routledge 2009) finns även i svensk översättning, *Synligt lärande för lärare* (Natur och kultur 2012).

⁵ Se bl.a. professor Claes Nilholms artikel ”*Det är dags att kritiskt granska John Hattie*” i Pedagogiska magasinet nr 4/13.

⁶ E-postmeddelande från Kommunen till Konkurrenskommissionen den 8 september 2014.

⁷ ”Visible Learning plus” är såvitt kunnat förstås varukännetecken för pedagogiska tjänster vilka utvecklats utifrån de publikationer och den metastudie som genomförts av professor John Hattie enligt redovisningen ovan. Rättighetsinnehavare till denna metod uppges vara Cognition Education Ltd, (NZ).

⁸ 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 (ÅLOU), 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).

ska lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud (s.k. anbudsansökan).⁹ Den nationella tillsynen över offentlig upphandling utövas av Konkurrensverket.

Tjänster för undervisning och utbildning (CPV 80000000), inkluderat speciella undervisningstjänster (CPV 80340000) och personalutbildning (CPV 80511000)¹⁰ utgör sådana s.k. B-tjänster, kategori 24 enligt bilaga 3 till LOU, som oavsett värdet¹¹ ska upphandlas enligt de icke direktivstyrda bestämmelser som följer av 15 kap. LOU. Upphandling enligt detta kapitel ska normalt utlysas i ett annonserat förfarande genom antingen *förenklad upphandling* eller *urvalsupphandling*. *Direktupphandling*, där den upphandlande myndigheten utan föregående annonsering vänder sig direkt till vissa leverantörer, tillåts förekomma endast undantagsvis, vid vissa i lagen särskilt angivna förutsättningar (se vidare nedan).

Frågan om grunderna för vilka anbud som ska antas är central för syftet att uppnå en icke-diskriminerande upphandling och att säkerställa den lagliga efterlevnaden av EU-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet och rörlighet mellan medlemsstaterna. Vilka bestämmelser i lagen som ska tillämpas beror ytterst på förutsättningarna för avtalet. Dock ska som huvudregel alltid EU-fördragets¹² grundläggande bestämmelser om etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster liksom unionsrättens principer om bland annat *likabehandling och icke-diskriminering* samt *öppenhet (transparens)* tillämpas på kontraktstilldelningen.

Av principen om *likabehandling och icke-diskriminering* följer att alla leverantörer ska ges så lika förutsättningar som möjligt. Alla måste t.ex. få relevant information vid samma tillfälle och på lika villkor. Vissa leverantörer får inte gynnas framför andra.

Med principen om *öppenhet (transparens)* avses främst myndigheternas skyldighet att lämna information om sina upphandlingar och det praktiska tillvägagångssättet vid dessa samt rätten för leverantörer att kunna få tillgång till sådan information, så att de i förväg kan sätta sig in i vad som gäller för upphandlingen. Upphandlande myndigheter är exempelvis skyldiga att tillkännage sina anskaffningar på ett sätt som med hänsyn till anskaffningens omfattning och art lämnar möjlighet till konkurrens och inte hindrar handeln mellan medlemsstaterna (samhandelsrekvisitet).¹³ Det måste av anbudsförutsättningarna vidare framgå vilka krav och kriterier som ska tillmätas betydelse vid anbudsprövning och tilldelningsvärdering samt på vilket sätt detta ska gå till.

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.¹⁴ Vidare får enligt 15 kap. 3 § andra stycket jämförd med 4 kap. 5 § första stycket 2 LOU en upphandlande myndighet använda direktupphandling (utan föregående annonsering) vid tilldelning av kontrakt som avser bl.a. tjänster som på grund av *ensamrätt* kan fullgöras endast av en viss leverantör. Den omständigheten att en upphandlande myndighet tror sig veta att enbart viss leverantör

⁹ Se 2 kap. 11 § LOU.

¹⁰ 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.

¹¹ Vid kontraktsvärdeberäkningen ska enligt 15 kap. 3 a § LOU värdet av det kontrakt som upphandlats uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Förekommande options- och förlängningsklausuler ska beaktas som om de utnyttjats.

¹² EU-fördragen består sedan den 1 december 2009 av Fördraget om Europeiska unionen (FEU), Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) samt Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (Stadgan). De grundläggande principer som här avses följer av avdelningarna II och IV FEU om fri rörlighet av varor och tjänster.

¹³ Det s.k. *samhandelsrekvisitet* har i EU-domstolens fasta praxis givits en tämligen vidsträckt tolkning. Rekvisitet ska anses uppfyllt om det ”med tillräcklig grad av sannolikhet, på grundval av rättsliga eller faktiska omständigheter, kan förutses att avtalet i fråga direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt kan inverka på handelsflödet mellan medlemsstater, på ett sådant sätt att det kan komma att hindra förverkligandet av en gemensam marknad mellan medlemsstaterna”, se EU-domstolens dom av den 11 juli 1985 i mål 42/84, *Remia m.fl. mot kommissionen*, REG 1985, s. 2545, p. 22. För liknande bedömningar, se även domstolens avgöranden den 18 juni 1998 i mål C-35/96, *kommissionen mot Italien*, REG 1998, s. I-3851, p. 48 samt den 17 oktober 1972 i mål 8/72, *Vereeniging van Cementhandelaren mot kommissionen*, REG 1972, s. 977, p. 29. Se även prop. 2003/04:80, s. 44.

¹⁴ Se 1 kap. 7 § LOU.

rent faktiskt kan komma ifråga för leverans av aktuella tjänster (s.k. *faktisk ensam situation*) medför dock inte ensamrätt enligt LOU¹⁵ utan med ensamrätt avses i lagens och det klassiska upphandlingsdirektivets mening en lag- eller författningsstadgad civil rättighet att exklusivt tillhandahålla en viss vara eller tjänst.¹⁶ Sådan ensamrätt kan exempelvis bestå av ett patent-, varumärkes- eller mönsterskydd eller av en upphovsrätt.¹⁷ Av lagförarbetena till upphovsrättslagen¹⁸ framgår dock att stil, manér eller arbetsmetoder inte i sig skyddas av någon upphovsrätt. Tillhandahållandet av en metod som bygger på en allmänt tillgänglig och publicerad forskning omfattas således som regel inte av ensamrätt medan den vetenskapliga publikation som ligger till grund för metoden mycket väl kan omfattas av en sådan rätt.¹⁹

Av svensk nationell och unionsrättslig praxis följer vidare att det inte är tillräckligt att den efterfrågade tjänsten är skyddad av en ensamrätt för att ensamrättsundantaget i LOU ska vara tillämpligt. För undantag enligt 4 kap. 5 § första stycket 2 LOU måste myndigheten även kunna visa att det inte är möjligt för någon annan leverantör att, på ett likvärdigt, objektiva godtagbart sätt (jfr. 6 kap. 4 § andra stycket LOU), komma i fråga för att lämna anbud på det aktuella uppdraget.²⁰ Det är således inte tillräckligt att den upphandlande myndigheten visar att den önskar köpa en viss tjänst som skyddas av ensamrätt utan det måste för att ensamrättsundantaget ska kunna göras tillämpligt röra sig om en tjänst för vilken det i princip inte föreligger något alternativt utbud eller konkurrens på marknaden.²¹

I det nya upphandlingsdirektiv²² som nyligen antagits av Europeiska parlamentet och rådet framgår av art. 32.2.b (iii) att ”*de undantag som angivits [i fråga om bl.a. ensamrätt] ska endast gälla när inget rimligt alternativ eller substitut finns och om avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstgjord begränsning av upphandlingsparametrarna*”.

Från svensk nationell praxis kan nämnas bl.a. följande avgöranden med betydelse för tolkningen av ensamrättsundantaget i LOU.

¹⁵ Se EU-domstolens dom av den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28/01, *kommissionen mot Tyskland*, REG 2003 s. I- 3609. I domen behandlas bl.a. en upphandling där en den centrala rättsfrågan var huruvida en upphandlande enhet kunnat lägga sin uppfattning att inga andra leverantörer rent faktiskt kan komma ifråga till grund för att underlåta infordran av anbud i konkurrens på den allmänna marknaden. Förbundsrepubliken Tyskland medgav att de i upphandlingsdirektivet stadgade villkoren för att underlåta anbudsinfordran från flera företag inte hade uppfyllts, men hänvisade till att den valda leverantören rent faktiskt var det enda företag som i praktiken kunde tilldelas kontraktet och att en ny upphandling inte skulle ändra detta förhållande (se p. 57). EU-domstolen, som emellertid inte fann att detta kunde utgöra tillräckligt skäl för att underlåta upphandling i konkurrens på den allmänna marknaden, uttalade bl.a. att ett förfarande som används på grund av att det föreligger skäl för undantag (i målet var det ett tekniskt skäl som åberopades) måste vara förenligt med de grundläggande principerna i gemenskapsrätten, särskilt icke-diskrimineringsprincipen och att ”*riskan för att denna princip åsidosätts är särskilt hög när en upphandlande myndighet beslutar att en viss upphandling inte ska ske i konkurrens*” (se pp. 62 och 63). Förbundsrepubliken Tyskland fälldes således av EU-domstolen för att ha åsidosatt det dåvarande upphandlingsdirektivet (92/50/EEG tjänsteupphandlingsdirektivet). Efter domstolens avgörande inledde EU-kommissionen ett nytt förfarande gentemot Förbundsrepubliken Tyskland i syfte att även framtvinga omedelbart upphörande av de avtal som tidigare hade tecknats i den kritiserade upphandlingen – se EU-domstolens dom av den 18 juli 2007 i mål C- 503/04, *kommissionen mot Tyskland*, REG 2007, s. I- 6153 samt EU-kommissionens pressmeddelanden av den 25 oktober 2004 (IP/04/1294) (och den 31 mars 2004 (IP/04/428)).

¹⁶ Av art. 31.1b i det klassiska upphandlingsdirektivet framgår att ensamrättsundantaget är tillämpligt ”[o]m kontraktet [...] med hänsyn till skydd av ensamrätt, endast kan tilldelas av endast en bestämt ekonomisk aktör”. Uttrycket ”skydd av ensamrätt@” som även förekommer i det ovan omtalade avgörandet *kommissionen mot Tyskland (C-20/01 och C-28/01)*, tycks således närmast syfta till situationer där en viss leverantör är den enda som kan utföra uppdraget på grund av att det föreligger ett legalt skydd för dennes rättigheter, som exempelvis ett patent eller upphovsrätt.

¹⁷ För dessa ensamrätter, se patentlagen (1967:837), Varumärkeslagen (2010:1877), mönsterskyddslagen (1970:485) samt lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk.

¹⁸ Se prop. 1960:17, samt SOU 1956:25, särskilt s. 66 f. och s. 99.

¹⁹ Se Olsson, Upphovsrättslagstiftningen - en kommentar, Norstedts Gula bibliotek (2009): ”*upphovsrätten är alltså i grunden ett formskydd och avser inte att ge något skydd för de fakta eller idéer som ett verk innehåller utan endast den speciella utformning som upphovsmannen har gett dem. Inom internationell rätt har detta kommit till uttryck t.ex. i artikel 9.2. i det s.k. TRIPS-avtalet och senast i artikel 2 i WIPO-fördraget om upphovsrätt (WCT). I den senare artikeln anges[...]: ”Copyright protection extends to expressions and not to ideas, procedures, methods of operation or mathematical concepts as such*”. Jfr. även SOU 2001: 3, s 263 f.

²⁰ 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*). Se även Rosén-Andersson m.fl, Lagen om offentlig upphandling- en kommentar, Norstedts Gula bibliotek (upplaga 1:1 – 2013), s 226 f.

²¹ Se bl.a. prop.1992/93:88, s. 77.

²² Europaparlamentets och rådets direktiv (2014/24/EU) av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling m.m.

I RÅ 2005 ref. 10 (*Ryanair*)²³ bedömde Högsta förvaltningsdomstolen (Regeringsrätten) lagligheten av en direkttilldelning avseende tjänster för marknadsföring av en kommun. Den upphandlande myndigheten, som var en kommun, hade bl.a. åberopat undantag för den ”ensamrättsliknande situation” som bestod i att den kontrakterade leverantören ensam trafikerade den lokala flygplatsen och att därigenom ingen annan kunde komma ifråga för att leverera sådana tjänster i form av reklam och information till flygresenärer som kommunen ville köpa. Högsta förvaltningsdomstolen påpekade att bestämmelsen om ensamrätt utgör ett undantag från huvudregeln om att tjänsteupphandling ska ske genom ett annonserat förfarande och att möjligheten till undantag ska tillämpas restriktivt (se nedan om *försiktighetsprincipen*). Av underinstansernas bedömning, som Högsta förvaltningsdomstolen hänvisar till, framgår att det anlitate flygbolaget inte kunde anses ha någon ensamrätt i lagens mening och att kommunen heller inte visat att det inte funnits någon annan leverantör som hade kunnat tillhandahålla reklamtjänster för marknadsföring av kommunen. Det var därför inte möjligt att direkttilldela kontraktet på grund av ensamrätt.

Kammarrätten i Stockholm har i ett avgörande från 2005²⁴ funnit att en *faktisk ensamsituation* eller ”de facto-monopol-situation” på marknaden för TV-distributionstjänster i det marksända nätet inte i sig inneburit sådan ensamrätt som medfört undantag för direkttilldelning. Vidare konstaterades att det inte visats att det inte funnits någon annan än den tillfrågade leverantören som hade kunnat tillhandahålla dylika nättjänster. I ett annat avgörande från 2013²⁵ har samma kammarrätt funnit att den omständigheten att det mellan parterna fanns ett bakomliggande *koncessionsavtal* avseende anslutning och leverans av fjärrvärme inte i sig innebar någon sådan ensamrätt som medförde undantag för direkttilldelning.

Förvaltningsrätten i Växjö har i ett icke lagakraftvunnet avgörande från 2013²⁶ funnit att en *nationellt fastställd ensamrätt/skyldighet* för den kontrakterade leverantören att ta emot inkommande samtal till nödnumret 112 varken innebar sådana tekniska skäl eller sådan ensamrätt att det skulle vara uteslutet för någon annan leverantör att utföra leveransen. Eftersom det i målet inte gjorts sannolikt att den aktuella tjänsten endast skulle kunna utföras av den kontrakterade leverantören kunde undantag jml. 4 kap. 5 § första stycket 2 LOU inte göras gällande.

Konkurrensverket har i ett tillsynsärende från 2009²⁷ bedömt att den åberopade *varulicens* som den kontrakterade leverantören hade för den efterfrågade produkten inte gick att jämställa med en sådan ensamrätt som avses i 4 kap. 5 § första stycket 2 LOU samt att det inte heller i övrigt varit omöjligt för den upphandlande myndighetens att i ett offentligt upphandlingsförfarande uppställa sådana krav som svarar mot det aktuella behovet. I avgörandet påpekas också att ett offentligt förfarande hade gjort det möjligt för andra leverantörer som agerar på marknaden att anpassa sina produkter för att svara mot myndighetens behov.

Vidare ska enligt den s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta rättspraxis²⁸ möjligheten till undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som ges i EU-fördragen inom området för offentlig upphandling tolkas restriktivt²⁹ och det ankommer på den som avser att åberopa ett undantag att bevisa att de särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt föreligger.³⁰ Den upphandlande myndigheten måste exempelvis kunna visa att de skäl som

²³ Högsta förvaltningsdomstolens dom av den 21 mars 2005 i mål 8466-03 (*Ryanair*), även refererat i RÅ 2005 ref. 10.

²⁴ Kammarrätten i Stockholms dom av den 21 februari 2005 i mål 2588-04 (*Teracom*).

²⁵ Kammarrätten i Stockholms dom av den 17 april 2013 i mål 1446-13 (*E.ON*), se även Förvaltningsrätten i Stockholms bakomliggande dom av den 13 februari 2013 i mål 25212-12.

²⁶ Förvaltningsrätten i Växjös dom av den 5 juli 2013 i de förenade målen 309--311-13 (*SOS-alarm*). Avgörandet har inte vunnit laga kraft. Kammarrätten i Jönköping har i beslut av den 13 augusti 2014 i målen 2257--2259-17, utan eget ställningstagande i sak, avvisat ansökan om överprövning såsom för sent inkommen.

²⁷ Konkurrensverkets beslut av den 6 oktober 2009 i ärende nr. 613/2008 (*Nybrobrunn*), s. 8.

²⁸ 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.

²⁹ 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.

³⁰ 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.

angivits för att motivera ensamrättsundantaget gjort det absolut nödvändigt att kontraktet tilldelas till den särskilda leverantören i fråga.³¹

I enlighet med den ovan angivna *likabehandlingsprincipen* och av 15 kap. 2 § jämförd med 6 kap. 4 § första stycket LOU ett generellt förbud för upphandlande myndigheter att 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 i 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*”.

Länsrätten i Hallands län har i ett avgörande från 2007³² funnit att ett obligatoriskt s.k. skall-krav där den upphandlande myndigheten hade beskrivit föremålet för upphandlingen så detaljrikt att endast ett visst patentskyddad fabrikat kunde komma ifråga stred mot (den dåvarande motsvarigheten till) 6 kap. 4 § första stycket LOU³³ och att några godtagbara skäl till en sådan ingående kravspecifisering inte visats i målet. Eftersom det i förfrågningsunderlaget även saknades uppgift om att även likvärdiga varor kunde komma ifråga ansågs upphandlingen strida mot angivna bestämmelser och principen om likabehandling.

Vid upphandling enligt LOU föreligger det som huvudregel en obligatorisk skyldighet för den upphandlande myndigheten att vid B-tjänstupphandling upprätta ett skriftligt förfrågningsunderlag och offentliggöra upphandlingen genom annons i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig eller annons i annan form som möjliggör en effektiv konkurrens.³⁴

Utöver det ovan redovisade ensamrättsundantaget föreligger dock jml. 15 kap. 3 § LOU jämförd med 4 kap. 5-8 §§ undantag från denna annonseringsskyldighet om något av följande förutsättningar är uppfyllda.

- värdet av det som ska upphandlas har *lågt värde* – d.v.s. under 284.631 kronor, motsvarande högst 15 procent³⁵ av gällande tröskelvärde (juni 2014)³⁶ - eller om det föreligger *synnerliga skäl*,³⁷
- det föreligger *synnerliga skäl* såsom *synnerlig brådskande* 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 kan levereras av endast en viss leverantör,
- upphandlingen gäller vissa nödvändiga och brådskande kompletterande tjänster, eller
- 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.

Undantaget vid *synnerlig brådskande*³⁸ förutsätter att det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör att det inte är

³¹ EU-domstolens dom i det ovan angivna målet *Kommissionen mot Italien II* (C-57/94) p. 24.

³² Se Länsrätten i Hallands dom av den 12 mars 2007 i mål 304-07 (*Kiddes*). Avgörandet överklagades inte.

³³ Motsvarande reglering med avseende på förbud mot anvisning av visst varumärke m.m. fanns vid den aktuella tidpunkten i 6 kap. 3 § ÄLOU.

³⁴ Se 15 kap. 4 § LOU.

³⁵ För upphandling som påbörjats efter den 1 juli 2014 har värdegränsen numera höjts till 28 procent av tröskelvärdet.

³⁶ Se 15 kap. 3 § LOU i lydelse mellan den 15 juli 2010 och den 31 juni 2014, enligt vilken värdegränsen för *direktupphandling* uppgår till 15 procent av gällande tröskelvärde. Det aktuella tröskelvärdet uppgår sedan den 1 januari 2014 till 1.806.427 kronor - se regeringens tillkännagivande (2014:5) av tröskelvärden vid offentlig upphandling. Under 2013 uppgick motsvarande tröskelvärde till *1 897 540 kronor* enligt regeringens tillkännagivande (2011:575).

³⁷ Möjligheten till undantag vid *lågt värde* eller vid *synnerliga skäl* kan i fråga om varukontrakt endast tillämpas vid upphandling under tröskelvärdet, som genomförs enligt de nationella bestämmelserna i 15 kap. LOU.

³⁸ Se 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU jämförd med 15 kap. 3 § LOU.

möjligt att hålla tidsfristerna vid ett annonserat förfarande.³⁹ Av specialmotiveringen i lagförarbetena framgår bl.a. att ”sådana omständigheter som är hänförliga till den upphandlande myndigheten torde inte vara omöjliga att förutse för myndigheten”.⁴⁰ En egenförvällad brådska som kan ha uppkommit till följd av exempelvis bristande planering hos den upphandlande myndigheten grundar således inte någon rätt till direkttilldelning enligt bestämmelsen.

Enligt den ovan angivna s.k. *försiktighetsprincipen*²⁹ ska även dessa undantagsmöjligheter tolkas restriktivt³⁰ och det ankommer på den upphandlande myndigheten att bevisa att de särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt föreligger.³¹ och ³²

Enligt 16 kap. 13 § LOU ska⁴¹ allmän förvaltningsdomstol på talan av skadelidande leverantör besluta att ett avtal som har slutits direkt mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt om avtalet har slutits utan föregående annonsering och något undantag från kravet på annonsering inte visas föreligga.⁴² Sådan talan om ogiltighet måste dock, enligt 16 kap. 17 § LOU, väckas inom sex månader från det att avtalet slöts.

Allmän förvaltningsdomstol kan på talan av Konkurrensverket även besluta att en särskild *upphandlingsskadeavgift* ska betalas av den upphandlande myndighet som utan iakttagande av föreskrifterna om föregående annonsering i LOU har slutit avtal med en leverantör. Den aktuella straffavgiften ska enligt 17 kap. 4 § LOU uppgå till lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor. Avgiften får dock inte överstiga tio procent av det aktuella kontraktetsvärde. I rättspraxis har upphandlingsskadeavgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av aktuellt kontraktetsvärde.⁴³

Yttrande

Kommunen 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.

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.

Kommunen har som upphandlande myndighet att vid sina anskaffningar iaktta regelverket i LOU. Av utredningen framgår att Kommunen har direktupphandlat ett avtal med JN Partnership om köp av pedagogiska konsulttjänster för åtminstone 920.000 kronor.

Direktupphandling är ett i LOU infört undantagsförfarande som enligt den s.k. *försiktighetsprincipen* ska tillämpas restriktivt. Som framgår av ovan redovisade praxis ankommer det på Kommunen att om den vill göra gällande undantag på grund av ensamrätt även visa på att en sådan rätt

³⁹ 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 lagförarbetesuttalanden (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”.

⁴⁰ Se prop. 2006/07:128, s. 327.

⁴¹ Rätten kan jml. 16 kap. 16 § LOU även förordna om att ett avtal inte får fullgöras till dess att något annat har bestämts (interimistiskt förbud) men får enligt 16 kap. 16 § andra stycket LOU avstå från ett sådant interimistiskt förbud om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

⁴² Rätten får emellertid, enligt 16 kap. 14 § LOU, besluta att avtalet trots allt får bestå om det skulle föreligga någon tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Bevisbördan för sådant undantag åvilar den upphandlande myndigheten.

⁴³ Se bl.a. Kammarrätten i Stockholm mål nr 5426-12, 5427-12 respektive 5452-12, Kammarrätten i Göteborg mål nr 7009-12, Kammarrätten i Stockholm mål nr 1305-12, Förvaltningsrätten i Linköping mål nr 1785-13, Förvaltningsrätten i Stockholm mål nr 1271-12, 1273-12 och 1281-12, Förvaltningsrätten i Växjö mål nr 286-12, Förvaltningsrätten i Luleå mål nr 2166-11, Förvaltningsrätten i Göteborg mål nr 13115-12, Förvaltningsrätten i Falun mål nr 2643-12, Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr 2916-13, 22373-12, 2922-13 och 2987-13.

faktiskt föreligger och att detta även medför att det inte går att tillgodose Kommunens aktuella behov på något annat sätt än att köpa aktuella tjänster direkt från den tillfrågade leverantören.

Enligt vad som framkommit avser det aktuella avtalet B-tjänster över den gällande direktupphandlingsgränsen på c:a 285.000 kronor. Någon möjlighet till undantag för direktupphandling till följd av *lågt värde* föreligger därmed inte, utan upphandlingen skulle som huvudregel ha genomförts i ett annonserat förfarande enligt LOU.

Såvitt kunnat uppfattas har avtalet slutits under åberopande av ensamrätt till följd av en licens för JN Partnership att tillhandahålla tjänsten ”*Visible Learning plus*” exklusivt på den svenska marknaden. Med ensamrätt avses enligt LOU och det bakomliggande direktivet en legal rättighet såsom exempelvis upphovsrätt. De nu aktuella konsulttjänster som Kommunen har köpt direkt av JN Partnership bygger emellertid på allmänt tillgänglig och publicerad forskning av professor John Hattie. Även om denna forskning kan omfattas av upphovsrätt innebär detta inte att pedagogiska undervisningsmetoder m.m. som har utformats med ledning av John Hatties publikationer även omfattas av motsvarande ensamrätt. Ensamrätten för boken ”*Visible Learning*” innehas enligt vad som kunnat utredas heller inte av JN Partnership utan av de bokförlag som givit ut boken i originalspråk (Routledge) eller i svensk översättning (Natur och Kultur). Den ensamrätt som ligger i förlagsrätten, och i förekommande fall författarrätten, omfattar således det sammanställda litterära verket med dess delar av text och bilder och inte undervisningsmetoderna isolerade för sig. Den licens som Flens kommun kunnat åberopa till stöd för att JN Partnership skulle ha en legal ensamrätt hänför sig således närmast till varukännetecknet ”*Visible Learning plus*” och därtill anknutna tjänster. Den åberopade licensen medför således inte någon ensamrätt som utesluter möjligheten för även andra leverantörer att kunna tillhandahålla liknande eller alternativa pedagogiska metoder som påminner om eller bygger på John Hatties vetenskapliga arbete och boken ”*Visible Learning*”. Eftersom det enligt LOU inte är möjligt att utan att även tillåta att likvärdiga tjänster precisera föremålet för en upphandling genom hänvisning till exempelvis ett visst varumärke kan den åberopade licensen således heller inte utgöra grund för direktupphandling från JN Partnership.

Något annat i LOU förekommande undantag för direktupphandling har inte ens påståtts föreligga. Genom att således sluta avtal direkt med JN Partnership om köp av pedagogiska tjänster för i vart fall 920.000 kronor har Kommunen brutit mot LOU och de i lagen intagna kraven på likabehandling och transparens. Det finns därför anledning att rikta kritik mot Kommunen.