

PM 2 2008-12-10 SLUTLIG BEDÖMNING

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

Staten genom Försvarmakten har från ett privat företag köpt tjänster för en medarbetarundersökning för över 100 miljoner kronor, utan föregående infordran av konkurrerande anbud på marknaden.

Staten genom Försvarmakten (nedan Försvarmakten) har genom en serie kontrakt, vilka ingått under åren 2004 och 2005,¹ träffat avtal med Bikupan AB (nedan Bikupan) om köp av tjänster för löpande genomförande av en medarbetarundersökning bland Försvarmaktens anställda.

Bikupan är privatägt företag som har till föremål för sin verksamhet att "... bedriva förlags- och författarverksamhet och informationsteknik med särskild inriktning på forskning, utbildning och digital kommunikation samt bild, ljud- och databashantering och dokumentation, och därmed förenlig verksamhet".

Den aktuella medarbetarundersökningen innefattar utformning av frågeformulär, tryckkostnader, kommunikation kring extra frågor förbandsvis, formulering och registrering, kontroll av Försvarmaktens organisationsstruktur, samordning och kommunikation med kontakt- och stödpersoner (c:a 600 personer), populationsberäkning för bortfallsanalys, distribution och kontakter med samtliga militära förband, totalt 490 enheter, samt den militära underrättelsetjänsten (MUST), insamling efter kontroll, registrering, logiska och formella källkontroller, registrering av öppna svar, redovisningar av mättingsresultat, utarbetande av presentationsmaterial och skriftliga sammanfattningar i broschyrform, analys, rapportering till bland annat Försvarmakten. Avstämning av beslutade målnivåer, återkoppling och redovisning för förbandsledningar inklusive Högkvarteret och underrättelsetjänsten (MUST) samt deltagande i åtgärder på förbands- och avdelningsnivå.

Ett första "AVTAL avseende genomförande av forskningsuppdrag om kultur och värderingar inom Försvarmakten. Projektnamn 'värderingar som styrmedel'" tecknades mellan Försvarmakten och Bikupan den 8 juni 2004 jämte en kompletterande överenskommelse som undertecknades den 1 december 2004 (här gemensamt angivet som 2004 års avtal). Av avtalets projektbeskrivning (§ 4) framgår att uppdraget till Bikupan omfattar totalt fem faser, i följande ordning:

Fas 1: Planering och undersökningsdesign (Bik)

- Konstruktion av frågeformulär, manualer och samplingsförfarande (Bik)
- Produktion av guider och frågeformulär (Bik och FM tills)
- Underlag och genomförande av sample (Bik)
- Utbildning av intervjuare (Bik)

Fas 2: Operativt fältarbete

- Genomförande av djupintervjuer med [Försvarmaktens] personal: (FM med stöd av Bikupan)
- Intervjuerna renskrivs och levereras i wordfiler med två karakteristiker (extern kostnad, belastar FM) Bikupan arbetsleder och kvalitetssäkrar arbetet.
- Enkäterna utformas och trycks av Bikupan för registrering. Kostnaderna belastar FM utom registreringskostnaderna av enkäterna till de 300 djupintervjuade som ingår i Bikupans fasta arvode.
- Registret läggs upp i SPSS (Bik)
- Bortfallsanalys samt indexering av djupintervjuer genomförs av Bik
- Generation Gap-analys (jämförelser med Global Generation – databasens resultat på jämförbara frågor genomförs av Bik)

¹ De aktuella avtalen ingicks mellan Försvarmakten (FM) och Bikupan (Bik) den 8 juni 2004 och den 1 december 2004 (här gemensamt angivet som 2004 års avtal), den 5 oktober 2005 (här angivet som Forskningsavtalet) samt den 22 november 2005 (här angivet som Implementeringsavtalet).

- Upprättande av sökbara variabelförteckningar (Bik)
- Analysprotokoll

Fas 3: Analys (Bik)

- Kvantitativ och kvalitativ analys
- Upprättande av analysprotokoll, analyserna genomförs på ett flertal aggregationsnivåer och med olika analysmetoder. Djupintervjuerna "landas" i enkäterna så att högre generaliserbarhet kan erhållas.
- Sambandsmått testas. Faktor- och klusteranalyser genomförs för att finna olika subgrupper i de grupper som undersöks.

Fas 4: Syntes (Bik)

- Kort sammanfattning
- Återkoppling till projektägaren (FM) och samtliga interna grupper
- En skriven rapport som är projektägarens produceras
- Presentationsmaterial i form av PPT för intern och extern kommunikation.
- Som option: sammanfattande broschyr av resultaten

Fas 5: Implementering

(enligt "bilaga 1" till 2004 års avtal)

Vidare framgår av 2004 års avtal att faserna 1-4 skulle vara slutförda senast under januari månad 2005 samt att Försvarmakten därefter har option på att från Bikupan avropa även utförandet av fas 5 i projektet.²

Avtalsförhållandet har därefter kommit att kompletteras och ändras genom två nya kontrakt – "AVTAL avseende genomförande av forskningsuppdrag om kultur och värderingar inom Försvarmakten. Projektnamn 'värderingar som styrmedel – Forskning'" av den 5 oktober 2005 (nedan Forskningsavtalet), samt "AVTAL avseende genomförande av forskningsuppdrag om kultur och värderingar inom Försvarmakten. Projektnamn 'värderingar som styrmedel – Implementering'" av den 22 november 2005 (nedan Implementeringsavtalet) – varigenom bland annat avtalstiden har kommit att förlängas, från och med den 1 december 2005 tills vidare, dock längst till och med den 31 december 2008.³

Totalt omfattar den aktuella undersökningen c:a 20.000 personer, anställda inom Försvarmakten, inkluderat utlandsanställd personal, personal under utbildning samt reservofficerare. Avtalad ersättning motsvarar 1.000 kronor per försvarmaktsanställd och år, under totalt fem år (åren 2005-2008), varav medarbetarundersökningarna motsvarar 680 kronor per anställd och år.⁴ Priset innefattar samtliga kostnader för genomförda mätningar. I priset ingår även regelbundet genomförda jämförande undersökningar av attityden hos medborgare med tyngdpunkt på åldern 18-25 år (ca 4.000 personer per tillfälle, vid tre tillfällen) samt en longitudinell ungdomspanel om 300 personer (årlig).

Det aktuella avtalsförhållandet har ingåtts med Försvarmakten som avtalspart och föreliggande kontraktshandlingar har i samtliga fall undertecknats av företrädare för myndigheten. Genomgående i kontrakten anges Försvarmakten som "huvudman" eller "uppdragsgivare" för projektet.⁵ Försvarmakten ska vidare erlagga ersättning till Bikupan för utförda tjänster i enlighet med löpande (kvartalsvis)⁶ fakturering från bolaget.

Någon offentlig upphandling genom infordran av konkurrerande anbud har aldrig ägt rum. På Bikupans hemsida på Internet, www.Bikupan.se, förklaras detta med att det enligt det s.k. *FoU-*

² Optionen gällde till och med den 31 december 2005.

³ Se avsnitten "Avtalstid", § 3 i Forskningsavtalet samt § 2 i Implementeringsavtalet.

⁴ Angivna belopp redovisas på Bikupans hemsida på Internet, www.bikupan.se.

⁵ Se avsnitten "Projektstruktur": § 5 i 2004 års avtal, § 2 i Forskningsavtalet samt § 5 i Implementeringsavtalet (i de två tidigare avtalen anges Försvarmakten som "huvudman" för projektet medan myndigheten i det senare avtalet anges som "uppdragsgivare").

⁶ Se avsnitten "Fakturerings och betalning", § 7 i 2004 års avtal, § 9 i Forskningsavtalet samt § 8 i Implementeringsavtalet.

undantaget i 5 kap 1 § p.7 LOU (se vidare redovisningen av gällande rätt) föreligger undantag från kravet på offentlig upphandling vad gäller forskning.

Finansieringen av projektet har skett genom att Försvarsmakten tagit i anspråk kompetensutvecklingsmedel som finns avsatta för Försvarsmaktens verksamhet inom ramarna för det centrala löneavtalet för den statliga sektorn, RALS, bilaga 3.⁷

Den totala ersättning som Försvarsmakten ska betala till Bikupan uppgår enligt uppgift till 101,2 miljoner kronor för perioden 2005-2008.⁸ Med tillämpning av gällande beräkningsbestämmelser för offentlig upphandling (den s.k. fyraårsregeln)¹¹ utgör detta också det samlade s.k. *kontraktsvärdet* av den aktuella upphandlingen.

Någon ensamrätt som gör att enbart Bikupan kan komma i fråga för anbudsgivning avseende aktuella tjänster föreligger inte. Förutom Bikupan finns det på marknaden ett flertal sinsemellan konkurrerande leverantörer som skulle kunna ha kommit ifråga för anbudsgivning avseende Försvarsmaktens behov av medarbetarundersökning.

Gällande rätt

Offentlig upphandling som har påbörjats under perioden den 1 januari 1994 till och med den 31 december 2007⁹ regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU. Lagens bestämmelser bygger bland annat på Europeiska rådets direktiv 92/50/EG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster, det s.k. tjänsteupphandlingsdirektivet, och på de principer om bland annat likabehandling och icke-diskriminering samt öppenhet (transparens) som bär upp den centrala gemenskapsrätten.

Tjänster för genomförande av *sociala undersökningar* (CPV 74131600-2) jämte *resultatuppföljning* (CPV 74131400-0)¹⁰ utgör s.k. A-tjänster, kategori 10 enligt bilagan till LOU.

Upphandling ska av detta skäl genomföras enligt bestämmelserna i 1 kap. och 5 kap. LOU om det samlade s.k. kontraktsvärdet¹¹ överstiger tröskelvärdet 200.000 euro eller 1,845 miljoner kronor¹². Understiger kontraktsvärdet detta tröskelbelopp ska upphandlingen istället handläggas i enlighet med bestämmelserna i 6 kap. samma lag.

Enligt huvudregeln i 1 kap. 4 § LOU ska alla upphandlande enheter iaktta affärsmässighet och opartiskhet i sin inköpsverksamhet och därvid på bästa sätt utnyttja förefintlig konkurrens. Lagen bygger därvid på ett antal i EG-fördraget stadfästa principer som även kommer till uttryck genom

⁷ Ramavtal om löner m.m. för arbetstagare inom det statliga avtalsområdet (RALS) ingås för varje tidpunkt mellan staten genom Arbetsgivarverket och de centrala löntagarorganisationerna för den statliga sektorn (företrädda genom Offentliganställdas Förhandlings Råd, OFR, samt organisationerna SACO och SEKO). Inom ramen för RALS 2002 – 2004, bilaga 3 – ”Avtal om lokalt aktivt omställningsarbete” - ska arbetsgivaren avsätta 0,3 % av lönesumman för kompetensutvecklings- och kompetensväxlingsåtgärder eller andra ändamål om vilka lokala parter kan enas. Det långsiktiga syftet med åtgärderna ska vara ett aktivt omställningsarbete. För Försvarsmaktens vidkommande innebär detta att belopp om årligen 0,3 % av lönesumman för myndighetens samtliga anställda (vid en årlig avstämningstidpunkt) tills vidare ska avsättas för angivna ändamål. Medel ur RALS, bilaga 3 kan sedan tas i anspråk av Försvarsmakten (efter godkännande av berörda fackliga organisationer) för omställningsåtgärder i enlighet med avsättningarnas ändamål. Det förutsätts att arbetsgivaren och de lokala arbetstagarorganisationerna blir överens om hur medlen ska användas inom ramen för det angivna syftet. Formerna för samverkan regleras på det sätt som de lokala parterna finner lämpligt. Inga andra myndigheter än Försvarsmakten kan ta i anspråk medel ur RALS, bilaga 3 som har avsatts med utgångspunkt i lönesumman för Försvarsmaktens anställda. För närvarande (2004-2008) disponerar motsvarande Förband, skolor och centra inom Försvarsmakten 3.000 kronor per årsarbetskraft för åtgärder med kompetensutvecklande syfte. Se vidare: Försvarsmakten, HKV skr 2008-01-31, 16 316:60211 samt i VU 2008.

⁸ Uppgiften om avtalsförhållandets totalvärde hämtat från Bikupans hemsida på Internet, www.bikupan.se.

⁹ Se övergångsbestämmelserna i lagen (2007:1093) om upphävande av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

¹⁰ CPV eller *Common Procurement Vocabulary*, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom de europeiska gemenskaperna (EG-kommissionen, GD XV / B / 4). CPV klassificerar ca 6.000 varor och tjänster i ett åtta-ställigt kodsysteem. Tanken är att systemet ska ersätta de olika nationella klassifikationerna vid handeln inom såväl som mellan medlemsstaterna. - Se Europeiska parlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), vilken trädde i kraft den 12 december 2003 (numera ändrad genom en ny förordning, som trädde i kraft per den 13 september 2008).

¹¹ För upphandlingskontrakt som löper på obestämd tid ska enligt 5 kap. 7 §, första och sista stycket, LOU kontraktsvärdet beräknas till månadskostnaden multiplicerad med talet 48. Options- och förlängningsklausuler ska beaktas som om de utnyttjats.

¹² Tröskelvärde enligt förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling vid upphandlingar av varor och tjänster inom den klassiska sektorn, med giltighet under perioden från och med den 15 februari 2004 till och med den 1 januari 2006.

EG-direktiven om offentlig upphandling, däribland principerna om öppenhet (transparens)¹³ samt likabehandling (artiklarna 43 och 49 EG).¹⁴

Syftet med LOU jämte bakomliggande EG-direktiv och fördragsbestämmelser är att säkra att offentlig upphandling sker genom iakttagande av en effektiv konkurrens och att leverantörer och deras ansökningar och anbud behandlas på ett likvärdigt och förutsebart sätt. Reglerna är utformade bl.a. i syfte att försvåra möjligheterna att vid offentlig anskaffning gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt. Bestämmelserna medför också att skattebetalarna på sikt skyddas mot onödigt höga kostnader samt att korruption motverkas.

Skyldigheten att följa bestämmelserna i LOU åvilar ”myndigheter”, därmed avses samtliga statliga, kommunala och andra myndigheter samt beslutande församlingar i kommuner och landsting, vilka enligt lagens terminologi benämns som ”*upphandlande enheter*”¹⁵. Tillsynsmyndighet för offentlig upphandling var tidigare Nämnden för offentlig upphandling (NOU). Numera utövas tillsynen av Konkurrensverket.¹⁶

Hur upphandling ska genomföras regleras inom den s.k. klassiska sektorn¹⁷ för samtliga fall. Med ”*upphandling*” avses samtliga den upphandlande enhetens köp av varor tjänster eller byggentreprenader som sker från ett fristående rättssubjekt, såvitt lagen inte särskilt anger annat.¹⁸

Bestämmelserna i LOU är tvingande för upphandlande enheter. Regelverket behöver emellertid inte tillämpas vid upphandling av tjänster från en annan upphandlande enhet som på grund av lag eller annan författning, som är förenlig med Romfördraget, har ensamrätt (s.k. rättsligt monopol) på att utföra tjänsten (se 5 kap. 2 § LOU). Den omständigheten att en upphandlande enhet tror sig veta att enbart en viss leverantör rent faktiskt kan komma ifråga för leverans av aktuella tjänster (s.k. faktisk ensamsituation) medför däremot inte undantag från lagens huvudregel att upphandling ändå måste genomföras.¹⁹

Enligt det s.k. *FoU-undantaget* i 5 kap. 1 § andra stycket, punkten 7 behöver lagens bestämmelser inte heller tillämpas vid upphandling av tjänster i fråga om *forskning och utveckling* i andra fall än då tjänsten endast gäller den egna verksamheten och helt finansieras av den upphandlande enheten.²⁰ Undantag enligt bestämmelsen kan således komma ifråga enbart vid forsknings- och utvecklingstjänster som helt eller delvis avser annan än upphandlande enhetens egen verksamhet

¹³ ”Med transparens förstås främst skyldigheten för den upphandlande enheten att lämna information om upphandlingar och det praktiska tillvägagångssättet vid dessa samt rättigheter för leverantörer att få tillgång till denna information så att de i förväg känner till vilka rättigheter och skyldigheter som föreligger. Vilka åtgärder en upphandlande enhet kommer att vidta under upphandlingsprocessen, ska således vara förutsebara för leverantörerna” (Hentze och Sylvé, lagbokskommentaren, Norstedts, upplaga 1:2, sid. 15 f).

¹⁴ För närvarande regleras den offentliga upphandlingen av bl.a. tjänster 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 sedan 1 januari 2008 har implementerats genom införandet av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Det bakomliggande klassiska upphandlingsdirektivet trädde den 1 februari 2006 i kraft med för Sverige bindande s.k. direkt effekt. Äldre gemenskapsrättslig reglering, vilken legat till grund för 1992 års lag om offentlig upphandling, återfinns bl.a. i Europeiska rådets direktiv 92/50/EG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster (tjänsteupphandlingsdirektivet).

¹⁵ Se 1 kap. 6 § LOU. Med *upphandlande enhet* avses i LOU statliga och kommunala myndigheter. Vid tillämpningen ska med myndighet jämföras även beslutande församlingar i kommuner och landsting. Enligt 2007 års LOU benämns myndigheter och andra upphandlingsskyldiga organ inom den klassiska sektorn som *upphandlande myndigheter*. Termen *upphandlande enheter* är från och med den 1 januari 2008 således förbehållet enbart organ verksamma inom de s.k. försörjningssektorerna.

¹⁶ Från och med den första september 2007 övergick tillsynsansvaret avseende offentlig upphandlingen till Konkurrensverket.

¹⁷ Med ”klassiska sektorn” avses upphandling av varor, tjänster eller byggentreprenader som inte omfattas av specialregleringen för de s.k. försörjningssektorerna i 4 kap. LOU, vilka numera har överförts till lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster – LUF.

¹⁸ Se legaldefinitionen av upphandling i 1 kap. 5 § LOU första stycket punkten 1.

¹⁹ Av bl.a. EG-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, framgår att uppgivna ensamsituationer som inte grundas på legal ensamrätt inte medför undantag från skyldigheten att annonsera upphandlingen utan innefattar krav på att åtminstone den upphandlande enheten ska försöka att infordra konkurrerande anbud genom ett offentligt upphandlingsförfarande.

²⁰ Undantagsbestämmelsen i 5 kap. 1 § andra stycket, särskilt punkten 7 LOU lyder som följer: ”Bestämmelserna i detta kapitel skall inte tillämpas i fråga om [...] 7. forskning och utveckling i andra fall än då tjänsten endast gäller den egna verksamheten och helt finansieras av den upphandlande enheten”.

och dessutom delvis finansieras av någon annan än enheten själv. Omvänt (*e contrario*) omfattar möjligheten till undantag från LOU inte tjänster som avser enbart den upphandlande enhetens egen verksamhet eller som helt finansieras av enheten själv.

Vidare behöver de av EG-direktiv styrda bestämmelserna i 5 kap. LOU inte iakttas i fråga om upphandling av tjänster som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet eller som inte har civil användning och omfattas av artikel 296 i EG-fördraget.²¹ I sådana fall ska de nationella bestämmelserna i 6 kap. LOU tillämpas. Regeringen kan därvid föreskriva, eller i enskilda fall besluta om, undantag från kravet på annonsering och från övriga bestämmelser i lagen som är nödvändiga med hänsyn till försvars- och säkerhetspolitiska intressen.

Det framgår av fast rättspraxis från EG-domstolen²² att varje undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som ges i EG-fördraget inom området för offentlig upphandling ska tolkas restriktivt²³ och att det ankommer på den som avser att åberopa ett undantag att bevisa att de särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt föreligger.²⁴

Om anledning till undantag från LOU inte föreligger ska den upphandlande enheten annonsera sina upphandlingar. Annonseringsskyldighet föreligger oberoende av om upphandlingen ska handläggas enligt lagens av EG-direktiv styrda bestämmelser eller enligt det nationella regelverket (se 5 kap. 12 § eller 6 kap. 2 § första stycket samt 2 a § LOU).

Ett skriftligt förfrågningsunderlag ska upprättas och samtliga företag ("leverantörer") som tillhandahåller den efterfrågade sortens tjänster ska beredas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud ("anbudsansökan").

Vid tjänstepupphandling föreligger undantag från denna skyldighet enligt 5 kap. 17 och 19 §§ (förhandlad upphandling utan föregående annonsering) eller 6 kap. 2 § andra stycket (direktupphandling) samt 2 b § LOU (förenklad upphandling utan föregående annonsering), under följande förutsättningar:

- upphandlingens värde är lågt eller det föreligger synnerliga skäl såsom synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten,
- det har vid en annonserad upphandling inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud,
- det som skall upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras av endast en viss leverantör,
- upphandlingen gäller tilläggstjänster, eller
- upphandlingen gäller nya tjänster som består enbart av en upprepning av tjänster ingående i ett projekt som högst tre år tidigare varit föremål för upphandling enligt lagen om offentlig upphandling.

Enligt EG-fördraget gäller vidare en allmän princip om likabehandling. Fördraget har genom 2 § lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen, giltighet som svensk lag. Inför Sveriges medlemskap i den Europeiska unionen uttalade regeringen bl.a. följande:

Den i Romfördraget centrala likabehandlingsprincipen återfinns bl.a. i artikel 6 om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet. Andra uttryckliga likabehandlingsprinciper återfinns i artikel 40 tredje stycket i

²¹ Enligt artikel 296 EG får varje medlemsstat vidta åtgärder, som den anser nödvändiga för att skydda sina väsentliga säkerhetsintressen i fråga om tillverkning av eller handel med vapen, ammunition och krigsmateriel. Sådana åtgärder får emellertid inte försämra konkurrensvillkoren på den gemensamma marknaden vad gäller varor som inte är avsedda speciellt för militärändamål, se även EG-domstolens dom av den 16 september 1999 i mål C-414/97, *kommissionen mot Spanien*, REG 1999, s. I-5585.

²² Från senare rättspraxis, se EG-domstolens dom av den 2 oktober 2008 i målet C 157/06, *kommissionen mot Italien*, REG 2008 s. I-0000, p. 23.

²³ Avseende kravet på restriktiv tolkning, se vidare EG-domstolens avgöranden den 17 november 1993 i mål C-71/92, *kommissionen mot Spanien*, REG 1993, s. I-5923, den 3 maj 1994 i mål C-328/92, *Kommissionen mot Spanien II*, REG 1994, s. I-1569 samt den 18 maj 1995 i mål C-57/94, *Kommissionen mot Italien II*, REG 1995, s. I-1249.

²⁴ Avseende bevisbördans placering, se vidare EG-domstolens dom den 10 mars 1987 i mål C-199/85, *Kommissionen mot Italien*, REG 1987, s. 1039, den 3 maj 1994 i mål C-328/92, *Kommissionen mot Spanien II*, REG 1994, s. I-1569 samt den 18 maj 1995 i mål C-57/94, *Kommissionen mot Italien II*, REG 1995, s. I-1249. Från senare års praxis, se även domstolens dom den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28-01, *Kommissionen mot Tyskland*, REG 2003 s. I- 3609, p. 58, samt dom den 11 januari 2005 i mål C-26/03, *Stadt Halle*, REG 2005, s. I-1, p. 46.

Romfördraget angående likabehandling mellan producenter och konsumenter inom den gemensamma jordbrukspolitiken samt i artikel 119 i Romfördraget när det gäller lika lön för kvinnor och män. EG-domstolen har dock slagit fast att det inom gemenskapsrätten gäller en allmän likabehandlingsprincip, utöver de uttryckliga bestämmelser som återfinns i fördragen.²⁵

Den allmänna likabehandlingsprincipen ska förstås så att en medlemsstats myndigheter inte får särbehandla eller otillbörligt gynna vissa (t.ex. inhemska) leverantörer framför andra vid bland annat handel inom den offentliga sektorn.

Yttrande

Försvarsmakten har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anfört följande. Inför det formella beslutet att sätta igång projektet "Värderingar som styrmedel" informerades Försvarsmakten av bland andra Arbetsgivarverket att flera andra statliga myndigheter genomfört liknande projekt i form av forskningsuppdrag och därvid ingått avtal med företaget Bikupan AB, utan genomförande av upphandling.²⁶

Försvarsmakten bedömde därför att det förelåg möjlighet att göra undantag från lagen om offentlig upphandling, dels då det redan i samband med uppstart av projektet bestämts att arbetet i projektet skulle vila på vetenskaplig grund och genomföras som ett forskningsuppdrag som inte uteslutande skulle vara till nytta för Försvarsmakten, dels då projektet skulle finansieras av medel som Försvarsmakten inte ensam ägde förfoga över (jfr 5 kap 1 § andra stycket punkt 7 LOU). När det gäller avtalet avseende implementering som tecknades 2005 ska vidare nämnas att Bikupan hade ensamrätt till det underlag som undersökningarna givit upphov till och som implementeringen skulle bygga på. Beträffande detta avtal bedömdes det att det därmed fanns möjlighet att teckna avtal direkt med Bikupan även med hänvisning till 5 kap 17 § första stycket punkt 1 LOU.

Försvarsmakten har inte kunnat finna någon närmare vägledning för vad som i LOU avses med begreppet forskning. När myndigheten beslutade om det aktuella projektet som ett forskningsprojekt baserades beslutet bland annat på den så kallade *Frascatimanualen*.²⁷ Denna manual är en etablerad vägledning för vad som kan anses utgöra forskning och utveckling och används bland annat av Statistiska centralbyrån. I manualen förs ett omfattande resonemang om vad som kan anses utgöra forskning och utveckling och om hur man kan dra gränsen mot annan verksamhet. Enligt manualen kan den typ av undersökningar Bikupan fått i uppdrag att utföra hänföras till "tillämpad forskning" medan den del av uppdraget som avser implementering av resultaten kan hänföras till "experimentell utveckling".

Sammanfattningsvis är Försvarsmakten av uppfattningen att den definition av forskning och utveckling som återfinns i manualen stämmer väl överens med det arbete som Försvarsmakten har velat genomföra. Försvarsmakten uppfattar vidare skrivningen i 5 kap 1 § andra stycket, punkt 7 LOU så att undantaget är tillämpligt om det kan visas dels att det är fråga om forskning eller utveckling, dels att aktuella tjänster även kommer andra än den upphandlande enheten till godo eller att tjänsterna inte helt finansieras av den upphandlande enheten.

Bedömning

²⁵ Se prop. 1994/95:19 del 1 sid. 478.

²⁶ Redan från början var tanken att andra myndigheter skulle kunna dra nytta av det resultat och de erfarenheter Försvarsmakten erhöll under genomförande av projektet "Värderingar som styrmedel". Detta framgår bland annat av avtalen från 2005. Med Arbetsgivarverket som sammanhållande myndighet bildades redan under 2004 en arbetsgrupp med namnet "Nätverk för kårmyndigheter och värdegrundsarbete" där metoder och resultat diskuterades. Gruppen bestod av representanter från Rikspolisstyrelsen, Kustbevakningen, Tullverket, Statens Räddningsverk och Försvarsmakten. Försvarsmakten har vidare under åren vid en stor mängd tillfällen redovisat myndighetens värdegrundsarbete och resultatet av projektet för andra myndigheter och organisationer.

²⁷ Frascati manual, Proposed standard for surveys on research and experimental development, 6:e uppl, OECD, 2002.

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.

Försvarsmakten är i sin egenskap av central statlig myndighet en sådan *upphandlande enhet* som är skyldig att iaktta bestämmelserna i LOU. Myndigheten har under 2004 och 2005 tecknat en serie kontrakt med Bikupan om köp av sociala undersökningstjänster jämte resultatuppföljning avseende löpande medarbetarundersökning kallad "Värderingar som styrmedel".

Av tillgängliga kontrakt och övrig utredning i ärendet framgår att Försvarsmakten har beställt aktuella tjänster från Bikupan och av bolaget faktureras löpande. Det är således fråga om en upphandling i lagens mening, där Försvarsmakten är köpare.

Avtalsförhållandet mellan Försvarsmakten och Bikupan innefattar tjänster till ett så högt sammanlagt kontraktsvärde att som huvudregel de av EG-direktiv styrda bestämmelserna i 1 kap. och 5 kap. LOU ska tillämpas.

Ätminstone ska med hänsyn till bestämmelserna för försvarsupphandling i 1 kap. 3 § LOU de nationella bestämmelserna i 6 kap. samma lag iaktas. Någon föreskrift eller beslut av regeringen som helt undantar den aktuella upphandlingen från kravet på annonsering eller från någon annan föreskrift enligt LOU har inte visats föreligga. I sammanhanget bör påpekas att Arbetsgivarverket, på sätt som i yttrandet har åberopats av Försvarsmakten, inte har något mandat att dispensera upphandlande enheter från kraven på upphandling enligt LOU.

Den upphandlade undersökningen avser förhållanden inom Försvarsmaktens egen verksamhet och projektet har finansierats genom aktivering av för myndigheten särskilt reserverade kompetensutvecklingsmedel inom ramarna för det statliga löneavtalet (RALS, bilaga 3). Möjlighet till undantag från kravet på offentlig upphandling enligt det s.k. *FoU-undantaget* i 5 kap. 1 § p. 7 LOU föreligger därmed inte. Den tolkning av FoU-undantaget som Försvarsmakten redovisar i sitt yttrande till Konkurrenskommissionen överensstämmer inte med lagtextens ordalydelse och stöds inte av några anslutande rättskällor, såsom lagförarbeten eller praxis.²⁰ Möjligheten till undantag ska enligt fast rättspraxis vidare tolkas restriktivt och att det ankommer på Försvarsmakten att i det aktuella fallet visa att sådana särskilda omständigheter som motiverar undantag från ett ordinarie upphandlingsförfarande faktiskt föreligger.

Bikupan är inte någon upphandlande enhet och har inte något rättsligt monopol på att tillhandahålla aktuella tjänster, varför skäl till undantag enligt 5 kap. 2 § LOU inte föreligger.

Ett skriftligt upphandlingsunderlag skulle därför ha upprättats och upphandlingen skulle ha annonserats i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT), varigenom även andra leverantörer än Bikupan skulle ha beretts lika möjlighet att lämna konkurrerande anbud.

Synnerlig brådskas, orsakad av omständigheter som inte har kunnat förutses och inte heller beror på Försvarsmakten har såvitt visats inte förelegat. Någon tidigare konkurrensupphandling har inte genomförts och det har vare sig varit fråga om tilläggsbeställningar eller upprepningsarbeten av tidigare offentligt upphandlande tjänster. Det har heller inte varit så att aktuella tjänster för Försvarsmaktens medarbetarundersökning av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras enbart av Bikupan. Den omständigheten att vissa rättigheter för bolaget har kunnat uppkomma under arbetets gång fritar inte Försvarsmakten från att redan i samband med 2004 års avtal konkurrensutsätta det aktuella uppdraget genom upphandling enligt LOU.

Inget av de i lagen om offentlig upphandling förekommande undantagen från kraven på upphandling i konkurrens på den allmänna marknaden har således varit tillämpligt i det aktuella fallet. Upphandling skulle därför ha genomförts i enlighet med i vart fall de nationella bestämmelser som finns införda i 6 kap. LOU.

Försvarsmaktens kontrakt med Bikupan strider av detta skäl mot gällande bestämmelser om offentlig upphandling. Den för LOU jämte bakomliggande EG-direktiv centrala lika-behandlingsprincipen har därmed åsidosatts samtidigt som förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden för sociala undersökningar jämte resultatuppföljning har snedvridits.