

PM 2 2023-06-14 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom otillåten direkttilldelning.

Ett kommunalt energibolag har beslutat köpa organisatoriska konsulttjänster direkt från ett privat företag för c:a 8 miljoner kronor, utan föregående annonserad anbudsinfordran.

Skellefteå Kraft AB (nedan Skellefteå Kraft) är ett av Skellefteå kommun helägt bolag som är verksamt inom området för energiproduktion m.m.¹ Den 9 februari 2023² beslutade bolaget att sluta avtal direkt med ett privat företag (nedan Konsultföretaget) om köp av konsulttjänster för företags- och organisationsrådgivning samt företagsutveckling.³ Någon annonserad anbudsinfordran har aldrig genomförts, utan avtalet har tecknats med Konsultföretaget genom direkt tilldelning.⁴ I ett meddelande om frivillig förhandsinsyn,⁴ som publicerades den 21 februari 2023, motiveras detta med att:

- *inga anbud eller inga lämpliga anbud/anbudsansökningar som svar på ett förfarande med en föregående anbudsinfordran,*
- *kontraktet avser endast forsknings-, experiment-, studie- eller utvecklingsändamål, i enlighet med villkoren i direktivet, samt att*
- *tjänsterna kan endast tillhandahållas/utföras av en viss anbudsgivare av följande skäl: Skydd av ensamrätt, inklusive immateriella rättigheter.*

I meddelandet om frivillig förhandsinsyn anges vidare bland annat följande.

*”Skellefteå Kraft har gjort en marknadsanalys som visade att det endast finns en leverantör på marknaden som kan leverera ovan definierat behov. [XX-modellen] ägs, förvaltas och utvecklas av [Konsultföretaget] modellen är namnskyddad och upphovsrättskyddad. Modellstödande tjänster kan endast utföras av [Konsultföretaget]. Skellefteå Kraft avser att anlita [Konsultföretaget] då de äger och utvecklar [XX-modellen] samt är ensamma på marknaden om att utbilda inom senaste versionen av [XX-modellen] och har lång erfarenhet av liknande införande på andra företag. Mot bakgrund av ovan kommer Skellefteå Kraft att genomföra ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt LUF (2016:1146) 6 kap. 7§ punkt 2 och 3”.*⁵

Till skillnad från vad Kommunen angivit till grund för direktupphandling kan något tidigare annonserat förfarande med föregående anbudsinfordran av aktuella tjänster inte återfinnas, varken som publicerad i en nationellt registrerad databas eller i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED.⁶

¹ Skellefteå Kraftaktiebolag, org.nr. 556016-2561, bildades den 8 juni 1918 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 2 oktober samma år; Nuvarande firma registrerades 23 oktober 1957. Tidigare firma har varit Gumboda elektriska aktiebolag. Bolaget agerar även under registrerad bifirma: Lycksele Energi, Storuman Värme, skekraft och Skellefteå Energi Underhåll. Gällande bolagsordning antogs av bolaget den 24 oktober 2019 och godkändes av kommunfullmäktige i Skellefteå den 19 december samma år. Enligt denna bolagsordning har bolaget till föremål för sin verksamhet att ”.. köpa, producera och distribuera energi, äga och förvalta fast och lös egendom samt bygga och förvalta infrastruktur för tele- och datakommunikation med därtill hörande verksamheter. Bolaget ska också i kommunens ställe svara för anläggande och tillhandahållande av telenät i enlighet med aktuella förordningar. Syftet med verksamheten är att främja Skellefteå kommuns utveckling dels genom att långsiktigt trygga regionens energiförsörjning, skapa en bra infrastruktur inom områdena energi, tele- och datakommunikation, samt tillföra kapital och affärskompetens till regionen. Verksamheten ska bedrivas enligt affärsmässiga principer”. Bolaget ägs av Skellefteå kommun och ingår i en ”fiktiv koncern” bestående av den kommunala förvaltningen Skellefteå Kraftverk (som ”moderföretag”) och underkoncernen Skellefteå Kraftaktiebolag med dotterbolag.

² Se det nedan under fotnot 4 anmärkta meddelandet/annonsen om upphandling, punkten V.2.1.

³ Se det nedan under fotnot 4 anmärkta meddelandet/annonsen om upphandling, punkten II.2.2.

⁴ Meddelandet ”Sverige-Skellefteå: Diverse företagstjänster 2023/S 037-108301 Meddelande om frivillig förhandsinsyn Tjänster” som skickades den 16 februari 2023 till Europeiska kommissionen för publicering den 21 februari 2023 i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och databasen TED. Annonseringen har skett enligt det. s.k. LUF-direktivet (2014/25/EU).

⁵ Se Meddelandet, punkten IV.1.1 ”Typ av förfarande”.

⁶ Tenders Electronic Daily (TED) är en unionsrättslig annonsdatabas för publicering av sådana upphandlingsmeddelanden som skickas till Europeiska unionens publikationsbyrå (OPOCE) – jfr. 10 kap. 1 § LUF jämförd med 2 § upphandlingsförordningen (2016:1162).

Tillfrågad härom har ansvarig upphandlare vid Skellefteå Kraft svarat⁷ följande.

”I annonseringsverktyget som används i upphandlingsverktyget TendSign⁸ var detta ett tvingande fält att fylla i för att gå vidare. Det fanns två alternativ och ingen av dessa stämde överens med vårt förfarande. På grund av detta var jag i dialog med TendSign som informerade om att det inte gick att ändra. Då detta var omöjligt så försökte jag förklara så gott jag kunde i den frivilliga förhandsinsynen att ingen upphandling är gjord samt att inget avtal var/är tecknat ännu, men att möjligheten till att en upphandling kunde publiceras var möjlig vid önskemål om det. Även förfarandet ‘Förhandlat förfarande utan föregående anbudsinfördran’ var angivet i annonsen. Den frivilliga förhandsinsynen skickades ut som en möjlighet för intressenter att ‘klaga’ på om de var av annan uppfattning än att bara [Konsultföretaget] kunde tillhandahålla tjänsten. Hade någon ‘klagan’ inkommit hade en upphandling utförts enligt korrekt förfarande enligt LUF, vilket också är angivet annonsen”.

På fråga om vilken marknadsanalys som visat att det endast finns en leverantör på marknaden som kan leverera bolagets definierade behov har Skellefteå Kraft svarat⁷ följande.

- *Nyttjanderätt med tillhörande verktyg kan endast tillhandahållas av [Konsultföretaget].*
- *Utbildning inom [XX-modellen] tillhandahålls endast av konsulter från [Konsultföretaget].*
- *[Konsultföretaget] äger [XX-modellen] (modellen är [Konsultföretagets] varumärke) och är den enda organisation som kan certifiera och diplomera i [XX-modellen].*
- *Kombinationen av utbildning och alltid tillgång till den senaste versionen av modell och metodstöd samt ett säkerställande av konsultkunskap av aktuell version.*
- *[Konsultföretaget] säkerställer kontinuerligt [XX-kompetens] hos sina konsulter – ej personberoende.*
- *För Skellefteå Kraft är det viktigt att samverkansmodellen täcker både utveckling och förvaltning genom portföljstyrning - därmed är de senare versionerna av [XX-modellen] relevant för uppdraget.*
- *De har en metod för att etablera [XX-modellen], ett standardiserat arbets sätt för implementering och lång erfarenhet av att implementera [XX-modellen] i liknande organisationer.*
- *Den frivilliga förhandsinsynen skickades ut som en del av marknadsanalysen – marknaden fick 10 dagar på sig att klaga, vilket ingen gjort.*
- *Annan upphandlande myndighet/enhet har gjort en liknande förhandsannons gällande detta”.*

Upphandlingens samlade kontraktvärde kan med ledning av vad som anges i Meddelandet uppskattas till 8 miljoner kronor.⁹

Rättslig reglering

Med *upphandling* avses här förfarandet till och med tilldelning av kontrakt med ekonomiska villkor som har slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande enheter som avser bland annat tillhandahållande av tjänster och varor mot ersättning.¹⁰

Upphandling som genomförs av företag och organisationer verksamma inom bland annat energisektorn regleras genom lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna - LUF. Bestämmelserna är en följd av bland annat kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet enligt artiklarna 18, 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) samt det s.k. LUF-direktivet (2014/25/EU)¹¹ och syftar till att skapa lika konkurrensförutsättningar och att motverka korrup tion.¹²

Lagen är tillämplig på åtgärder som vidtas i syfte att anskaffa bland annat varor och tjänster genom tilldelning av kontrakt. Kommunala företag med verksamhet inom energisektorn utgör *upphandlande enheter* som obligatoriskt har att följa lagens bestämmelser.¹³

⁷ E-postmeddelande, ”SV: Begäran om utlämnande av allmänna handlingar”, skickat av Skellefteå Kraft den 13 mars 2023.

⁸ TendSign är en svensk nationell annonsdatabas som är registrerad enligt lagen (2019:668) om upphandlingsstatistik – jfr. 10 kap. 6 a § alternativt 19a kap. 8 § LUF jämförda med 10 § upphandlingsförordningen (2016:1162).

⁹ Meddelandet om frivillig förhandsinsyn, punkten II.1.7 ”Upphandlingens totala värde (exkl. moms)”, av vilken framgår att avtalets uppskattade värde uppgår till c:a 2 miljoner kronor per år samt att avtal ska ingås med en giltighetstid i 2 år och därpå följande förlängningsoptioner om 1+1 år.

¹⁰ 1 kap. 2 och 14 § LUF.

¹¹ Europaparlamentets och Rådets direktiv (2014/25/EU) om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster – även kallat LUF-direktivet.

¹² Se bland annat betänkandet SOU 2018:44, avsnitt 7, ”Ett regelverk som motverkar korrup tion”, s. 233 ff. jämte där angivna rättskällor.

¹³ Se legaldefinitionen av upphandlande enhet i 1 kap. 22 § LUF.

Regelverket utgår från ett antal grundläggande principer som, oavsett val av förfarande, ska iakttagas vid upphandling.¹⁴ Av dessa följer att alla leverantörer¹⁵ ska behandlas likvärdigt och ges lika möjlighet till sådan insyn (öppenhet) att de i konkurrens med varandra kan lämna anbud på samma villkor.

Samtliga leverantörer ska vidare ges samma relevanta information vid samma tillfälle.¹⁶ Lagen har även en förtydligande bestämmelse om att en upphandling inte får utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.¹⁷ Enligt vad Högsta förvaltningsdomstolen uttalat i HFD 2012 ref. 48 är det nämligen en av det upphandlingsrättsliga regelverkets viktigaste funktioner att säkerställa leverantörernas lika förutsättningar att kunna lämna konkurrenskraftiga anbud.

För att vissa leverantörer inte ska gynnas eller missgynnas får enligt 9 kap. 6 § LUF de tekniska specifikationerna för en upphandling som regel inte innefatta hänvisningar till visst fabrikat, ursprung eller framställningssätt, som karakteriserar varor eller tjänster som tillhandahålls av en viss leverantör, eller till visst varumärke, patent eller typ, ursprung, eller tillverkning. Sådana hänvisningar får endast komma i fråga om det annars inte är möjligt att på ett tillräckligt tydligt sätt beskriva det som ska anskaffas, och ska i så fall alltid följas av orden ”eller likvärdigt”. Den upphandlande enheten ska därför upprätta ett skriftligt underlag med en objektiv beskrivning av de funktioner som den önskar uppnå med den efterfrågade tjänsten, samt lämna möjlighet till alternativa utföranden med likvärdigt resultat.¹⁸

Upphandling av tjänster för företags- och organisationsrådgivning (CPV 79410000)¹⁹ samt konsulttjänster för företagsutveckling (CPV 79411100) ska, om det samlade kontraktsvärdet²⁰ överstiger tröskelvärdet 4.483.865 kronor,²¹ genomföras med iakttagande av de direktivstyrda förfarandebestämmelserna i 1-18 kap. LUF.

Som regel ska upphandlingen genomföras med annonserad anbudsinfordran, där alla leverantörer ges lika möjlighet för att lämna anbud.²²

Lagens bestämmelser behöver inte tillämpas på upphandling som gäller vissa *forsknings- och utvecklingstjänster*.²³ De tjänster som omfattas av undantaget är i lagen dock särskilt specificerade²⁴ och innefattar varken tjänster för företags- och organisationsrådgivning eller annan företagsutveckling. Dessutom krävs att resultatet av tjänsterna ska komma även annan än den upphandlande enheten till del samt också delvis finansieras av någon annan.

¹⁴ Se 4 kap. 1 § LUF samt justitierådet Nords särskilda tillägg i HFD 2018 ref. 60.

¹⁵ *Leverantörer* är enligt 1 kap. 15 § LUF företag som är verksamma med att på marknaden tillhandahålla bl.a. tjänster.

¹⁶ Prop. 2006/07:128, s 132, samt EU-domstolens domar i *Succhi di Frutta* (C-496/99), EU:C:2004:236, pp. 108-111, *SIAC Construction* (C-19/00) EU:C:2001:553, p. 42 och i *Cartiera dell'Adda* (C-42/13) EU:C:2014:2345, p. 44, se även domstolens avgörande i *Connexion Taxi* (C-171/15) EU:C:2016:948, pp. 39 och 40.

¹⁷ Se 4 kap. 2 § LUF.

¹⁸ För ”Upphandling av patenterad tjänst”, se vidare: www.upphandlingsmyndigheten.se/frageportalen/1591548/patent-zyjy/.

¹⁹ CPV, eller *Common Procurement Vocabulary*, är fastställt som ett gemensamt klassifikationssystem inom Europeiska unionen – se 4 kap. 19 § LOU samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), i lydelsen enligt Europeiska kommissionens förordning (EG) nr 213/2008.

²⁰ Det samlade kontraktsvärdet ska enligt 5 kap. 1 § LUF bestämmas till det totala belopp som enligt den upphandlande enhetens uppskattning ska betalas enligt det eller de kontrakt som ingår i upphandlingen. Förekommande options- och förlängningsklausuler samt eventuella premier och andra ersättningar som den upphandlande enheten planerar att betala ska räknas in i värdet, som om de hade utnyttjats. Värdet ska bestämmas exklusive mervärdesskatt.

²¹ Vad som vid varje tidpunkt utgör *tröskelvärdet* fastställs av EU-kommissionen och tillkännages enligt 5 kap. 1 § LUF löpande av regeringen i Svensk författningssamling. Tröskelvärdet för upphandling av varor och tjänster inom försörjningssektorerna uppgår sedan den 1 januari 2022 till 4.483.865 kronor – se regeringens tillkännagivande (2022:190) om tröskelvärdet vid offentlig upphandling.

²² En annons om anbudsinfordran ska enligt 10 kap. 1 § LOU jämförd med 2 § upphandlingsförordningen (2016:1152) skickas för publicering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED.

²³ Se det s.k. *FoU-undantaget* i 1 kap. 5 § LUF.

²⁴ Tjänster som omfattas av FoU-undantaget i 1 kap. 5 § LUF är rena forskningstjänster (CPV 73000000 - 73120000), planering och genomförande av forskning och utveckling (CPV 73300000), förberedande genomförbarhetsstudie och teknisk demonstration (CPV 73420000) samt test och utvärdering (CPV 73430000). För dessa tjänster är lagen endast tillämplig om resultaten uteslutande tillkommer den upphandlande enheten i den egna verksamheten, och den tillhandahållna tjänsten betalas helt av den upphandlande enheten.

Lagen behöver överhuvudtaget heller inte tillämpas på tjänstekontrakt som en upphandlande enhet tilldelar en upphandlande myndighet som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt att utföra tjänsten.²⁵

*Direkt tilldelning*²⁶ av tjänstekontrakt där den upphandlande enheten, utan föregående publikt annonseringsförfarande tillåts vända sig direkt till viss leverantör, får endast komma ifråga vid följande i lagen särskilt angivna undantagsfall.

- Anskaffningen är *absolut nödvändig* och det föreligger en *synnerlig brådska* som gör det omöjligt att hålla de tidsfrister som gäller vid ett annonserat förfarande,²⁷
- det har vid en tidigare genomförd annonserad upphandling *inte lämnats några lämpliga anbud*, eller enbart *ogiltiga eller oacceptabla* anbud,²⁸
- upphandlingen gäller endast anskaffning för forsknings-, experiment-, studie- eller utvecklingsändamål²⁹
- syftet med upphandlingen är att skapa eller förvärva ett *unik konstverk eller konstnärlig prestation*.³⁰
- det av *tekniska skäl inte finns någon konkurrens*, eller det som ska anskaffas *skyddas av ensamrätt* och därför endast kan tillhandahållas av en viss leverantör,³¹
- upphandlingen gäller vissa nödvändiga och brådskande kompletterande tjänster,³² eller
- 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 uppskattningen av värdet av det ursprungliga projektet.³²

Undantagen för ensamrätt och tekniska skäl begränsas till sådana objektiva omständigheter där det inte finns några rimliga alternativ. Av lagförarbetena framgår bland annat följande.

*”Av andra stycket [i 6 kap. 7 § LUF] framgår under vilka förutsättningar undantagen i första stycket 2 [om tekniska skäl] och 3 [om ensamrätt] får tillämpas. Dels krävs att det inte finns några rimliga alternativ, dels att denna situation inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen. Med detta avses att den upphandlande myndigheten inte själv skapat bristen på konkurrens genom att utforma förutsättningarna för upphandlingen på så sätt att bara en viss leverantör kan komma ifråga.”*³³

I skäl 61 till LUF-direktivet¹¹ anges härutöver bl.a. följande.

”Med hänsyn till de skadliga effekterna på konkurrensen bör förhandlade förfaranden utan föregående anbudsinfördran endast användas under mycket exceptionella omständigheter. Undantaget bör begränsas till fall då offentliggörande antingen är omöjligt, på grund av synnerlig brådska till följd av omständigheter som den upphandlande enheten inte har kunnat förutse och som inte kan tillskrivas den, eller där det redan från början står klart att offentliggörandet inte kommer att leda till ökad konkurrens eller bättre upphandlingsresultat, inte minst därför att det objektivt sett endast finns en ekonomisk aktör som kan fullgöra kontraktet. [...] Upphandlande enheter som åberopar detta undantag bör motivera varför det inte finns några rimliga alternativ eller andra möjliga utvägar, såsom att använda alternativa distributionskanaler [...]. Om den exklusiva situationen har uppstått av tekniska skäl bör de definieras och motiveras ytterst noggrant från fall till fall. Det kan exempelvis röra sig om att det är tekniskt nära nog omöjligt för en annan ekonomisk aktör att uppnå erforderlig fullgörandenivå eller att det är nödvändigt att använda specifik kunskap eller specifika verktyg eller medel som endast en ekonomisk aktör har [...]”

²⁵ 1 kap. 9 § LUF.

²⁶ Med *direkt tilldelning* avses här ett *förhandlat förfarande utan föregående annonsering* enligt 6 kap. 5-12 § LUF, vilket skiljer sig från *direktupphandling* som enligt 19 a kap. samma lag endast kan komma ifråga vid upphandling under tröskelvärdena.

²⁷ 6 kap. 8 § LUF. För undantag krävs att det ska föreligga yttre, oförutsebara omständigheter som varken kan tillskrivas eller har kunnat förutses av den upphandlande enheten och som har gjort det omöjligt att hålla de tidsfrister som gäller vid ett ordinarie annonserat förfarande (inklusive påskyndat förfarande). Enligt 11 kap. 10 § LUF får en annonserad upphandling genomföras i ett *påskyndat förfarande* med en minsta anbudsfrist på 15 dagar, varvid det i så fall inte kan anses föreligga någon synnerlig brådska.

²⁸ 6 kap. 5 och 6 § LUF.

²⁹ 6 kap. 9 § LUF. Kontraktet får i så fall inte omfatta tillverkning i kvantiteter som är ägnade att åstadkomma lönsamhet eller att täcka forsknings- och utvecklingskostnader, och tilldelningen av kontraktet får inte påverka efterföljande konkurrensutsatt upphandling avsedd särskilt för sådana ändamål.

³⁰ 6 kap. 7 § första stycket 1 LUF.

³¹ 6 kap. 7 § första stycket 2 (tekniska skäl) eller 3 (ensamrätt) LUF.

³² 6 kap. 10-12 § LUF.

³³ Prop. 2015/16:195, s. 998.

Vid återopande av *ensamrätt* eller *tekniska skäl* måste den upphandlande enheten således kunna visa att det inte finns något rimligt alternativ och att avsaknaden av befintlig konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av upphandlingsförutsättningarna.³⁴ Enheten ska även kunna visa att de skäl som motiverar undantaget gjort det absolut nödvändigt att tilldela kontraktet till den valda leverantören.³⁵ Den omständigheten att enheten tror sig veta att endast viss leverantör rent faktiskt kan komma ifråga för aktuella leveranser (s.k. *faktisk ensamsituation*) medför dock inte undantag från huvudregeln att en annonserad upphandling ändå ska genomföras.³⁶

Enligt en allmänt gällande *försiktighetsprincip* ska varje undantag från de regler som säkerställer effektiviteten av regelverket för offentlig upphandling tolkas restriktivt och bevisbördan för sådana särskilda omständigheter som motiverar undantaget ankommer på den upphandlande enheten att visa.³⁷

En upphandling som annonserats genom frivillig förhandsinsyn kan endast angripas genom ordinarie rättsmedel (rättelse/omgörelse eller ogiltighet av avtal). Ansökan om ett sådant ingripande ska ges in inom en frist av tio dagar räknad från det att annonsen publicerats, därefter finns det inte längre möjlighet att föra sådan talan.³⁸

Domstol kan dock på talan av Konkurrensverket besluta att en särskild *upphandlingsskadeavgift* ska betalas av den upphandlande enheten.³⁹ En sådan straffavgift ska beräknas till lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor, dock inte mer än tio procent av det aktuella kontraktets värde.⁴⁰ Talan om upphandlingsskadeavgift ska vara väckt inom sex månader från lagakraftvunnen dom om avtalsogiltighet eller i annat fall senast ett år från den tidpunkt då avtalet slöts.⁴¹ Därefter kan talan heller inte längre prövas.

Yttrande

Skellefteå Kraft 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.

Slutlig 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.

Skellefteå Kraft är som upphandlande enhet skyldig att vid sina anskaffningar iakttå regelverket i LOU. Av utredningen framgår att bolaget har beslutat köpa organisatoriska tjänster direkt från Konsultföretaget. Eftersom det rör sig om ett tjänstekontrakt över tröskelvärdet ska upphandlingen genomföras med iakttagande av de direktivstyrda förfarandebestämmelserna i 1-18 kap. LOU. Som huvudregel ska anbudsinfordran därmed ske genom annonsering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED. Undantag från kravet på annonsering kan endast komma ifråga vid särskilda i lagen angivna omständigheter, som det ankommer på Skellefteå Kraft att visa.

³⁴ Jfr. 4 kap. 2 § LUF.

³⁵ EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-57/94) EU:C:1995:150, p. 24.

³⁶ Se bl.a. EU-domstolens dom i de förenade målen *kommissionen mot Tyskland* (C-20/01 och C-28/01) EU:C:2003:220.

³⁷ Se EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-157/06) EU:C:2008:530, p. 23 samt HFD 2017 ref. 66 med där anmärkta rättsfall.

³⁸ 20 kap. 3 § och 15 § första stycket 3 LUF.

³⁹ 21 kap. 1 § första stycket 3 LUF.

⁴⁰ 21 kap. 4 § LUF. I rättspraxis har dylika avgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av aktuellt kontraktsvärde.

⁴¹ 21 kap. 7 § LUF.

I meddelandet om frivillig förhandsinsyn åberopar Skellefteå Kraft undantag på grund av att det vid en föregående anbudsinfordran inte kommit in några anbud eller några lämpliga anbud/anbudsansökningar. Detta stämmer emellertid inte, eftersom någon sådan tidigare annonserad upphandling inte finns. Förklaringen, att upphandlingsverktyget TendSign ändå skulle ha anvisat denna undantagsgrund, förefaller märklig men ytterst svarar Skellefteå Kraft själv för att de upplysningar som bolaget lämnar i sina publika upphandlingsmeddelanden stämmer överens med verkligheten.

Vidare anges att det aktuella kontraktet avser endast forsknings-, experiment-, studie- eller utvecklingsändamål, som i enlighet med villkoren i direktivet skulle vara undantagna från upphandlingsskyldighet. Inte heller detta stämmer eftersom företags- och organisationsrådgivning överhuvudtaget inte omfattas av möjlighet till sådant s.k. FoU-undantag. Såvitt framkommit ska resultatet av tjänsterna inte heller komma annan än Skellefteå Kraft till del eller delfinansieras av någon extern aktör, vilket krävs för att undantaget ska kunna komma ifråga

Slutligen åberopas undantag på grund av ensamrätt, eftersom Konsultföretaget äger och förvaltar den metod, här kallad XX-modellen, som Skellefteå Kraft vill ha. Den åberopade ensamrätten synes därmed bero på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen, där Skellefteå Kraft själv har skapat bristen på konkurrens genom att definiera sitt behov till den av Konsultföretaget ägda XX-modellen. Även om metoden skulle vara namnskyddad och upphovsrättskyddad i sig medför detta inte skäl till undantag. LUF innehåller tvärtom ett explicit förbud mot att i den tekniska beskrivningen för en upphandling hänvisa till ett visst varumärke eller patent, utan att i så fall även andra likvärdiga utföranden eller lösningar ska kunna komma ifråga.

Skellefteå Kraft verkar totalt ha missuppfattat regelverket för frivillig förhandsinsyn när man hänvisar till att meddelandet har skickats ut som en möjlighet för intressenter att "klaga" om de var av annan uppfattning än att bara Konsultföretaget kunde tillhandahålla tjänsten. Förfarandet med förhandsinsyn innebär emellertid inte någon sådan inbjudan till dialog, utan information om att en tilldelning på visst sätt redan har beslutats. Den som vill klaga på detta ska således inte vända sig till den upphandlande enheten utan måste inom en frist av tio dagar väcka talan vid allmän förvaltningsdomstol, med det extra arbete och särskilda kostnader detta kan innebära.

Sammanfattningsvis kan Skellefteå Kraft inte underlåta att genomföra ett annonserat upphandlingsförfarande enbart utifrån att man vill köpa en viss namn- eller upphovsrättskyddad produkt eller metod. Bolaget ska istället upprätta ett skriftligt upphandlingsdokument med en beskrivning av vilka funktioner som ska uppnås med den efterfrågade tjänsten. Om beskrivningen hänför sig till ett visst patent, varumärke eller dylikt ska det genom tillägg av orden "eller likvärdigt" även framgå att också alternativa utföranden kan komma ifråga om de ger ett likvärdigt resultat.

Det är i det aktuella fallet svårt att se varför enbart just den metod som Konsultföretaget har att erbjuda kan komma ifråga för anbudsgivning. På marknaden för företags- och organisationsrådgivning / företagsutveckling finns det ett flertal andra, konkurrerande företag med sinsemellan olika metoder som rimligen borde ha kunnat komma ifråga för anbudsgivning.

De omständigheter som Skellefteå Kraft har angivit till grund för direkttilldelning har antingen inte visat sig stämma eller medför sådan konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen som strider mot det grundläggande kravet på likabehandling. Det finns därmed anledning att rikta allvarlig kritik mot Skellefteå Kraft, som på detta sätt snedvridit konkurrensen på marknaden för företagsorganisatoriska konsulttjänster.

Om Konkurrensverket väljer att ingripa mot förfarandet riskerar Skellefteå Kraft att tvingas betala upphandlingsskadeavgift – som är ett slags böter – med upp till c:a 560.000 kronor, motsvarande sju procent av det aktuella kontraktsvärdet.