

PM 1 2024-05-02 PRELIMINÄR BEDÖMNING

**Fråga om snedvridning av konkurrensen genom otillåten direkttilldelning.**

*En kommun har – under föregivande av att den förvärvar ett unikt konstverk – beslutat köpa tjänster för att understödja samarbete mellan skola och näringsliv direkt från en lokal leverantör, utan föregående annonserad anbudsinfordran.*

Upplands Väsby kommun (nedan Kommunen) tecknade den 1 mars 2024 ett avtal direkt med Väsby Promotion ideell förening (nedan Väsby Promotion)<sup>1</sup> om köp av tjänster för samarbete mellan skola och näringsliv (nedan Avtalet).<sup>2</sup>

Väsby Promotion är enligt uppgift på sin egen hemsida<sup>3</sup> en fristående ideell förening som ägs och finansieras av sina medlemmar, stora och små företag, föreningar och offentlig verksamhet. Föreningen arbetar för att skapa bästa tänkbara förutsättningar för företagande och entreprenörskap i Väsby genom att erbjuda en mötesplats och ett nätverk för idé- och affärsutbyte, kunskap och påverkan, men också genom att fungera som företagets representant i näringslivs- och utvecklingsfrågor i Upplands Väsby.

Av Avtalet framgår bland annat följande.

”Uppdraget innebär att stärka och höja kompetensen bland lärare, studie- och yrkesvägledare och elever för att få aktuell och väl underbyggd kunskap som underlag för dialog och val kring studie- och yrkesvalet.

Målgrupp är i första hand elever i årskurs åtta.

Material ska utformas i dialog med en arbetsgrupp bestående av leverantören och representanter för olika skolhuvudmän i kommunen. Även former för kvalitativ uppföljning av insatsen ska utföras i denna dialog.

Leverantören ska verka för att informera och uppmuntra företagen i kommunen att ha ett öppet sinne gentemot framtidens arbetskraft för att underlätta samarbete mellan näringsliv och skola.”

För dessa tjänster ska Kommunen betala Väsby Promotion 275.000 kronor per år under perioden den 1 mars 2024 till och med den 28 februari 2027 (tre år).

Någon annonserad anbudsinfordran har aldrig genomförts utan Avtalet har slutits direkt mellan Kommunen och Väsby Promotion. Enligt ett meddelande om frivillig förhandsinsyn<sup>4</sup> som publicerades den 20 februari 2024 i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED avser upphandlingen ”*diverse företags- och övriga tjänster*” (CPV 79900000).<sup>5</sup> Vidare framgår att upphandlingen handläggs som en *direktupphandling* samt att valet av förfarande grundar sig på att ”*Kontraktet kan endast tillhandahållas av en viss ekonomisk aktör på grund av skapande eller förvärv av ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation*”.<sup>6</sup> Härutöver anges följande.

”Upplands Väsby kommun har för avsikt att skriva avtal med Väsby Promotion gällande ett uppdrag om samarbete mellan skolor och kommunens näringsliv. Kommunen bedömer att Väsby Promotion i dagsläget är den enda organisationen i kommunen som har det kontaktnät, den erfarenhet och den kapacitet som krävs för att leverera tjänsten under den angivna tidsperioden. Om ingen av de organisationer/företag som får information om detta hör av sig senast 2024-02-23 för att visa intresse av att själv lämna anbud på uppdraget kommer avtal att skrivas den 1 mars 2024. För frågor om avtalet kontakta upphandlingschef [...] antingen via Kommers eller mejl [...]”

<sup>1</sup> Föreningen Upplands Väsby Promotion (814800-3950) är en ideell förening som enligt egen uppgift startades i mars 1998. Enligt senast tillgängliga årsredovisningshandlingar omsatte föreningen 7.507.096 kronor. Av detta har Kommunen betalat 1.842.121 kronor för köp av tjänster m.m. (842.121 kr.) samt som föreningsbidrag (1.000.000 kr.).

<sup>2</sup> Se ”Avtal om samarbete skola-näringsliv” som undertecknades av parterna – Kommunen respektive Väsby Promotion – den 1 mars 2024.

<sup>3</sup> Hemsidan: [www.vasbypromotion.se](http://www.vasbypromotion.se).

<sup>4</sup> Meddelande jml. 19 a kap. 9 § LOU (Meddelandet) ”Sverige: Diverse företags- och övriga tjänster Frivillig förhandsinsyn skola - näringsliv Sverige, Stockholms län (SE110)” som skickades den 16 februari 2024 till Europeiska kommissionen för publicering den 20 februari 2024 i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och databasen TED.

<sup>5</sup> Se Meddelandet, punkten 2.1.1 ”Föremålet för upphandlingen”.

<sup>6</sup> Se Meddelandet, punkten 6, *Resultat*”.

”Information om uppdraget En attraktiv skola där eleverna uppnår sin fulla potential och når godkända betyg är viktigt för varje individs möjligheter att skapa bra framtid men också en viktig del för att öka hela Väsby attraktivitet som kommun att bo och verka i. Upplands Väsby kommun arbetar för att utveckla kontakterna mellan skola och näringsliv både vad gäller grundskola och gymnasium, oberoende av huvudman.

I Upplands Väsby driver kommunen och näringslivet ett gemensamt näringslivsutvecklingsarbete utifrån den näringslivsstrategi som kommunfullmäktige lagt fast.

Kompetens, utbildning och arbetsmarknad är ett av fem fokusområden i strategin. För att trygga kompetensförsörjningen för företagen har skolan en nyckelroll. Ett nära samarbete mellan skola och näringsliv som innebär att eleverna får kunskap om och förståelse för vilka kompetenser som efterfrågas och få vägledning att välja utbildningsväg är mycket viktigt.

Vision Upplands Väsby kommun ska vara en föregångare i landet när det gäller samverkan mellan skola och näringsliv. Varje elev ska ha god kännedom om den framtida arbetsmarknaden och hur det lokala kompetensbehovet ser ut.

Det övergripande målet är skapa former för ett nära samarbete mellan näringsliv och skola för att öka kunskap och förståelse för arbetslivet och arbetsmarknaden i allmänhet och den lokala i synnerhet. Eleverna ska beredas kunskap och stöd att välja en studieväg som man har förutsättningar och intresse för och som leder till anställningsbarhet. Det ska leda till att färre elever avbryter sin gymnasieutbildning. Uppdragets omfattning och inriktning Den som går i grundskolan ska kunna göra bra val inför sina kommande studier och sitt yrkesliv. Skolan ska ge kunskap och förutsättningar för detta. På varje skola finns därför en funktion för studie- och yrkesvägledning.

Vägledningen som ges ska utgå från varje individs behov och syftar till att öka kunskapen kring studie- och yrkesvalet. Det innebär att eleven ska få information om utbildning på olika nivåer, om yrken, arbetsmarknad och framtidsfrågor. De resurser och den kompetens som finns för studie- och yrkesvägledning behöver förstärkas, utvecklas och breddas för att uppsatta mål om stöd och vägledning till varje elev ska nås.”<sup>7</sup>

Upphandlingens kontraktvärde kan med ledning av vad som anges i Avtalet och i meddelandet om frivillig förhandsinsyn uppskattas till i vart fall (275.000x3=) 825.000 kronor.

### Rättslig reglering

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

Upphandlingar som har påbörjats efter den 1 januari 2017 regleras genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling – LOU. I fråga om direktupphandling har lagen ändrats genom införande av ett nytt 19 a kap. för upphandlingar som har påbörjats den 1 februari 2022 eller senare.<sup>8</sup>

Lagens bestämmelser är generellt tillämpliga på åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att anskaffa varor och tjänster genom tilldelning av ett kontrakt.<sup>9</sup> Kommunala myndigheter och beslutande församlingar utgör enligt 1 kap. 22 § LOU sådana *upphandlande myndigheter* som omfattas av upphandlingsskyldighet enligt lagen.<sup>10</sup>

Syftet med regelverket är att säkerställa efterlevnaden av de unionsrättsliga bestämmelserna om etableringsfrihet och rörlighet mellan medlemsstaterna<sup>11</sup> samt att motverka korruption i offentlig verksamhet.<sup>12</sup> Det har i lagen därför införts ett antal grundläggande principer vilka, oavsett valet av förfarande,<sup>16</sup> ska iakttas vid offentlig upphandling, däribland krav på *likabehandling* och *öppenhet (transparens)*.<sup>13</sup>

<sup>7</sup> Se Meddelandet, punkten 2.1.1 ”Föremålet för upphandlingen”.

<sup>8</sup> Se lagen (2021:1110) om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling samt övergångsbestämmelserna punkterna 1 och 2.

<sup>9</sup> Se 1 kap. 2 § jämförd med 2 kap. 13 § LOU.

<sup>10</sup> På motsvarande sätt utgör enligt 1 kap. 16 § LOU näringsidkare som på marknaden tillhandahåller aktuella varor eller tjänster leverantörer, som ska lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud.

<sup>11</sup> Kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster enligt artiklarna 18, 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF).

<sup>12</sup> Se bl.a. betänkandet SOU 2018:44, jämte där angivna rättskällor.

<sup>13</sup> Se 19 kap. 2 § och 19 a kap. 8 § LOU, jfr. 4 kap. 1-2 § samma lag. För innebörden av de grundläggande principerna, se bl.a. prop. 2006/07:128, s. 132 samt prop. 2015/16:195, avsnitt 9.1 (s. 426 ff.).

Av dessa följer att alla leverantörer<sup>14</sup> ska behandlas likvärdigt och ges lika möjlighet till sådan insyn att de i konkurrens med andra leverantörer kan lämna anbud utifrån samma villkor. Alla på marknaden verksamma leverantörer ska ges samma relevanta information vid samma tillfälle.<sup>15</sup> De grundläggande principerna med krav på likabehandling och öppenhet omfattar samtliga förfaranden, således även sådana upphandlingar som ligger utanför det direktivstyrda regelverket och kravet på annonsering.<sup>16</sup>

Ett kontrakt som avser *diverse företags- och övriga tjänster* (CPV 79900000)<sup>17</sup> ska upphandlas enligt bestämmelserna för tjänstekontrakt. Om *kontraktsvärdet*<sup>18</sup> understiger vid tidpunkten gällande tröskelvärde<sup>19</sup> får handläggningen ske enligt bestämmelserna i 19 och 19 a kap. LOU.<sup>20</sup>

Som huvudregel ska enligt dessa bestämmelser varje upphandling genomföras i ett annonserat förfarande.<sup>21</sup> *Direktupphandling*, där den upphandlande myndigheten utan föregående infordran av konkurrerade anbud tillåts vända sig direkt till viss leverantör, får dock användas om värdet av upphandlingen beräknas understiga 700.000 kronor.<sup>22</sup> Direktupphandling av tjänster får undantagsvis även komma ifråga vid följande förutsättningar:

- om det vid en tidigare annonserad upphandling inte har lämnats några lämpliga anbudsansökningar eller de anbud som har lämnats är ogiltiga eller oacceptabla,<sup>23</sup>
- det är på grund av *synnerlig brådska*, som beror på omständigheter som varken kan tillskrivas eller har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten, inte möjligt att genomföra upphandlingen i ett annonserat förfarande och anskaffningen är *absolut nödvändig*, eller det annars föreligger *synnerliga skäl*,<sup>24</sup>
- det som ska upphandlas kan på grund av *konstnärliga* eller *tekniska skäl* eller på grund av *ensamrätt* endast tillhandahållas av en viss leverantör,<sup>25</sup>
- det är fråga om en *kompletteringsbeställning* av tidigare upphandlade tjänster<sup>26</sup> eller
- det är fråga om en nödvändig anskaffning för att tillgodose ett angeläget behov som har uppstått till följd av allmän förvaltningsdomstols handläggning av en tidigare (motsvarande) upphandling.<sup>27</sup>

<sup>14</sup> Med *leverantör* avses enligt 1 kap. 16 § LOU företag som är verksamma med att på marknaden tillhandahålla bl.a. tjänster.

<sup>15</sup> Se prop. 2006/07:128, s. 132 samt HFD 2012 ref. 48. Se även 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.

<sup>16</sup> Se HFD 2018 ref. 60 med särskilt yttrande av justitierådet Nord.

<sup>17</sup> CPV, eller *Common Procurement Vocabulary*, är ett gemensamt klassifikationssystem inom Europeiska Unionen – se 4 kap. 9 § LUK samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), i lydelse enligt Europeiska kommissionens förordning (EG) nr 213/2008.

<sup>18</sup> Kontraktsvärdesberäkningen ska ske till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet Se 5 kap. 7 a § jämförd med 19 kap. 1 § andra stycket LOU.

<sup>19</sup> Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärden* fastställs av EU-kommissionen och tillkännages enligt 5 kap. 1 § LOU löpande av regeringen i Svensk författningssamling. Gällande tröskelvärde för tjänstekontrakt som tilldelas av upphandlande myndigheter som inte är centrala upphandlande myndigheter (bland annat kommuner) uppgår sedan den 1 januari 2024 till 2.389.585 kronor. För sådana tjänstekontrakt som regleras i enligt bilagan 2 till LOU gäller dock istället det *särskilda tröskelvärdet* 8.109.450 kronor - se vidare regeringens tillkännagivande (2024:30) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

<sup>20</sup> Bestämmelserna ska även tillämpas oavsett värde, för upphandling av tjänster av sådant slag (sociala tjänster m.m.) som anges i bilagan 2 eller 2 a till LOU.

<sup>21</sup> 19 kap. 6-8 §§ LOU.

<sup>22</sup> Se 19 a kap. 1 § LOU. Om upphandlingen avser tjänster enligt Bilagan 2 till LOU (huvudsakligen hälsovård och socialtjänster) får direktupphandling dock användas om värdet beräknas understiga det särskilda tröskelvärdet 8.109.450 kronor (2024 års tröskelvärde).

<sup>23</sup> 19 a kap. 3 och 4 § LOU.

<sup>24</sup> 19 a kap. 5 § punkterna 1 och 3 LOU. För att en anskaffning ska anses *absolut nödvändig* fodras att det rör sig om ett brådskande behov av varor eller tjänster av stor samhällsekonomisk betydelse eller av viktig medicinsk art. Det ska även framstå som uppenbart att ett kontrakt omedelbart måste komma till stånd för att det inte annars ska uppstå mycket allvarliga konsekvenser för människors hälsa. Undantaget för *synnerliga skäl* är enligt ursprungliga lagförarbetena begränsat till sådana undantagssituationer där avtal måste komma till stånd utan att ett annonserat förfarande är möjligt att genomföra. Exempelvis nämns möjlighet till extra förmånliga köp på auktion samt särskilt personrelaterade behov av hälso- och sjukvårdstjänsters som sådant som kan anses medföra synnerliga skäl – se prop. 2001/02:142, s. 99 samt prop. 2006/07:128, s. 429; jfr. även Konkurrensverkets beslut av den 26 maj 2010 i ärende nr. 430/2009.

<sup>25</sup> 19 a kap. 5 § punkten 2 jämförd med 6 kap. 14 § LOU.

<sup>26</sup> 19 a kap. 5 § punkten 2 jämförd med 6 kap. 18 § LOU. En förutsättning för sådan kompletteringsbeställning är dock att de nya arbetena ingår i ett projekt som tidigare varit föremål för ett upphandlingsförfarande och att det i samband med den ursprungliga upphandlingen har angetts att det nu avsedda förfarandet kunde komma att användas

<sup>27</sup> 19 a kap. 6 § LOU. Undantaget kan komma ifråga vid ett angeläget behov som har uppstått till följd av att en allmän förvaltningsdomstol antingen (1) handlägger eller har avgjort ett mål om överprövning av en upphandling och avtal inte får ingås, (2) har beslutat att en upphandling ska göras om eller rättas, eller (3) handlägger ett mål om överprövning av ett avtals giltighet och avtalet inte får fullgöras.

Undantaget för ensamrätt på grund av *konstnärliga skäl* utgår från den direktivstyrda bestämmelsen i 6 kap. 14 § LOU för inköp av en produkt av konstnärlig gestaltning och får enligt lagförarbetena endast användas om det är fråga om att förvärva ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation.<sup>28</sup>

Även undantagen för *ensamrätt* respektive *tekniska skäl* utgår från samma direktivstyrda bestämmelse och får användas endast om det inte finns något rimligt alternativ och avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen.<sup>29</sup> Den upphandlande myndigheten måste i förekommande fall kunna visa att de skäl som motiverar undantag har gjort det absolut nödvändigt att tilldela kontraktet till den valda leverantören.<sup>30</sup> För *ensamrätt* krävs vidare att kontraktet av legala skäl kan fullgöras av *endast en leverantör*. Om den upphandlande myndigheten tror sig veta att enbart en viss leverantör rent faktiskt kan komma ifråga för aktuella leveranser (s.k. *faktisk ensamsituation*) medför detta inte i sig grund för undantag.<sup>31</sup> I lagförarbetena till 6 kap. 14 § LOU lämnas bland annat följande vägledning.

”Av [bestämmelsens lydelse] framgår under vilka förutsättningar undantagen i första stycket 2 och 3 [ensamrätt och tekniska skäl] 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. Att avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen uttrycks i direktivet som att avsaknaden av konkurrens inte får bero på en konstgjord begränsning av upphandlingsparametrarna”.<sup>32</sup>

Enligt den allmänna s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta praxis ska möjligheterna till undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som ges i de unionsrättsliga fördragen inom området för offentlig upphandling tolkas *restriktivt* och det ankommer på den upphandlande myndigheten att bevisa de särskilda omständigheter som motiverar undantaget.<sup>33</sup>

En upphandlande myndighet ska enligt 19 a kap. 15 § LOU besluta om interna riktlinjer för sin direktupphandling. Sådana återfinns i Kommunens Styrdokument med riktlinjer för upphandling.<sup>34</sup> Enligt dessa riktlinjer ska köp överstigande 100.000 kronor, men understigande direktupphandlingsgränsen 700.000 kronor, direktupphandlas med beaktande av konkurrens. Det innebär att minst tre leverantörer ska tillfrågas. Om endast en eller två leverantörer kontaktas ska skälen för detta dokumenteras. Förfrågan ska vidare vara skriftlig med angivande av sista dag för då skriftliga anbud ska anges. För sent inkomna anbud ska förkastas. Köpet ska sedan dokumenteras i en särskild mall för direktupphandling med redovisning av skriftligt delegationsbeslut. Ett skriftligt avtal ska slutligen upprättas i upphandlingen.<sup>34</sup>

En upphandling som har annonserats genom frivillig förhandsinsyn<sup>35</sup> 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 föreligger det inte längre möjlighet att föra sådan talan.<sup>36</sup>

<sup>28</sup> Prop. 2015/16:128 del II s. 998, jfr. RÅ 2008 ref. 79 och RÅ 2009 not.134 se även prop. del I, avsnittet 12.1.3, s 499 ff.

<sup>29</sup> Se 19 a kap. 8 § jämförd med 4 kap. 2 § LOU.

<sup>30</sup> EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-57/94) EU:C:1995:150, p. 24.

<sup>31</sup> Jfr. bland annat EU-domstolens dom i de förenade målen *Bockhorn Braunschweig* (C-20/01 och C-28/01) EU:C:2003:220 samt det efterföljande målet *kommissionen mot Tyskland* (C-503/04) EU:C:2007:432.

<sup>32</sup> Prop. 2015/16:195, s. 998.

<sup>33</sup> Se bl.a. EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien* (C-157/06) EU:C:2008:530, p. 23 jämte där noterad praxis.

<sup>34</sup> Styrdokument, riktlinjer för upphandling av den 28 april 2020, dnr. KS/2016:428.

<sup>35</sup> Se 19 a kap. 9 § LOU, enligt vilken en upphandlande myndighet som avser att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal genom direktupphandling får informera om sin avsikt genom en annons i en annonsdatabas som är registrerad enligt lagen (2019:668) om upphandlingsstatistik. I annonsen ska bland annat anges skälen till varför upphandlingen inte annonserats se 14 b upphandlingsförordningen (2016:1152).

<sup>36</sup> 20 kap. 3 § och 15 § första stycket 4 LOU.

Om föreskriven tio-dagars avtalsspärr inte har iakttagits kan avtalet förklaras ogiltigt på talan av konkurrerade leverantör.<sup>37</sup> Sådan talan ska väckas inom sex månader från den dag då avtalet slöts, därefter gör möjligheten till talan förlorad.<sup>38</sup>

Härutöver kan Konkurrensverket<sup>39</sup> besluta att en särskild *upphandlingsskadeavgift* ska betalas av den upphandlande myndigheten.<sup>40</sup> En sådan straffavgift ska beräknas till lägst 10.000 och högst 20 miljoner kronor, dock inte mer än tio procent av kontraktsvärdet.<sup>41</sup> Ett beslut om upphandlingsskadeavgift ska meddelas inom sex månader från laga kraftvunnen dom eller inom två år från det att avtalet slöts. Beslutet får dock inte meddelas innan tiden för att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet har löpt ut.<sup>42</sup>

En upphandlande myndighet som inte har följt bestämmelserna i LOU kan även dömas att betala *upphandlingsskadestånd* till den eller de leverantörer som kan visa skada till följd av detta.<sup>43</sup> Sådan talan ska väckas vid allmän domstol (tingsrätt) inom ett år från den dag då leverantören fick kännedom om eller borde ha fått kännedom om att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.<sup>44</sup>

### **Preliminär 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 är som upphandlande myndighet skyldig att iaktta regelverket i LOU vid anskaffning av bland annat tjänster. Av utredningen framgår att Kommunen, direkt från Väsby Promotion och utan föregående annonserad anbudsinfordran, beslutat köpa tjänster för att understödja samarbetet mellan skola och näringsliv. Av Avtalet framgår att kommunen ska betala Väsby Promotion 275.000 kronor per år eller totalt 825.000 kronor för dessa tjänster.

Upphandlingen avser ett sådant värde att förfarandet får genomföras med iakttagande av de nationella förfarandebestämmelserna i kap. 19 och 19 a LOU. Eftersom värdet dock överstiger direktupphandlingsgränsen 700.000 kronor föreligger det enligt lagens huvudregel ett krav på att anbudsinfordran ska ske genom annonserat förfarande, så att samtliga på marknaden verksamma leverantörer ges möjlighet att lämna konkurrerande anbud. Undantag från kravet på annonsering kan endast komma ifråga vid vissa i lagen särskilt angivna förutsättningar, såsom *ensamrätt* på grund av konstnärliga eller tekniska skäl. Det får vid sådant förhållande dock inte vara fråga om en konstruerad avgränsning till exempelvis ett visst företag, viss produktion eller geografisk marknad.

---

<sup>37</sup> 20 kap. 15 § punkten 4 jämförd med 13 a § LOU.

<sup>38</sup> 20 kap. 17 § LOU.

<sup>39</sup> Konkurrensverket är jml. 21 kap. 1 § LOU samt 3 § förordningen (2007:1117) med instruktion för Konkurrensverket behörig tillsynsmyndighet vid offentlig upphandling.

<sup>40</sup> 21 kap. 6-8 §§ LOU.

<sup>41</sup> 21 kap. 9 § LOU. I rättspraxis har dylika avgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av aktuellt kontraktsvärde. I ringa fall ska enligt samma kapitel 8 § någon upphandlingsskadeavgift inte påföras. Vidare får eftergift beviljas om det finns synnerliga skäl.

<sup>42</sup> 21 kap. 10-11 §§ LOU. Ett beslut om upphandlingsskadeavgift får enligt samma kapitel 15 § överklagas av den upphandlande enheten till den förvaltningsrätt i vars domkrets enheten har sin hemvist. När ett beslut överklagas är Konkurrensverket motpart i domstolen.

<sup>43</sup> 20 kap. 20 § LOU.

<sup>44</sup> 20 kap. 21 § LOU. Har allmän förvaltningsdomstol har beslutat ogiltigförklara avtalet får skadeståndstalan istället väckas inom ett år från laga kraftvunnen dom.

Såvitt framgår av meddelandet om förhandsinsyn åberopar kommunen undantaget för förvärv av ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation. Det torde vara ganska uppenbart att de tjänster det är fråga om i upphandlingen knappast kan klassificeras som ett konstnärligt verk eller prestation. Detta undantag kan således inte komma fråga som grund för direktupphandling. Det kan heller inte föreligga ensamrätt eller ensamsituation av andra skäl, eftersom även andra aktörer mycket väl skulle kunna komma i fråga för aktuella tjänster. Kommunen verkar uppenbarligen även vara medveten om detta, då man i meddelandet om förhandsinsyn angivit att de organisationer/företag som får information om direkttilldelningen ska kunna höra av sig för att visa intresse om att själva lämna anbud på uppdraget senast den 23 februari 2024.

Detta bygger på en grundläggande missuppfattning. Systemet med meddelande om förhandsinsyn utgår från att det finns laga grund för direkttilldelning och att kontraktet utifrån detta redan har beslutats tilldelas en viss leverantör. Den som vill invända mot detta har att väcka talan om överprövning hos allmän förvaltningsdomstol inom en frist av tio dagar från dess att annonsen publicerades. Det är således överhuvudtaget inte fråga om någon marknadsundersökning med möjlighet för konkurrerande leverantörer att anmäla intresse, som Kommunen verkar tro.

Med tanke på att annonsen med meddelande om förhandsinsyn publicerades i EUT och TED först den 20 februari 2024 framstår den angivna fristen att anmäla intresse (tre dagar) fram till den 23 februari 2024 dessutom som uppseendeväckande kort. Det kan även noteras att Avtalet mellan Kommunen och Väsby promotion skrevs under den 1 mars 2024, trots att den lagstadgade tiodagarsfristen (tio dagar från publicering) fortfarande gällde och löpte ut samma dag.

Det finns sammantaget anledning att rikta kritik mot Kommunen, som på detta sätt har brutit mot LOU och satt sig över de grundläggande principer som ytterst syftar till att garantera förutsättningarna för en fungerande konkurrens och att motverka korruption i offentlig verksamhet.

Om Konkurrensverket väljer att ingripa mot förfarandet riskerar Kommunen att få betala upphandlingsskadeavgift, som är ett slags böter, med upp till 82.500 kronor. Kommunen kan även få betala upphandlingsskadestånd till den eller de leverantörer som kan visa skada på grund av denna överträdelse.