



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Linnea Gustafsson

Längtan efter klargörande

- en studie om begreppet "direktupphandlingar av samma slag"

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Henrik Norinder

Termin för examen: HT2014

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	4
FÖRKORTNINGAR	5
1 INLEDNING	6
1.1 Bakgrund	6
1.2 Syfte och frågeställningar	7
1.3 Avgränsningar	8
1.4 Metod	9
1.4.1 Inledning	9
1.4.2 Rättsdogmatisk metod	9
1.4.3 Kvalitativ intervjumetod	10
1.5 Material och forskning	11
1.6 Disposition	13
1.7 Terminologi	14
2 ALLMÄN RÄTTSLIG BAKGRUND	15
2.1 Inledning	15
2.2 Kort om offentlig upphandling	15
2.3 Tillämpligt regelverk	16
2.3.1 Tillämpningsområden	16
2.3.2 Tröskelvärden	16
2.4 Upphandlingsförfaranden	17
2.4.1 Direktivstyrd upphandling	17
2.4.2 Upphandling som inte omfattas av direktiven	17
2.4.3 Upphandlingsprocessen	18
2.5 Direktupphandling	18
2.5.1 Vad är direktupphandling?	18
2.5.2 Förutsättningar för direktupphandling	19
2.5.3 Otillåten direktupphandling	20
3 DIREKTUPPHANDLINGAR AV SAMMA SLAG	22

3.1	Inledning	22
3.2	Beräkningen av värdet på ett kontrakt	22
3.2.1	Kontinuerligt behov	23
3.2.2	Självständig enhet inom myndigheten eller enheten	25
3.3	Uttalanden i förarbeten och utredningar	26
3.3.1	Definition av begreppet "direktupphandlingar av samma slag" saknas	26
3.3.2	Remissinstanserna önskar klarläggande av begreppet "direktupphandlingar av samma slag"	27
3.3.3	"Närbesläktade" eller "likartade" upphandlingar	27
3.3.4	Likartade varor avsedda för identisk eller likartad användning	27
3.4	Föreslagna tolkningar av begreppet "direktupphandlingar av samma slag"	28
3.4.1	Inledning	28
3.4.2	Tolkning enligt Arrowsmith	28
3.4.3	Tolkning enligt CPV-koderna	30
3.4.4	Andra föreslagna tolkningar	31
3.4.4.1	Carenholm om arkitekt- och teknikkonsulttjänster	31
3.4.4.2	Falk om likartade varor	32
3.4.4.3	Trafikverkets remissvar om begreppet "direktupphandlingar av samma slag"	32
3.4.4.4	Arbetsförmedlingens remissvar om begreppet "direktupphandlingar av samma slag"	32
3.5	Sammanfattande kommentar	33
4	RÄTTSFALLSGENOMGÅNG	34
4.1	Inledning	34
4.2	Rättsfall från kammarrätterna	34
4.2.1	Juridiska tjänster utgjorde samma slag	34
4.2.2	Vara och tjänst utgjorde samma slag	35
4.3	Rättsfall från förvaltningsrätterna	36
4.3.1	Direktupphandling av juridiska tjänster understeg direktupphandlingsgränsen	36
4.3.2	Upprepat inköp av konsulttjänst överskred inte direktupphandlingsgränsen	37
4.3.3	Direktupphandlingar av båtbygga och Y-bommar till båtbygga sammanslogs vid beräkning av kontraktswärde	38
4.3.4	Köp av managementtjänster utanför ramavtal utgjorde otillåten direktupphandling	38
4.3.5	Avtal avseende hyra av lokal m.m. respektive förtäring utgjorde "direktupphandlingar av samma slag"	39
4.3.6	Sammanlagda kostnaden för hyra och avlastning av läktare översteg direktupphandlingsgränsen	39
4.3.7	Separata avtal om bevakningstjänster utgjorde "direktupphandlingar av samma slag"	40
4.3.8	Köp av bygg-, underhåll- och varselkläder utgjorde samma slags varor	41
4.3.9	Direktupphandlingar av konsulttjänster utgjorde samma typer av tjänster som ramavtal	42
4.3.10	Klagande ej visat förutsättningar för uppdelning av konsulttjänster förelegat	42
4.3.11	Klagande ej visat att coachingtjänster utgjorde olika slag av tjänster	43
4.3.12	Tjänster ansågs ha naturligt samband i tid och innehåll	44
4.4	Sammanfattande rättsfallskommentar	45

5	PRAKTIKERS ERFARENHETER AV BEGREPPET	48
5.1	Tillvägagångssätt vid kvalitativ intervjustudie	48
5.1.1	Inledning	48
5.1.2	Förberedelser av intervjuer	48
5.1.3	Genomförande av intervjuer	49
5.1.4	Sammanställande av intervjuresultat	49
5.2	Intervjuresultat	50
5.2.1	Problembild	50
5.2.2	Gemensamma drag	50
5.2.2.1	Dokumentationsplikt och krav på riktlinjer skapar önskvärd statistik	50
5.2.2.2	Avgörande faktorer för gränsdragningen mot direktupphandling	50
5.2.3	Exempel där “direktupphandlingar av samma slag” aktualiserats	51
5.2.4	Respondenterna om föreslagna tolkningar av begreppet	51
5.2.4.1	Tolkning enligt Arrowsmith	52
5.2.4.2	Tolkning enligt CPV-koderna	52
5.2.4.3	Andra föreslagna tolkningar	53
5.3	Sammanfattande kommentar av intervjuresultat	53
6	ANALYS	54
6.1	Inledning	54
6.2	De lege lata	54
6.2.1	Upphandlingsföremål med skilda ändamål och förutsättningar kan utgöra skilda slag	55
6.2.2	Det saknas skyldighet att sammanräkna direktupphandlingar, utöver räkenskapsåret, som löper över en period	56
6.2.3	Det finns utrymme för olika tolkningar av begreppet “direktupphandlingar av samma slag”	57
6.3	Diskussion de lege ferenda	60
6.3.1	Praktikernas erfarenheter	61
6.3.2	Längtan efter klargörande	62
6.3.3	Tolkning baserad på upphandlingsföremålet	63
6.4	Sammanfattande slutsatser	64
	BILAGA A	67
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	69
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	73

Summary

This thesis examines the legal meaning of the concept “direct procurements of the same type”. There is an opportunity within the national legislation, which is not included in the European union procurement directives, for contracting authorities or entities to make a direct procurement (an informal procedure) under the national thresholds without prior publication of a contract notice. Chapter 15 § 3 a of the Swedish Public Procurement Act (SFS 2007:1091) and the Swedish Public Procurement Act for the utilities sectors (SFS 2007:1092) states how the contract’s value shall be calculated and that the contracting authority/entity shall take into account “direct procurements of the same type” within the financial year. The concept of “direct procurements of the same type” is not defined in the words of the act, and the legal meaning of the concept is influenced by how the concept is interpreted and applied. Guiding interpretation of the concept can be drawn from legislative history, studies and doctrine. One observed interpretation of the concept is based upon Sue Arrowsmith’s statement regarding the thresholds for the European Union. According to Arrowsmith, goods and services are of the same type where they are typically available from the same supplier or service provider. Another interpretation of the concept is based upon the codes of CPV for procurement objects. The case law is limited and a clear approach from the courts cannot be identified. The Administrative Court of Appeal in Stockholm has stated that legal services are the same type of services. However, there is no guiding decision from the Supreme Administrative Court.

The legal meaning of the concept “direct procurements of the same type” is uncertain and allows for multiple interpretations of the concept. “Direct procurements of the same type” is more than identical procurement objects. This thesis states however, that it cannot be excluded that identical procurement objects, with different purposes and based on different conditions, may constitute procurement objects of various type. Moreover, this thesis states that there is no obligation for the contracting authority/entity to include direct procurements that run for a period beyond the financial year in the calculation. In qualitative interviews, respondents have stated that the concept seems ambiguous and unclear. In terms of the concept the respondents wish for clarification. Later on, this thesis concludes that there is a need for clarification from the legislator or from the Supreme Administrative Court. This thesis states that, until there is clarification of the concept of “direct procurements of the same type”, interpretation of the concept should be based on the procurement objects. This presupposes that the interpretation is not chosen to evade the procurement regulation. In order to create transparency, the contracting authority/ entity should describe the selected interpretation in its procurement policy. This thesis ultimately concludes that the interpretation offered by Arrowsmith is suitable for goods, while the interpretation presented in the CPV codes is suitable for services and works.

Sammanfattning

Uppsatsen undersöker den rättsliga innebörden av begreppet ”direktupphandlingar av samma slag”. I det nationella regelverket, som inte omfattas av Europeiska unionens upphandlingsdirektiv, återfinns möjligheten för en upphandlande myndighet eller enhet att under fasta beloppsgränser direktupphandla utan föregående annonsering. I 15 kap. 3 a § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) respektive lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF) framgår hur kontraktets värde ska beräknas och att den upphandlande myndigheten/enheten vid beräkningen ska beakta ”direktupphandlingar av samma slag” gjorda under räkenskapsåret. Begreppet ”direktupphandlingar av samma slag” är inte definierat i lagtext och den rättsliga innebörden av begreppet präglas av hur begreppet tolkas och tillämpas. Vägledande tolkning av begreppet får hämtas från uttalanden från förarbeten, utredningar och doktrin. En uppmärksam tolkning av begreppet baseras på Sue Arrowsmiths uttalande utifrån Europeiska unionens tröskelvärden. Enligt Arrowsmiths tolkning är utgångspunkten att produkter och tjänster som typiskt sätt tillhandahålls av samma leverantör utgör ”samma slag”. En annan tolkning av begreppet utgår från CPV-koderna för upphandlingsföremål. Rättspraxis är av sparsam omfattning och ingen klar linje hur begreppet tolkas av domstolarna kan utpekas. Kammarrätten i Stockholm har uttalat att juridiska tjänster utgör tjänster av samma slag. Det saknas emellertid vägledande avgörande från Högsta förvaltningsdomstolen.

Den rättsliga innebörden av begreppet ”direktupphandlingar av samma slag” är oklar och det finns utrymme för olika tolkningar av begreppet. ”Direktupphandlingar av samma slag” är mer än identiska upphandlingsföremål. Det konstateras emellertid i uppsatsen att det inte kan uteslutas att identiska upphandlingsföremål som åsyftar olika ändamål och bottnar i olika förutsättningar kan utgöra upphandlingsföremål av skilda slag. Vidare konstateras i uppsatsen att det inte föreligger någon skyldighet för den upphandlande myndigheten/enheten att sammanräkna direktupphandlingar, utöver räkenskapsåret, som löper över en period. Ur uppsatsens kvalitativa intervjustudie har det framkommit från respondenterna att begreppet upplevs oklart och svårtolkat. Hos respondenterna återfinns en längtan efter klargörande avseende begreppet. Det konstateras sedermera i uppsatsen att det finns ett behov av klargörande från lagstiftningshåll eller från Högsta förvaltningsdomstolen. Till dess det finns ett klargörande av begreppet ”direktupphandlingar av samma slag” konstateras det i uppsatsen att tolkning av begreppet bör baseras på upphandlingsföremålet. Detta förutsatt att tolkning inte väljs i syfte att kringgå upphandlingsreglerna. För att skapa transparens bör den upphandlande myndigheten/enheten beskriva vald tolkning i sin upphandlingspolicy. Uppsatsens slutsats är att tolkningen enligt Arrowsmith

lämpar sig för varor medan tolkningen enligt CPV-koderna lämpar sig för tjänster och byggentreprenader.

Förord

En stund av studier i södra Sverige lider mot sitt slut. Lund, gamla och nya vänner – tack för alla fina minnen och upplevelser. Det har varit en underbar tid men nu väntar nya utmaningar.

Jag vill rikta varma tacksägelser till min handledare universitetsadjunkt Henrik Norinder för entusiasmerande introduktion till rättsområdet, vilket jag numera ser mig som obotlig fantast av, och för ovärderlig handledning under min uppsatsresa.

Vidare vill jag skänka ett stort tack till advokat Per-Ola Bergkvist på Foyen Advokatfirma i Malmö för inspiration till mitt intressanta uppsatsämne och lärorik praktik. Jag vill också tacka de respondenter som medverkat i uppsatsens intervjuer och bidragit till det eftersträvade praktikerperspektivet.

Jag vill även tacka mina beundransvärda föräldrar Anders och Gunnel Gustafsson för aldrig sinande stöttning och uppmuntran att följa mitt hjärta. Slutligen, ett tack till min fästman Erik Lindberg för korrekturläsning och den fantastiska förmågan att få mig att skratta när jag behöver det som mest.

Stora Dyrön den 14 december 2014,

Linnea Gustafsson

”Have the courage to follow your heart and intuition. They somehow already know what you truly want to become. Everything else is secondary.”

- Steve Jobs

Förkortningar

Det klassiska direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster
Det nya försörjningsdirektivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG
Det nya klassiska direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG
EU	Europeiska unionen
EUF-fördraget	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
Försörjningsdirektivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
JP	Juridisk Publikation
LOU	Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling
LUF	Lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster
Prop.	Regeringens proposition
SFS	Svensk författningssamling

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Den svenska upphandlingslagstiftningen bygger huvudsakligen på unionsrätt.¹ De av EU-kommissionen fastställda tröskelvärdena avgör vilket regelverk som är tillämpligt på ett offentligt kontrakt. Om kontraktsvärdet överstiger gällande tröskelvärde aktualiseras det direktivstyrda regelverket. Om kontraktsvärdet däremot understiger gällande tröskelvärde aktualiseras nationell reglering.² I svensk rätt regleras upphandling under tröskelvärdena, som således inte omfattas av det direktivstyrda regelverket, i 15 kapitlet LOU respektive LUF. I respektive lagarnas 15 kap. återfinns motsvarande upphandlingsförfaranden med annonsering som i den direktivstyrda delen. Därtill återfinns möjligheten för den upphandlande myndigheten att vid särskilt uppfyllda förutsättningar genomföra direktupphandling, dvs. en upphandling utan krav på anbud i viss form. Direktupphandling får genomföras på grund av lågt värde, till numera fasta beloppsgränser i LOU respektive LUF. Beloppsgränserna för direktupphandling gäller oavsett om det rör varor, tjänster eller byggentreprenader.³ Sedan 1 juli 2014 är de fasta beloppsgränserna för LOU 505 800 kronor och för LUF 939 342 kronor.⁴

I 15 kap. 3 a § LOU respektive LUF framgår hur kontraktets värde ska beräknas och att kontraktsvärdet inte får delas upp i syfte att kringgå bestämmelserna i LOU respektive LUF. Vid beräkningen av kontraktets värde ska det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet uppskattas, inklusive options- och förlängningsklausuler som om de utnyttjats. Vid beräkningen ska den upphandlande myndigheten eller enheten beakta ”direktupphandlingar av samma slag” gjorda under räkenskapsåret.⁵ Det är en uppmärksammas fråga vad som utgör ”direktupphandlingar av samma slag”.⁶ Begreppet ”direktupphandlingar av samma slag” är inte definierat i lagtext och praxis på området är begränsad.⁷ Begreppets innebörd är således

¹ Pedersen, Kristian: *Upphandlingens grunder – en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, Stockholm 2013, s. 7.

² Sundstrand, Andrea: *Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, Stockholm 2012, s. 101-102.

³ Pedersen a.a. s. 63-64.

⁴ Konkurrensverket: *Fasta beloppsgränser för direktupphandling*, hämtad 2014-09-06: http://www.konkurrensverket.se/t/Page_5975.aspx

⁵ Pedersen a.a. s. 64.

⁶ Se exempelvis Kihlman, Jon och Blomberg, Mikael: ”Är det skillnad mellan äpplen och päron i en upphandling?”, i *Dagens Samhälles debattsajt*, 9 januari 2013, hämtad 2014-04-24: <http://www.dagensamhalle.se/debatt/aer-det-skillnad-mellan-aepplen-och-paeron-i-en-upphandling-4365> och Linder, Anders och Dubois, Mikael: ”Oklart hur gränsen för direktupphandling ska beräknas”, *Upphandling24*, hämtad 2014-10-13: <http://upphandling24.idg.se/2.1062/1.504973/oklart-hur-gransen-for-direktupphandling-ska-beraknas>.

⁷ Ulfsson Forssell, Anna, Olovsson, Sara-Li och Lundgren, Ulrika: *Beräkning av ett kontrakts värde enligt 15 kap. LOU – Analys*, s. 2, JP Infonet 2013, hämtad 2014-07-07:

oklar och det råder osäkerhet hur begreppet ska tolkas enligt bestämmelsen i 15 kap. 3 a § LOU respektive LUF.⁸

Begreppet "direktupphandlingar av samma slag" är av stor betydelse för beräkningen av kontraktets värde och således avgörande för om en direktupphandling är tillåten eller inte. Konsekvensen av en otillåten direktupphandling är att upphandlingen kan komma att överprövas och upphandlingen kan av domstol beslutas att göras om. Vidare kan ett träffat avtal komma att ogiltighetsförklaras och den upphandlande myndigheten eller enheten kan riskera att bli skyldig betala upphandlingsskadeavgift.⁹ Det återfinns risker med att tolka begreppet för snävt liksom för brett. Om en snäv tolkning görs av "direktupphandlingar av samma slag" resulterar det i att upphandlande myndigheter eller enheter skulle tillåtas genomföra ett stort antal direktupphandlingar. Om begreppet istället tolkas för brett, och många varor och tjänster anses vara så närliggande att de betraktas som produkter och tjänster av samma slag, resulterar det i att ytterst få upphandlingar skulle ha ett värde under de tillämpliga tröskelvärdena.¹⁰

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med uppsatsen är att redogöra för vilken rättslig innebörd begreppet "direktupphandlingar av samma slag" på grund av lågt värde, understigande gällande beloppsgräns, har. Därtill ämnar uppsatsen undersöka hur begreppet tolkats i rättspraxis. I syfte att skapa en nyanserad bild av vad begreppet innebär har jag dessutom valt att intervjua några praktiker som i sitt dagliga arbete kommer i kontakt med begreppet. Syftet med intervjuerna är att lyfta ett praktikerperspektiv genom att undersöka hur begreppet tolkas av upphandlande myndigheter och enheter.

Uppsatsens frågeställningar är:

1. Vilken rättslig innebörd har begreppet "direktupphandling av samma slag"?
2. Hur tolkas begreppet "direktupphandling av samma slag" i rättspraxis?
3. Hur tolkas begreppet "direktupphandling av samma slag" av upphandlande myndigheter och enheter?

<http://www.jpifonet.se/dokument/Analyser-och-referat/1846853/strongBerakningstrong-av-ett-strongkontrakts-varde-enligt-15-kapstrong-strongLOUstrong?id=20722&search=Ber%C3%A4kning%20av%20ett%20kontrakts%20v%C3%A4rde%20enligt%2015%20kap.%20LOU>.

⁸ SOU 2013:12, *Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling*, s. 25.

⁹ Kammarkollegiet, *Direktupphandling – Vägledning*, 2011:6, s. 34.

¹⁰ Ulfsdotter m.fl., a.a. s. 3.

1.3 Avgränsningar

Uppsatsen utreder begreppet "direktupphandlingar av samma slag". Fokus ligger på begreppet som återfinns i 15 kap. 3 a § LOU respektive LUF. Uppsatsens avgränsningar motiveras generellt av att det avgränsade området faller utanför uppsatsens ovan nämnda fokus.

Inledningsvis har jag avgränsat uppsatsen till att inte innehålla någon längre bakgrund eller beskrivning av upphandlingsprocessen och de olika upphandlingsförfarandena. Uppsatsen kommer inte heller att fokusera på konsekvenserna av en konstaterad otillåten direktupphandling. Enligt min uppfattning motiveras ovan avgränsningar av att uppsatsens tänkta målgrupp har grundläggande kunskaper i upphandlingsrätt och att fokus istället läggs på uppsatsens frågeställningar. För den mer upphandlingsrättsligt oerfarne läsaren ges dock en kort allmän rättslig bakgrund. Vidare kommer uppsatsen inte beröra *Lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet* (LUF) eftersom lagens tillämpningsområde är av mindre relevans för uppsatsens utredning.

Uppsatsens utredning bygger på den nationella regleringen i 15 kap. LOU/LUF. Av den anledningen har jag avgränsat uppsatsen från den direktivstyrda regleringen och unionsrätt, med undantag från de fall då nationell reglering hänvisar till, och hämtar vägledning från den direktivstyrda delen och unionsrätten. Därtill har jag avgränsat uppsatsen från övriga bestämmelser i 15 kapitlet LOU/LUF. Avgränsningen motiveras av att uppsatsens utredning fokuserar på 15 kap. 3 a § LOU/LUF och de övriga bestämmelserna, med undantag för 15 kap. 3 § LOU/LUF, är av mindre betydelse för förståelse av uppsatsens frågeställningar. Vidare fördjupar sig uppsatsen på den svenska marknaden och någon jämförelse till andra EU-medlemsländer kommer inte behandlas.

Uppsatsens rättsfallsgenomgång berör endast svensk rättspraxis. En avgränsning mot EU-domstolens rättspraxis avseende tröskelvärdena har således gjorts. Avgränsningen motiveras av att begreppet "direktupphandlingar av samma slag" är ett nationellt begrepp och saknar identisk motsvarighet i unionsrätten. Av den anledningen har jag valt att fokusera på svensk rättspraxis. Vidare har uppsatsen naturligt avgränsats mot överrättspraxis eftersom relevanta rättsfall från Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) saknas.

Slutligen har uppsatsen gjort ett urval av respondenter till den kvalitativa intervjustudien. Med hjälp av Per-Ola Bergqvist på Foyen Advokatfirma i Malmö tillfrågades tio olika upphandlande myndigheter/enheter om de kunde tänka sig att bli närmare kontaktade angående begreppet "direktupphandlingar av samma slag". De tio upphandlande myndigheterna/enheterna valdes ut med beaktande av variation i storlek och geografisk spridning i landet.¹¹ Åtta av de tillfrågade upphandlande

¹¹ Jämför Yin, K., Robert: *Kvalitativ forskning från start till mål*, Lund 2013, s. 92-93.

myndigheterna/enheterna gav sitt godkännande att bli kontaktade i syfte att svara på frågor kring begreppet. Två av de tio tillfrågade var således inte intresserade av att delta i intervjustudien. Slutligen genomfördes sju intervjuer under perioden 2014-09-23 – 2014-10-06. Bortfallet av den åttonde respondenten, som inledningsvis var intresserad, berodde på att respondenten var bortrest under den tidsperiod då intervjuerna genomfördes. Respondenterna som intervjuades arbetade alla på någon upphandlingsfunktion/enhet och var upphandlare med undantag för två respondenter som var inköpare respektive inköpschef.

1.4 Metod

1.4.1 Inledning

Uppsatsen har tre frågeställningar varav de två första, vad begreppet "direktupphandlingar av samma slag" innebär och hur det tolkas i rättspraxis, kommer besvaras med rättsdogmatisk metod. Den tredje frågeställningen avseende hur upphandlande myndigheter eller enheter tolkar begreppet ifråga kommer att besvaras genom intervjuer med upphandlande myndigheter och enheter. Intervjuerna har genomförts inom ramen för den samhällsvetenskapliga metoden, kvalitativ intervjumetod. Slutligen ämnar jag i analysen föra en diskussion *de lege ferenda*, huruvida det föreligger ett behov av att ändra rådande rättsläge i framtiden. Nedan följer en närmare redogörelse av den rättsdogmatiska metoden och kvalitativ intervjumetod.

1.4.2 Rättsdogmatisk metod

Uppsatsens två första frågeställningar är av deskriptiv karaktär och besvaras med rättsdogmatisk metod. Jareborg har definierat den rättsdogmatiska metoden som en undersökning av lagstiftning, rättsfall, lagförarbeten och doktrin i syfte att rekonstruera gällande rätt.¹² Rättsdogmatiken tar alltså sin utgångspunkt i de befintliga rättskällorna och syftar till att fastställa vilka rättsregler som finns, *de lege lata*, eller bör tillskapas av lagstiftaren, *de lege ferenda*, och precisera rättsreglernas innehåll.¹³ Att föra en diskussion *de lege ferenda* faller således inom den rättsdogmatiska metoden.¹⁴ Mer specifikt använder jag mig av rättsdogmatisk metod i *kapitel 2* där upphandlingsreglerna beskrivs i stort och i *kapitel 3* som mer ingående beskriver "direktupphandlingar av samma slag". Även till *kapitel 4* har jag använt mig av rättsdogmatisk metod men av pedagogiska skäl har jag valt att presentera rättsfallsgenomgången separat. Slutligen har jag använt mig

¹² Jareborg, Nils: "Rättsdogmatik som vetenskap", *Svensk Juristtidning* 2004, s. 4 och 8. Se även Korling, Fredrik och Zamboni, Mauro: *Juridisk metodlära*, Lund 2013, s. 21 och 26.

¹³ Lehrberg, Bert: *Praktisk juridisk metod*, Uppsala 2010, s. 167-168.

¹⁴ Peczenik, Aleksander: *Vad är rätt? Om demokrati, rättsäkerhet, etik och juridisk argumentation*, Stockholm 1995, s. 313.

av rättsdogmatisk metod i den analys som framställs i *kapitel 6*, avsnitt 6.3 där jag för en diskussion utifrån ett *de lege ferenda*-perspektiv.

1.4.3 Kvalitativ intervjumetod

Uppsatsens tredje frågeställning, hur upphandlande myndigheter eller enheter tolkar begreppet "direktupphandlingar av samma slag", besvaras av kvalitativ intervjumetod. Enligt Bert Lehrberg, professor vid Uppsala Universitet, som bland annat specialiserat sig på juridisk metod, kan en rättsdogmatiker vid behov, i syfte att bättre förstå rättsreglernas funktion, söka kunskap om den verklighet där reglerna fungerar. Exempel på kunskap från verklighet där reglerna verkar är statistik, facklitteratur, enstaka intervjuer med kunniga personer eller egna statistiska undersökningar.¹⁵ Som komplement till Lehrbergs uppfattning att enstaka intervjuer med kunniga personer kan genomföras inom ramen för en rättsdogmatisk metod har jag valt att gå vidare för att underbygga metoden kring de genomförda intervjuerna. För att besvara hur upphandlande myndigheter eller enheter tolkar och upplever begreppet "direktupphandlingar av samma slag" har sju intervjuer genomförts enligt kvalitativ intervjumetod. Under intervjuerna tillämpades en semistrukturerad intervjustruktur.¹⁶ Mer om semistrukturerad intervju och det praktiska tillvägagångssättet för intervjuerna presenteras i *kapitel 5*. Nedan beskrivs, i mer teoretiska ordalag, vad kvalitativ intervjumetod innebär.

Den kvalitativa intervjun har beskrivits som en ostrukturerad flexibel intervju som påminner om ett relativt vanligt samtal mellan två personer. Huvudsyftet med intervjun är att lära sig att se världen med den intervjuade personens ögon.¹⁷ Den kvalitativa metoden har som syfte att förstå världen från undersökningspersonens synvinkel och utveckla mening ur deras erfarenheter.¹⁸ Emellanåt kallas den kvalitativa intervjun för djupintervju, vilket syftar till att en koncentrerad intervju, till några få betydelsefulla punkter, eftersöks och "djup" eftersträvas istället för "bredd".¹⁹ Kvalitativ metod åsyftar således att ta reda på hur människor upplever sin värld. Målet är snarare insikt än statistisk analys, som är ett klassiskt mål för en kvantitativ metod.²⁰ Den kvalitativa metoden ställs ofta i jämförelse med den kvantitativa metoden. Den kvantitativa metoden kännetecknas av att samla in fakta och studera relationen mellan olika uppsättningar av fakta. En kvantitativ forskare inriktar sig på att mäta och använder vetenskapliga

¹⁵ Lehrberg a.a. s. 167-168.

¹⁶ Bryman, Alan: *Samhällsvetenskapliga metoder*, Malmö 2011, s. 206.

¹⁷ Ely, Margot; Anzul, Margaret; Freidman, Teri; Gardner Daine och McCormarck Steinmetz, Ann: *Kvalitativ forskningsmetodik i praktiken – cirklar inom cirklar*, Lund 1993, 66.

¹⁸ Kvale, Steinar och Brinkmann, Svend: *Den kvalitativa forskningsintervjun*, Lund 2009, s. 17.

¹⁹ Carlsson, Bertil: *Kvalitativa forskningsmetoder – för medicin och beteendevetenskap*, Falköping 1991, s. 25.

²⁰ Bell, Judith: *Introduktion till forskningsmetodik*, Lund 2000, s. 13. Se även Carlsson a.a. s. 25.

tekniker som kan ge kvantifierbara slutsatser och om möjligt dra generella slutsatser från det.²¹ Slutligen vill jag poängtera att jag inte gör anspråk på att återge en fullständig bild av hur upphandlande myndigheter och enheter tolkar begreppet utan avser endast att ge en inblick i hur begreppet *kan* tolkas, och hur begreppet tolkas av uppsatsens respondenter. Emellertid torde respondenternas svar, åtminstone till den del de överensstämmer med varandra, kunna ge en indikation på hur upphandlande myndigheter och enheter tolkar begreppet.

1.5 Material och forskning

Rättsområdet offentlig upphandling är ett relativt nytt ämne inom juridiken. I och med att rättsområdet är ungt saknas i stor utsträckning juridisk forskning, vägledande rättspraxis och doktrin, både i svensk och i utländsk rätt. Viss uppdragsforskning med Konkurrensverket som initiativtagare återfinns men därutöver har få lagt fram en avhandling i ämnet. Enligt mina efterforskningar återfinns inte någon närmare utredning som berör uppsatsens frågeställningar.

Beträffande material för uppsatsens metoder har en relativ omfattande materialundersökning genomförts. Material som använts i urval är Jareborg, Lehrberg, Peczenik och Carlsson. Carlssons bok vänder sig i första hand till forskarstudenter inom medicin och beteendevetenskap och därutöver till andra forskningsområden. Jag har emellertid funnit boken mycket användbar, i synnerhet då den är mycket pedagogisk. Till uppsatsens deskriptiva del har bland annat förarbeten, lagkommentarer och litteratur använts. *Upphandlingsutredningen 2010* med Anders Wijkman i spetsen har använts och då framför allt slutbetänkandet *SOU 2013:12 Goda affärer - en strategi för hållbar offentlig upphandling* tillsammans med *Prop. 2013/14:133*. Delbetänkandet *SOU 2014:51 Nya upphandlingsregler i Genomförandeutredningen* med Eskil Nord som särskild utredare, med anledning av de nya upphandlingsdirektiven²², har också använts. Socialdepartementets *Ds 2014:25 Nya upphandlingsregler* har använts i större omfattning än delbetänkandet då promemorian innehåller ett fullständigt författningsförslag till de två nya upphandlingslagarna.²³

Beträffande material i form av litteratur har framför allt material från Sue Arrowsmith använts.²⁴²⁵ Därtill har en artikel från Adrian Brown i *Public*

²¹ Carlsson a.a. s. 13.

²² Se det nya klassiska direktivet (2014/24/EU) och det nya försörjningsdirektivet (2014/25/EU).

²³ Se *Ds 2014:25 – Nya upphandlingsregler* s. 11-12.

²⁴ Arrowsmith, Sue: *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2005.

²⁵ Notera att ny upplaga från 2014 finns av Arrowsmiths nämnda bok. Vid uppsatsens inledande skede fanns emellertid inte 2014:s upplaga på Juridicum och då praxis och doktrin hänvisar till 2005:s upplaga valde jag att använda den.

Procurement Law Review använts.²⁶ Browns artikel är från år 1993 men är fortfarande av betydelse och utgör enligt min uppfattning utgångspunkt till dagens tolkning utvecklad av Arrowsmith. Betonäs bör att Arrowsmith skriver i förhållande till de unionsrättsliga tröskelvärdena men vägledning från hennes bok kan ändå hämtas.²⁷ Utöver Arrowsmith har material hämtats från Bergman m.fl.²⁸, Bergqvist m.fl.²⁹, Carenholm³⁰, Pedersen³¹ och Sundstrand³². Böckerna av Bergqvist m.fl. och Carenholm har varit användbara då de tillfört ett mer praktiskt perspektiv till uppsatsen. Uppmärksammas bör att böckerna av Bergman m.fl., Pedersen respektive Sundstrands bok, *Offentlig upphandling – en introduktion*, är läroböcker. Jag har gett läroböckerna begränsat inflytande och använt dem främst i den deskriptiva delen, *kapitel 2*. Därutöver, har en PM skriven av Kihlman³³ beaktats i mycket begränsad mån. Kihlmans material är skrivet på uppdrag av en upphandlande myndighet och jag är uppmärksam på att materialets värde kan påverkas av det.

Lagkommentarer skrivna av Falk³⁴, Rosén Andersson m.fl.,³⁵ Ulfsson³⁶ Forssell m.fl. i JP Infonet³⁶ och Ulfsson Forssell i Lexino³⁷ har också

²⁶ Brown, Adrian: "Getting to grips with aggregation under the E.C. public procurement rules", *Public Procurement Law Review*, 1993.

²⁷ SOU 2013:12 a.a. s. 260 och Prop. 2009/10:180, *Nya rättsmedel på upphandlingsområdet*, s. 345.

²⁸ Bergman, Mats; Indén, Tobias; Lundberg, Sofia; Madell, Tom: *Offentlig upphandling – På rätt sätt och till rätt pris*, Lund 2011.

²⁹ Bergqvist, Per-Ola; Hane, John och Johansson, Sture: *Offentlig upphandling av entreprenader inom byggsektorn*, Malmö 2012.

³⁰ Carenholm, Staffan: *Att upphandla arkitekt- och teknikkonsulttjänster: en handledning för offentliga upphandlare*, Mölnycke 2011.

³¹ Pedersen, Kristian: *Upphandlingens grunder – en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, Stockholm 2013.

³² Sundstrand, Andrea: *Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, Stockholm 2012 och *Offentlig upphandling – en introduktion*, Lund 2013.

³³ Kihlman, Jon: *PM angående gränserna för direktupphandling enligt LOU*, hämtad 2014-10-17: www.avtalsratt.com/images/stories/direktupphandling.pdf.

³⁴ Falk, Jan-Erik: *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*, Stockholm 2011 och *Lag om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster – en kommentar (Försörjningslagen)* Stockholm 2010.

³⁵ Rosén Andersson, Helena; Mühlenbock, Eva-Maj; Willquist, Henrik; Svensson, Natalie, *Lagen om offentlig upphandling – En kommentar*, Visby 2013 och Rosén Andersson, Helena; Mühlenbock, Eva-Maj; Willquist, Henrik; Svensson, Natalie, *Lagen om offentlig upphandling – En kommentar*, kommentar till 15 kap. 3 a § LOU s. 1 på Zeteos hemsida, hämtad 2014-06-17:

http://zeteo.nj.se.ludwig.lub.lu.se/docview?p_p_id=WK_RE_DocView_W..._p_cacheability=cacheLevelPage&p_p_col_id=column-2&p_p_col_count=1.

³⁶ Ulfsson Forssell, Anna, Olovsson, Sara-Li och Lundgren, Ulrika: *Beräkning av ett kontrakts värde enligt 15 kap. LOU – Analys*, JP Infonet 2013, hämtad 2014-07-07: <http://www.jpinfonet.se/dokument/Analyser-och-referat/1846853/strongBerakningstrong-av-ett-strongkontrakts-varde-enligt-15-kapstrong-strongLOUstrong?id=20722&search=Ber%C3%A4kning%20av%20ett%20kontrakts%20v%C3%A4rde%20enligt%2015%20kap.%20LOU>

³⁷ Ulfsson Forssell Anna: *Lag (2007:1091) om offentlig upphandling 15 kap. 3 a §*, Lexino 2014, hämtad 2014-10-15:

http://juridik.karnovgroup.se.ludwig.lub.lu.se/document/1495879/1?frt=15+kap.+3+a+§+LOU&hide_flash=1&page=1&rank=1&versid=413-1-2012.

utgjort material i uppsatsen. Kommentarererna rör huvudsakligen LOU med undantag för Falk som även har en kommentar för LUF. I specialmotiveringen till 15 kap. 3 a § LUF framgår emellertid att lagrummet motsvarar 15 kap. 3 a § LOU och vidare hänvisas till propositionens kommentar för LOU.³⁸ Kammarkollegiets vägledning 2011:6 om direktupphandlingar har därutöver använts. Konkurrensverket övertog Kammarkollegiets upphandlingsstödjande verksamhet den 1 mars 2014.³⁹ Eftersom webbplatsen, www.upphandlingsstod.se, finns tillgänglig fram till årsskiftet 2014/15 med stöd och vägledningar och dessutom Konkurrensverket hänvisar till vägledningen⁴⁰ har jag fortsättningsvis tillmätt vägledningen värde.

Vidare har jag eftersträvat att använda tryckta källor. I undantagsfall har det emellertid motiverats att hänvisa till elektroniska källor. Material avseende rättsfallsgenomgången har utgjorts av rättspraxis från kammarrätterna och förvaltningsrätterna. Valet att undersöka underrättspraxis är enligt min uppfattning väl övervägt och berättigat eftersom rättspraxis från HFD saknas, som redogjorts för i avsnitt 1.3. Rättsfallsgenomgången uppdaterades sista gången den 9 december 2014. Rättsfall som tillkommit efter det datumet har således inte beaktats i uppsatsen. Slutligen har intervjuerna, som visserligen inte är någon rättskälla, utgjort material i uppsatsen. Vid beaktande av intervjuerna har jag varit medveten om att intervjuresultatet speglar de upphandlande myndigheterna och enheternas synsätt. Ändamålet med intervjuerna har varit att få en insikt i hur upphandlande myndigheter och enheter tolkar begreppet och materialet har behandlats därefter.

Slutligen vill jag framhålla att enligt Dahlman ska en rättsvetenskaplig framställning enligt neutralitetsidealet vara opåverkad av forskarens politiska och moraliska värderingar. Huruvida neutralitetsidealet är möjligt eller ens önskvärt kan diskuteras. Personliga värderingar är inte förbjudna, utan tvärtom välkomna, men den beskrivande, neutrala delen måste tydligt avskiljas.⁴¹ Av den anledningen har jag valt att tydligt klargöra när ett argument eller påstående bygger på mina egna värderingar eller tolkningar.

1.6 Disposition

Uppsatsen innehåller en deskriptiv del, som beskriver gällande rätt, och en del bestående av kvalitativa intervjuer som ämnar nyansera uppsatsen genom att återge hur några upphandlande myndigheter och enheter tolkar begreppet ifråga. *Kapitel 2, 3 och 4* tillhör den deskriptiva delen. *Kapitel 5* presenterar de kvalitativa intervjuerna. *Kapitel 3, 4 och 5* har getts

³⁸ Prop. 2009/10:180 a.a. s. 387.

³⁹ Se 1 § Förordning (2007:1117) med instruktion för Konkurrensverket.

⁴⁰ Se Konkurrensverket: *Upphandlingsstöd*, hämtad 2014-09-15:

http://www.konkurrensverket.se/t/Page_9719.aspx.

⁴¹ Dahlman, Christian: *Neutralitet i juridisk forskning*, Lund 2006, s. 6 och s. 82.

sammanfattande kommentarer i direkt anslutning till respektive kapitel. I *kapitel 6* presenteras den fullständiga analysen med en redogörelse av de lege lata, en diskussion ur ett de lege ferendaperspektiv och slutligen mina sammanfattande slutsatser. I *kapitel 2* ges en allmän rättslig bakgrund till läsaren i syfte att skapa ramen för frågeställningarnas utgångspunkt. *Kapitel 3* utreder uppsatsens första frågeställning avseende vad den rättsliga innebörden av begreppet är. I avsnitt 3.4 redogörs för olika tolkningar som återfinns avseende begreppet. *Kapitel 4* ges en rättsfallsgenomgång som besvarar uppsatsens andra frågeställning. Slutligen, i *kapitel 5*, besvarar jag frågeställning tre och presenterar de kvalitativa intervjuerna genom att beskriva de gemensamma drag och problembilder som jag har uppmärksammat i de olika intervjuerna.

1.7 Terminologi

Som den uppmärksamme läsaren lagt märke till refereras emellanåt till ”begreppet” eller ”begreppet ifråga”. Hänvisningarna avser begreppet ”direktupphandlingar av samma slag” om inget annat framgår. Vidare används unionsrätt genomgående för att beskriva EU-rätt. Avseende hänvisningar till ”upphandlingsdirektiven”, avses det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet. När jag hänvisar till ”de nya upphandlingsdirektiven” avses de nya upphandlingsdirektiven för den klassiska sektorn och försörjningssektorn. Det bör också poängteras att jag valt att skriva ut upphandlande myndighet och/eller upphandlande enhet. Emellanåt kan dock ”upphandlande myndighet/enhet” förekomma. I ÅLOU användes benämningen upphandlande enhet konsekvent. Nuvarande LOU behandlar endast upphandlingar som genomförs av upphandlande myndigheter. Begreppet upphandlande enhet återfinns endast i LUF som emellertid också använder begreppet upphandlande myndighet.⁴² I de kvalitativa intervjuerna har jag valt att benämna alla respondenter upphandlande myndighet för enkelhetens skull, även om de facto en respondent även utgjorde en upphandlande enhet.

⁴² Falk, *LOU*, a.a. s. 122.

2 Allmän rättslig bakgrund

2.1 Inledning

I detta kapitel ges en grundläggande bakgrund till rättsområdet offentlig upphandling. Direktupphandling har uttryckts vara ett enklare förfarande⁴³ och av den anledningen menar jag att det finns ett värde i att ge en kort bakgrund till upphandlingsprocessen.

2.2 Kort om offentlig upphandling

Den offentliga upphandlingen i Sverige omsätter varje år uppskattningsvis 560-670 miljarder kronor.⁴⁴ Den offentliga sektorn är således en betydande aktör på många marknader och har en stor påverkan på samhällsekonomin.⁴⁵ Den svenska upphandlingslagstiftningen bygger på unionsrätt och reglerar de offentliga inköpen. Ett övergripande syfte på upphandlingsområdet är att säkerställa fri rörlighet för varor, tjänster, personer och kapital på EU:s inre marknad.⁴⁶ Därtill syftar upphandlingsreglerna till att hantera skattemedel på ett kostnadseffektivt sätt, uppsöka och dra nytta av konkurrensen och skapa lika villkor för leverantörerna i varje upphandling.⁴⁷ Medlemsländerna ska utforma sin offentliga upphandlingsrätt så att den följer de krav som följer av EU:s upphandlingsdirektiv⁴⁸. För svenskt vidkommande tillgodoses kraven framförallt i LOU respektive LUF.⁴⁹ Bestämmelserna om de fria rörligheterna har i sin tur gett grund för de grundläggande principerna i upphandlingsrätten.⁵⁰

De grundläggande principerna för offentlig upphandling anges i 1 kap. 9 § LOU respektive 1 kap. 24 § LUF. De grundläggande principerna är krav på icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Principerna gäller för all upphandling av varor, tjänster och byggentreprenader och ger uttryck för ett antal grundläggande rättsprinciper som dels följer av EUF-fördraget, dels utvecklats i EU-domstolens rättspraxis. Tidigare återfanns begreppet affärsmässighet, ett begrepp som utmönstrades ur LOU vid

⁴³ SOU 2014:51 - *Nya upphandlingsregler* s. 13.

⁴⁴ Konkurrensverket, *Siffror och fakta om offentlig upphandling – Statistik om upphandlingar som genomförts under 2012, 2013:9*, s. 31.

⁴⁵ Bergman m.fl. a.a. s. 14.

⁴⁶ Rosén Andersson m.fl., 2013, a.a. s. 28 och Kammarkollegiets vägledning a.a. s. 7.

⁴⁷ Pedersen a.a. s. 15-16.

⁴⁸ Se framför allt det klassiska direktivet (2014/18/EG), försörjningsdirektivet (2014/17/EG).

⁴⁹ Pedersen a.a. s. 47 och Bergman m.fl. a.a. s. 14.

⁵⁰ Sundstrand, 2012, a.a. s. 329.

årsskiftet 2007/2008 och alltså ersattes av principerna. I sak innebar detta emellertid ingen ändring.⁵¹

2.3 Tillämpligt regelverk

2.3.1 Tillämpningsområden

LOU implementerar det klassiska upphandlingsdirektivet och tillämpas när upphandlande myndigheter upphandlar varor, tjänster och byggtreprenader och därutöver anordnar projekttävlingar. Avgörande för om LOU är tillämpligt är huruvida organisationen ifråga är en upphandlande myndighet i lagens mening.⁵² LUF implementerar försörjningsdirektivet och tillämpas när upphandlande enheter upphandlar byggtreprenader, varor och tjänster i och för försörjningsverksamhet, inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster. Därtill är LUF tillämpligt på projekttävlingar som bottnar i en försörjningsverksamhet.⁵³

2.3.2 Tröskelvärden

Vilka bestämmelser som aktualiseras är beroende på om upphandlingens värde överstiger de relevanta tröskelvärdena eller inte. Tröskelvärdena är olika beroende på föremålet för upphandlingen och fastställs av EU-kommissionen vartannat år.⁵⁴ De gällande tröskelvärdena för svenskt vidkommande framgår, med hänvisning från 3 kap. 1 § LOU respektive LUF, av *Regeringens tillkännagivande (2014:5) av tröskelvärden vid offentlig upphandling*. Tröskelvärdena för offentlig upphandling enligt LOU, gällande från 1 januari 2014 för varor och tjänster som upphandlas genom statliga myndigheter, är 1 169 378 kronor respektive för övriga upphandlande myndigheter⁵⁵ 1 806 427 kronor. För byggtreprenader som upphandlas genom samtliga upphandlande myndigheter är tröskelvärdet fastställt till 45 256 666 kronor. Tröskelvärdena för upphandling enligt LUF, gällande från 1 januari 2014, är för varor och tjänster som upphandlas genom upphandlande enheter 3 612 854 kronor och för byggtreprenader genom upphandlande enheter/myndigheter 45 256 666 kronor.

Upphandlingar vars värde överstiger tillämpligt tröskelvärde för upphandlingsföremålet är tillämpliga på det direktivstyrda regelverket, dvs. det klassiska direktivet respektive försörjningsdirektivet.⁵⁶ Upphandlingar vars värde understiger relevant tröskelvärde faller inom medlemsstaternas behörighet och i svensk rätt aktualiseras 15 kap. LOU respektive LUF.⁵⁷ 15

⁵¹ Pedersen a.a. s. 19.

⁵² Falk, *LOU*, a.a. s. 52.

⁵³ Falk, *LUF*, a.a. s. 62.

⁵⁴ Pedersen a.a. s. 47.

⁵⁵ Exempelvis kommuner, landsting, allmännyttiga bolag, föreningar eller stiftelser.

⁵⁶ Bergman m.fl. a.a. s. 58.

⁵⁷ Bergman m.fl. a.a. s. 68-70.

kapitlet LOU/ LUF tillämpas vid upphandling av varukontrakt, A-tjänster, byggtreprenader, byggkoncessioner och projekttävlingar vars värde understiger tröskelvärdena i 3 kap. LOU/ LUF samt vid upphandlingar av B-tjänster oavsett kontraktswärde.⁵⁸ Det kan kort nämnas att enligt de nya upphandlingsdirektiven kommer tröskelvärden bli aktuellt även för B-tjänster.⁵⁹ 15 kap. LOU respektive LUF överensstämmer till stor del med reglerna som gäller för direktivstyrd upphandling. De grundläggande principerna för *all* upphandling oavsett värde.⁶⁰

2.4 Upphandlingsförfaranden

2.4.1 Direktivstyrd upphandling

I LOU gäller som huvudregel öppet förfarande eller selektivt förfarande och endast i undantagsfall kan förhandlat förfarande användas. Därtill återfinns förfarandet konkurrenspräglad dialog, unik för LOU. I LUF är huvudregeln öppet förfarande, selektivt förfarande eller förhandlat förfarande med föregående annonsering och den upphandlande enheten kan mer eller mindre fritt välja bland förfarandena.⁶¹ I undantagsfall får den upphandlande enheten använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering.⁶²

2.4.2 Upphandling som inte omfattas av direktiven

Enligt 15 kap. LOU respektive LUF, gäller tre olika upphandlingsförfaranden: förenklat förfarande, som kan ske med eller utan annonsering, urvalsförfarande och direktupphandling.⁶³ Dessutom återfinns möjligheten till konkurrenspräglad dialog för upphandlande myndigheter enligt LOU. Förenklat förfarande och urvalsförfarande motsvarar förfarandena öppet respektive selektivt förfarande i den direktivstyrda regleringen. En stor skillnad är dock att i förenklat förfarande och urvalsförfarande är det alltid tillåtet med förhandling, vilket inte är fallet för de direktivstyrda motsvarigheterna.⁶⁴ Direktupphandling, som är utgångspunkt för den här framställningen, beskrivs närmare nedan.

⁵⁸ Rosén Andersson m.fl., 2013, a.a. s. 525.

⁵⁹ Rosén Andersson m.fl., 2013, a.a. s. 51.

⁶⁰ SOU 2013:12 a.a. s. 258-259 och 284.

⁶¹ Sundstrand, 2013, a.a. s. 128 och Pedersen a.a. s. 53.

⁶² Pedersen a.a. s. 61.

⁶³ Falk, LOU, a.a. s. 413-416.

⁶⁴ Pedersen a.a. s. 62-63.

2.4.3 Upphandlingsprocessen

En upphandlingsprocess inleds med att ett behov identifieras. Därefter utformas en annons och förfrågningsunderlag där upphandlingen i detalj beskrivs och krav på leverantören specificeras. Vid annonseringen får potentiella anbudsgivare kännedom om upphandlingen och kan utifrån förfrågningsunderlaget utforma och inkomma med anbud. Den upphandlande myndigheten eller enheten granskar inkomna anbud och kvalificerar anbudsgivare för att senare utvärdera anbuden och slutligen fastställa det vinnande anbudet genom ett tilldelningsbeslut. Offentliggörande av tilldelningsbeslutet startar avtalsspärren som löper tio eller i vissa fall 15 dagar och som förhindrar att avtal ingås innan dess avtalsspärren löpt ut. Potentiella leverantörer kan under avtalsspärren ansöka om överprövning hos förvaltningsrätten men efter att spärren löpt ut förgås den möjligheten. Efter att avtalsspärren löpt ut, och ingen överprövning skett, kan den upphandlande myndigheten/enheten sluta avtal med vinnaren och upphandlingsprocessen anses då vara avslutad.⁶⁵

2.5 Direktupphandling

2.5.1 Vad är direktupphandling?

Direktupphandling definieras enligt 2 kap. 23 § LOU respektive 2 kap. 26 § LUF som ett förfarande utan krav på anbud i viss form. I 15 kap. LOU/ LUF återfinns möjligheten till direktupphandling, vilket innebär att den upphandlande myndigheten kan göra inköp utan särskilda formkrav på upphandlingens genomförande. Direktupphandling innebär ett enklare förfarande jämfört med övriga upphandlingsförfaranden i LOU och LUF.⁶⁶ Direktupphandling innebär exempelvis inget krav på annonsering, skriftligt förfrågningsunderlag eller skriftliga anbud. Därtill kan den upphandlande myndigheten lämna direkt förfrågan till en eller till flera lämpligt antal leverantörer och eventuellt ha förhandling med en eller flera leverantörer.⁶⁷ Den eller de valda leverantörerna får lämna anbud på anmodan av den upphandlande myndigheten. Då det saknas lagbestämmelser om hur anbuden ska vara utformade kan anbuden i en direktupphandling vara muntliga eller skriftliga.⁶⁸ De grundläggande principerna om likabehandling, icke-diskriminering, proportionalitet, öppenhet och ömsesidigt erkännande gäller även vid direktupphandling. Direktupphandling innebär ändå ett enklare förfarande.⁶⁹ Sundstrand har föreslagit att den upphandlande myndigheten kan begära in offerter från ett lämpligt antal leverantörer och att ett passande sätt kan vara via telefon. Vidare måste kostnaden för förfarandet stå i rimlig proportion till

⁶⁵ Rosén Andersson m.fl., 2013, a.a. s. 27-28 och Bergman m.fl. s. 18.

⁶⁶ Kammarkollegiets vägledning a.a. s. 3.

⁶⁷ Sundstrand, 2013, a.a. s. 142.

⁶⁸ Kammarkollegiets vägledning a.a. s. 3.

⁶⁹ SOU 2014:51 a.a. s. 13.

upphandlingens storlek och den uppskattade eventuella vinst genom att flera leverantörer kontaktas.⁷⁰

Sedan lagändringarna⁷¹ den 1 juli 2014 ska den upphandlande myndigheten/enheten besluta riktlinjer för användning av direktupphandling enligt 15 kap. 3 § andra stycket sista meningen LOU/LUF. Vidare ska den upphandlande myndigheten/enheten anteckna skälen för sina beslut och annat som är av betydelse vid upphandlingen om upphandlingens värde överstiger 100 000 kronor. Det följer av 15 kap. 18 § LOU/LUF. Det kan också nämnas att vid införandet av de nya upphandlingsdirektiven kommer den icke direktivstyrda delen tillsammans med offentlig upphandling av vissa sociala tjänster och andra särskilda tjänster återfinnas i 19 kap. LOU respektive LUF.⁷² Vidare kommer bestämmelsen om beräkningen av värdet av en upphandling återfinnas i 19 kap. 7 § LOU/LUF. Paragrafen motsvarar 15 kap. 3 a § LOU/LUF och ordbytet från 2004 års upphandlingsdirektiv där det talas om värdet av ett *kontrakt* till värdet av en *upphandling* innebär ingen skillnad i sak.⁷³

2.5.2 Förutsättningar för direktupphandling

I 15 kap. 3 § LOU stadgas de tre olika förutsättningarna när direktupphandling är tillåtet. Direktupphandling är tillåtet på grund av lågt värde till en fast beloppsgräns, på grund av synnerliga skäl och på grund av att det inte är lämpligt att begära in anbud genom annonsering. Direktupphandling får således endast genomföras under dessa tre särskilt angivna förutsättningar i LOU/LUF. Den första förutsättningen, som den här framställningen tar sikte på, är om kontraktsvärdet för det som ska upphandlas understiger gällande direktupphandlingsgräns. Direktupphandlingsgränserna är enligt 15 kap. 3 § LOU/LUF 28 procent av tröskelvärdet för LOU och 26 procent av tröskelvärdet för LUF. För LOU:s vidkommande innebär det att direktupphandlingsgränsen är 505 800 kronor. Enligt LUF är direktupphandlingsgränsen 939 342 kronor. Den andra förutsättningen, att det inte är lämpligt att begära in anbud genom annonsering, kan exempelvis gälla kompletterande leveranser från tidigare leverantör, särskilda tekniska eller konstnärliga skäl, ensamrätt eller synnerlig brådska. Den tredje förutsättningen stadgar att direktupphandling är tillåtet om det finns synnerliga skäl. Exempel på synnerliga skäl är oförutsedda händelser som den upphandlande myndigheten inte själv kunnat råda över.⁷⁴ Betonas bör att direktupphandling är ett undantagsförfarande och enligt praxis och förarbetena ska direktupphandling tillämpas restriktivt. Den upphandlande myndigheten/enheten ansvarar för att kontrollera att de upphandlingar som görs inom myndigheten/enheten inte överskrider

⁷⁰ Sundstrand, 2013, a.a. s. 142.

⁷¹ Se SFS 2014:474 och SFS 2014:475.

⁷² Ds 2014:25 a.a. s. 595.

⁷³ Ds 2014:25 a.a. s. 400 och 740-741.

⁷⁴ Kammarkollegiets vägledning a.a. s. 3.

direktupphandlingsgränsen.⁷⁵ Vidare är det är den upphandlande myndigheten eller enheten som bär bevisbördan för att direktupphandlingen är tillåten och att förutsättningar för att använda förfarandet förelegat.⁷⁶

2.5.3 Otillåten direktupphandling

En otillåten direktupphandling är en upphandling, inom hela tillämpningsområdet för LOU/LUF, som genomförts utan att den annonserats trots att undantag från annonsering enligt LOU/LUF inte förelegat.⁷⁷ Ett exempel på vad som utgör otillåtna direktupphandlingar är när den upphandlande myndigheten hänvisar till synnerliga skäl trots att sådant skäl inte förelegat. Andra exempel är när en upphandlande myndighet felaktigt inte ansetts sig utgöra en upphandlande myndighet eller när beloppsgränserna för direktupphandling överskridits. Genomförs en otillåten direktupphandling kan upphandlingen komma att överprövas och en domstol besluta att upphandlingen görs om.⁷⁸ Vidare kan ett träffat avtal komma att ogiltighetsförklaras och den upphandlande myndigheten kan riskera att bli skyldig betala upphandlingsskadeavgift till staten och skadestånd till leverantören.⁷⁹

Vid direktupphandling kan överprövning av upphandlingen ske fram till dess att ett avtal träffats. Då ingen obligatorisk avtalsspärr gäller, är det emellertid svårt för en leverantör att begära överprövning av en direktupphandling eftersom leverantören ofta upplyses om en direktupphandling i efterhand, när avtalet ifråga redan är slutet.⁸⁰ En leverantör kan också ansöka att få avtalet ogiltighetsförklarat i domstol.

Den upphandlande myndigheten kan, för att skydda sig mot att avtalet ogiltigförklaras, välja att tillämpa en frivillig avtalsspärr genom en så kallad förhandsinsyn.⁸¹ Förhandsinsyn innebär enligt 15 kap. 5 a § LOU respektive LUF att den upphandlande myndigheten får annonsera sin avsikt att tilldela ett kontrakt i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig. Om ingen ansökan om överprövning inkommer inom förhandsinsynen, försvinner möjligheten att överpröva avtalets ogiltighet.⁸² Enligt 17 kap. 1-2 §§ LOU/LUF får Konkurrensverket ansöka vid allmän förvaltningsdomstol att en upphandlande myndighet eller enhet, som genomfört en otillåten direktupphandling, ska förpliktigas betala upphandlingsskadeavgift. En upphandlingsskadeavgift är lägst tio tusen kronor och högst tio miljoner kronor. Värdet får dock inte överstiga tio procent av avtalets värde enligt 15 kap. 3 a § LOU/LUF.⁸³ En leverantör som slutit ett avtal med en upphandlande myndighet eller enhet men som sedan ogiltighetsförklaras av

⁷⁵ Prop. 2009/10:180 a.a. s. 345.

⁷⁶ SOU 2013:12 a.a. s. 257 och 259.

⁷⁷ Falk, *LOU*, a.a. s. 460.

⁷⁸ Kammarkollegiets vägledning a.a. s. 34.

⁷⁹ Bergman m.fl. a.a. s. 130.

⁸⁰ Kammarkollegiets vägledning a.a. s. 35.

⁸¹ Bergman m.fl. a.a. s. 129.

⁸² Kammarkollegiets vägledning a.a. s. 35.

⁸³ Kammarkollegiets vägledning a.a. s. 35-38.

domstol, på grund av att det var en otillåten direktupphandling, kan kräva skadestånd från myndigheten.⁸⁴ Det är emellertid inte en helt okomplicerad situation och skadeståndets storlek är beroende på om leverantören var i ond eller god tro avseende att direktupphandlingen var otillåten.⁸⁵

⁸⁴ Bergman m.fl. a.a. s. 130.

⁸⁵ Kammarkollegiets vägledning a.a. s. 9.

3 Direktupphandlingar av samma slag

3.1 Inledning

I det här avsnittet kommer begreppet “direktupphandlingar av samma slag” att utredas närmare. Begreppet återfinns i bestämmelsen om beräkning av värdet av ett kontrakt i 15 kap. 3 a § LOU respektive LUF. Det saknas definition av begreppet i lagtext och praxis på området är begränsat.⁸⁶ Vägledning och stöd för tolkningen av beräkningen av värdet av ett kontrakt får sökas i motiven för och praxis avseende motsvarande bestämmelser över tröskelvärdena.⁸⁷ I detta avsnitt redogörs för beräkningen av kontraktsvärdet, uttalanden om begreppet från förarbeten, upphandlingsutredningen, remissinstanser samt litteratur.

3.2 Beräkningen av värdet på ett kontrakt

Beräkningen av värdet på ett kontrakt är av avgörande betydelse för om direktupphandling till lågt värde, till relevant beloppsgräns, är tillåtet eller inte.⁸⁸ Som ovan nämnts, uppgår beloppsgränserna för närvarande till 505 800 kronor för LOU och 939 342 kronor för LUF. Beloppsgränsen för direktupphandling ska fastställas för kontraktsvärdet vid tidpunkten för ingående av avtal. Huruvida avtalets utfall i praktiken understiger direktupphandlingsgränsen spelar således ingen roll. Av betydelse är om det vid tiden för kontraktstecknandet förelåg en skyldighet att annonsera upphandlingen.⁸⁹ Beräkningen av värdet på ett kontrakt framgår i 15 kap. 3 a § LOU:

”Värdet av ett kontrakt ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. En upphandling får inte delas upp i syfte att kringgå bestämmelserna i denna lag.

Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats.

Vid beräkningen ska den upphandlande myndigheten beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten under räkenskapsåret. Lag (2010:571).”

I LUF 15 kap. 3 a § LOU framgår motsvarande. 15 kap. 3 a § LOU/LUF motsvarar bestämmelserna i 3 kap. 3 § första meningen, 3 kap. 5 § och 3 kap. 10 § LOU/LUF avseende beräkning av ett kontrakts värde för

⁸⁶ Ulfsdotter m.fl. a.a. s. 2.

⁸⁷ Prop. 2009/10:180 a.a. s. 346.

⁸⁸ Kammarkollegiets vägledning a.a. s. 6.

⁸⁹ Kammarrätten i Stockholm mål nr 3056-11.

tillämpligt tröskelvärde.⁹⁰ Vid beräkningen av kontraktsvärdet ska den upphandlande myndigheten/enheten beräkna det maximala belopp som kan komma att betalas sammanlagt under hela den tid avtalet gäller.⁹¹ Mervärdesskatt ska inte ingå i beräkningen av kontraktsvärdet.⁹² Liksom vid beräkningen av kontraktets värde enligt 3 kap. LOU/LUF ska eventuella options- och förlängningsklausuler betraktas som att de utnyttjats.⁹³ En förlängningsklausuls syfte saknar betydelse vid beräkningen av kontraktsvärdet utan den totala tiden ska inkluderas i beräkningen.⁹⁴

En uppmärksammas fråga, i samband med options- och förlängningsklausuler, är huruvida prisförhandlingsklausuler också borde beaktas som om de utnyttjats. I Kammarrätten i Stockholm uppkom frågan om möjligheten till en prisförhandling inför en eventuell förlängning i avtalet medförde att kontraktets värde skulle bestämmas till ett högre belopp och därmed utgjorde en otillåten direktupphandling. Kammarrätten konstaterade att kommunens uppskattning av kontraktets värde, till det vid tidpunkten för kontraktstecknandet avtalade beloppet, objektivt sett framstod som riktigt. Vidare konstaterades att en prisdiskussion kan utmynna i såväl ett högre som ett lägre pris än det angivna. I avtalet återfanns en formulering som innebar att om parterna inte kom överens vid prisdiskussionen skulle det senast avtalade priset gälla. Enligt kammarrätten kunde prisdiskussionen i målet således inte leda till en höjning mot kommunens vilja. Direktupphandlingen konstaterades inte vara otillåten och det saknades skäl att ogiltigförklara avtalet i målet.⁹⁵

15 kap. 3 a § tredje stycket LOU/LUF är unikt för direktupphandlingar och anger att den upphandlande myndigheten eller enheten ska beakta samtliga "direktupphandlingar av samma slag" gjorda av myndigheten/enheten under räkenskapsåret.⁹⁶ Vad som avses med "räkenskapsår" är inte närmare definierat eller förtydligt i praxis. Det har emellertid uttalats att "räkenskapsåret" inte upplevs vara föremål för några svårigheter eller diskussioner, förutsatt att den upphandlande myndigheten vet vilket räkenskapsår de använder sig av.⁹⁷ I de allra flesta fall är räkenskapsåret detsamma som kalenderåret.⁹⁸

3.2.1 Kontinuerligt behov

Det framgår i 15 kap. 3 a § första stycket LOU/LUF att det är förbjudet att dela upp upphandlingar i syfte att underskrida tillämplig direktupphandlingsgräns och kringgå upphandlingsreglerna. Det bör dock

⁹⁰ Prop. 2009/10:180 a.a. s. 345.

⁹¹ Kammarkollegiets vägledning a.a. s. 6.

⁹² SOU 2013:12 a.a. s. 259.

⁹³ Ulfsson Forssell a.a. s. 1.

⁹⁴ Kammarrätten i Jönköping mål nr 2511-08.

⁹⁵ Kammarrätten i Stockholm mål nr 3103-11.

⁹⁶ SOU 2013:12 a.a. s. 259.

⁹⁷ Ulfsson m.fl. a.a. s. 3.

⁹⁸ SOU 2013:12 a.a. s. 259.

poängteras att det givetvis inte är förbjudet att dela upp kontrakt i flera delkontrakt.⁹⁹ Det kan finnas andra skäl som är objektivt godtagbara till att ha exempelvis ettåriga kontrakt. En anledning kan vara att underlätta för mindre företag som saknar resurser att lämna anbud på längre avtal som kan vara konkurrensbegränsande.¹⁰⁰ En annan anledning har uttryckts vara om en separat operativ enhet hos den upphandlande myndigheten/enheten självständigt ansvarar för sin upphandling.¹⁰¹ Upphandlingar som har ett naturligt samband i tid och innehåll bör dock inte upphandlas separat.¹⁰² Den upphandlande myndigheten eller enheten ska vid beräkningen beakta samtliga "direktupphandlingar av samma slag" gjorda under räkenskapsåret. Enligt Rosén Andersson m.fl. måste myndigheten vid beräkningen även beakta kommande behov.¹⁰³ Betonäs bör dock att Kihlman menar att beräkningen inte ska vara framåtsyftande, utan istället grundas på historiska fakta hänförliga till den tidigare delen av räkenskapsåret.¹⁰⁴ Kammarkollegiet uttalar sig, i sin vägledning, om situationen när en upphandlande myndigheten/enheten har ett kontinuerligt behov och där direktupphandlingsgränsen kan komma att överskridas på ett par års sikt. I de situationerna kan det finnas praktiska och ekonomiska skäl att genomföra en annonserad upphandling och teckna ett flerårigt ramavtal enligt Kammarkollegiets vägledning.¹⁰⁵ Enligt Konkurrensverket bör den upphandlande myndigheten/enheten överväga att upphandla ett ramavtal vid ett återkommande behov men där volymen är svår att uppskatta. Ett ramavtal kan i den situationen säkerhetsställa att upphandlingsreglerna efterlevs menar Konkurrensverket.¹⁰⁶

I de nya upphandlingsdirektiven återfinns metoder för beräkningen av kontraktsvärdet avseende tröskelvärdena. I anslutning till ovan utredning avseende kontinuerligt behov kan nämnas att det i de nya upphandlingsdirektiven, artikel 6.11 avseende det nya klassiska direktivet och artikel 16.11 avseende det nya försörjningsdirektivet, återfinns två alternativa metoder att välja bland för beräkningen av varu- och tjänstekontrakt som regelbundet återkommer. Det uppskattade kontraktsvärdet kan beräknas enligt det första alternativet utifrån det reella värdet av liknande kontrakt som tilldelats under de föregående tolv månaderna eller räkenskapsåret. Enligt det andra alternativet kan kontraktsvärdet beräknas utifrån det uppskattade totala värdet baserat på kontrakt som avses tilldelas under loppet av de tolv månader som följer efter den första leveransen eller under räkenskapsåret om det är längre än tolv månader.

⁹⁹ Prop. 2009/10:180 a.a. s. 345.

¹⁰⁰ Rosén Andersson m.fl., *Zeteo 2014*, a.a. s. 1.

¹⁰¹ Se skäl 19 i det nya klassiska direktivet (2014/24/EU) och skäl 29 i det nya försörjningsdirektivet (2014/25/EU).

¹⁰² Prop. 2009/10:180 a.a. s. 345.

¹⁰³ Rosén Andersson m.fl., *Zeteo 2014*, a.a. s. 1.

¹⁰⁴ Kihlman a.a. s. 21.

¹⁰⁵ Kammarkollegiets vägledning a.a. s. 9.

¹⁰⁶ Konkurrensverkets vägledning, *Krav på riktlinjer vid direktupphandlingar*, juli 2014, s. 9.

3.2.2 Självtändig enhet inom myndigheten eller enheten

Den upphandlande myndigheten eller enheten måste ha kontroll över de direktupphandlingar som genomförs i hela organisationen så att inga otillåtna direktupphandlingar sker.¹⁰⁷ En fråga som uppkommer beträffande detta är på vilken "nivå" sammanräkningen av direktupphandlingar ska göras.¹⁰⁸ Vid beräkningen av kontraktsvärdet spelar definitionen av en upphandlande myndighet/enhet en betydande roll eftersom en självständig enhet, eller den modernare benämningen "separat operativ enhet"¹⁰⁹, inom en upphandlande myndighet/enhet får beräkna sina egna tröskelvärden och direktupphandlingsgränser.¹¹⁰ Vägledning till bedömningen får hämtas från definitionerna i LOU och LUF.¹¹¹ EU-kommissionen har publicerat riktlinjer för när självständiga enheter inom en upphandlande enhet kan existera. Enligt riktlinjerna kan en självständig enhet föreligga om de har egen juridisk, teknisk och ekonomisk expertis.¹¹²

Kommissionens riktlinjer omfattar bara upphandlande enheter inom försörjningssektorerna.¹¹³ Om enheten agerar självständigt utifrån de frågeställningar som är uppställda i kommissionens riktlinjer talar det för att enheten utgör en självständig enhet. Den självständiga enhetens upphandlingar måste således inte läggas samman med någon annan del av den upphandlande myndigheten eller enheten.¹¹⁴ För det nya klassiska direktivet, artikel 5.2, återfinns dock förtydligande avseende om en enhet eller avdelning kan anses ha självständigt ansvar för sina upphandlingar.¹¹⁵ Motsvarande förtydligande om separat operativ enhet återfinns i artikel 15.2 i det nya försörjningsdirektivet. Bedömningen ska göras utifrån en helhetsbedömning utifrån en rad frågeställningar motsvarande Kommissionens riktlinjer för försörjningssektorerna där självständigheten är avgörande.¹¹⁶ Därtill poängteras i de nya upphandlingsdirektiven att en uppdelning inte är motiverad endast för att den upphandlande myndigheten eller enheten sköter verksamhetens upphandling decentraliserad.¹¹⁷

Exempel på vad som kan utgöra självständiga enheter har uttryckts vara sjukhus men enligt Kammarkollegiets vägledning vanligtvis inte skolor och förskolor.¹¹⁸ Vidare har det uttryckts att hos en kommun torde gatukontoret,

¹⁰⁷ SOU 2013:12 a.a. s. 259 och 261.

¹⁰⁸ Kammarkollegiets vägledning a.a. s. 9.

¹⁰⁹ Ds 2014:25 a.a. s. 397.

¹¹⁰ Ulfdotter m.fl. s. 2. Se vidare Rosén Andersson m.fl., 2013, a.a. s. 191.

¹¹¹ SOU 2013:12 a.a. s. 260.

¹¹² Se EU-kommissionens riktlinjer, "Policy guidelines on contracts awarded by separate units of a contracting entity under dir. 90/531/EEC (utilities)", publicerad i december 1992.

¹¹³ Sundstrand, 2013, a.a. s. 63.

¹¹⁴ EU-kommissionens riktlinjer a.a.

¹¹⁵ SOU 2013:12 a.a. s. 282-283.

¹¹⁶ Ds 2014:25 a.a. s. 397.

¹¹⁷ Skäl 20 det nya klassiska direktivet (2014/24/EU) och skäl 30 det nya försörjningsdirektivet (2014/25/EU).

¹¹⁸ Kammarkollegiets vägledning a.a. s. 10.

fastighetskontoret och kultur- och fritidsförvaltningen var och en för sig kunna direktupphandla upp till direktupphandlingsgränsen.¹¹⁹ De två begreppen juridisk person, som kommunen i sig utgör, och upphandlande myndighet sammanfaller således inte alltid eftersom en kommunal nämnd exempelvis kan utgöra en självständig enhet enligt LOU.¹²⁰ Det bör dock betonas att det saknas klagörande praxis i frågan.¹²¹

3.3 Uttalanden i förarbeten och utredningar

3.3.1 Definition av begreppet "direktupphandlingar av samma slag" saknas

Regeringen bedömde i prop. 2013/14:133 att det inte borde införas någon definition av begreppen "upphandlande myndighet" och "direktupphandling av samma slag" i upphandlingslagarna LOU och LUF. Regeringen hänvisade till upphandlingsutredningen 2010:s slutbetänkande som konstaterade att det visserligen råder osäkerhet kring hur begreppen "upphandlande myndighet" och "direktupphandlingar av samma slag" ska tolkas men att det av olika skäl inte krävdes någon precisering av begreppen. Ett av de främsta skälen till bedömningen var att ett införande av definitioner riskerar att skapa skillnader mellan den direktivstyrda upphandlingen och den icke direktivstyrda upphandlingen i 15 kap. LOU och LUF.¹²² Enligt slutbetänkandet skulle problem uppstå om Sverige utvecklade en egen tolkning av begreppen som endast gäller direktupphandlingar. Den potentiella problematiken uppmärksammas eftersom vägledning idag hämtas från motiven och praxis avseende motsvarande bestämmelser för de direktivstyrda delarna i LOU och LUF.¹²³

Beträffande begreppet "direktupphandlingar av samma slag" konstaterades i propositionen att det var oklart hur rekvisitet ska tolkas. Vidare hänvisades till att i Kammarkollegiets vägledning 2011:6 anges hur bedömningen av begreppet kan göras. Därtill poängterades att Arbetsförmedlingen, i sitt remissyttrande, anfört att det finns andra metoder för hur bedömningen av rekvisitet kan göras. Av de ovan anförda skälen delade regeringen upphandlingsutredningens bedömning att bestämmelsen i LOU och LUF inte krävde ytterligare precisering.¹²⁴ Några definitioner infördes således inte i de efterföljande lagändringarna.¹²⁵ Dessutom uttalades det att det

¹¹⁹ Bergqvist m.fl. a.a. s. 82.

¹²⁰ Rosén Andersson m.fl., 2013, a.a. s. 175-176.

¹²¹ Kammarkollegiets vägledning a.a. s. 10.

¹²² Prop. 2013/14:133 *Direktupphandling* s. 24-26.

¹²³ SOU 2013:12 a.a. s. 281. Se även prop. 2009/10:180 a.a. s. 345-346.

¹²⁴ Prop. 2013/14:133 a.a. s. 24-26.

¹²⁵ Jfr SFS 2014:474 och SFS 2014:475.

saknades anledning att ta fram särskilda modeller för beräkning av kontraktsvärdet som uteslutande ska tillämpas vid direktupphandling.¹²⁶

3.3.2 Remissinstanserna önskar klarläggande av begreppet "direktupphandlingar av samma slag"

Många remissinstanser, däribland *Lunds universitet*, *Mölnadal kommun* och *Svenskt Näringsliv*, ansåg, beträffande Upphandlingsutredningen 2010:s bedömning att inte införa någon definition av begreppen ifråga, att det fanns behov av att klarlägga hur "upphandlande myndighet" ska definieras och "direktupphandlingar av samma slag" ska tolkas. *Svenskt Näringsliv* betonade att det råder osäkerhet hur begreppen ska tolkas och ansåg att det senast i samband med implementeringen av de nya direktiven måste finnas ett officiellt klarläggande av hur begreppen ska tolkas. Även andra remissinstanser ansåg att begreppen borde definieras närmare och framförde också att ett klarläggande i samband med genomförandet av de nya direktiven bör göras.¹²⁷

3.3.3 "Närbesläktade" eller "likartade" upphandlingar

Det konstaterades i slutbetänkandet till Upphandlingsutredningen 2010 att begreppet "direktupphandlingar av samma slag" varken klargjorts i praxis eller förarbeten.¹²⁸ Utredningen hänvisade dock till att det i tidigare förarbeten använts begrepp som "närbesläktade" och "likartade" avseende vad som kan vara upphandlingar av samma slag. Därtill hänvisades också till att kategorierna i bilaga 1 till LOU respektive LUF kan användas för att avgöra vilka tjänster som ska läggas samman. Bilagan innehåller endast en förteckning över byggentreprenadkontrakt och är ordnad i huvudgrupper och undergrupper. Enligt bilagan bör undergruppen för exempelvis takarbeten, där byggande av tak, taktäckning och impregnering ingår, räknas som likartade.¹²⁹

3.3.4 Likartade varor avsedda för identisk eller likartad användning

I de nya upphandlingsdirektiven uttrycks att begreppet likartade varor vid beräkningen av tröskelvärdena bör förstås som varor som är avsedda för

¹²⁶ SOU 2013:12 a.a. s. 280.

¹²⁷ Prop. 2013/14:133 a.a. s. 25.

¹²⁸ SOU 2013:12 a.a. s. 259.

¹²⁹ SOU 2013:12 a.a. s. 260 och prop. 2006/07:128 *Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster* s. 317-318.

identisk eller likartad användning. Som exempel nämns varor som utgörs av ett antal livsmedel eller av olika kontorsmöbler. Därtill uttrycks att en ekonomisk aktör som är verksam på det berörda området skulle i typfallet troligtvis ha sådana varor i sitt normala varuutbud.¹³⁰ Enligt Upphandlingsutredningen 2010 har den tolkning av begreppet som Kammarkollegiet i sin vägledning 2011:6 framför, och som beskrivs närmare i avsnitt 3.4.2 nedan, stöd i de nya upphandlingsdirektiven.¹³¹

3.4 Föreslagna tolkningar av begreppet ”direktupphandlingar av samma slag”

3.4.1 Inledning

Det kan vara svårt att avgöra vad ”direktupphandlingar av samma slag” är, i synnerhet vad tjänster av samma slag är.¹³² Begreppet utgör dock inga tolkningssvårigheter när det rör sig om identiska varor, tjänster och byggtreprenader. Svårigheterna uppstår när begreppet ska tolkas vidare än så och det är inte klarlagt hur vitt begreppet ska tolkas.¹³³ Vägledande praxis på området saknas i stort sett. Vad som emellertid är klarlagt är att det inte endast är varor eller tjänster av exakt samma typ som kan falla in under begreppet samma slag. En sådan tolkning skulle resultera i att den upphandlande myndigheten eller enheten tilläts direktupphandla en mycket stor mängd varor och tjänster.¹³⁴ Nedan redogörs för olika tolkningar eller förhållningssätt av begreppet.

3.4.2 Tolkning enligt Arrowsmith

Arrowsmith har genom ett uttalande avseende unionens tröskelvärden gett upphov till en uppmärksammas tolkning av begreppet ”direktupphandlingar av samma slag”. Arrowsmiths tolkning avser som ovan nämnts tröskelvärdena men då beräkningen av tröskelvärdena och förhandlat förfarande utan annonsering inom det direktivstyrda området i huvudsak motsvarar direktupphandling enligt 15 kap. LOU finns det vägledning att hämta.¹³⁵ Utgångspunkten enligt Arrowsmith är vilka produkter och tjänster som kan tillhandahållas av en och samma leverantör. Arrowsmith uttrycker att:

¹³⁰ Se Skäl 19 det nya klassiska direktivet (2014/24/EU) och skäl 29 det nya försörjningsdirektivet (2014/25/EU).

¹³¹ SOU 2013:12 a.a. s. 283 som hänvisar till Skäl 9 a i det nya klassiska direktivet. Jag kan i mina efterforskningar inte återfinna skäl 9 a men däremot framgår motsvarande innehållsmässigt enligt skäl 19 det nya klassiska direktivet (2014/24/EU) och skäl 29 det nya försörjningsdirektivet (2014/25/EU).

¹³² Ulfsson Forsell, a.a. s. 1.

¹³³ Rosén Andersson m.fl., *Zeteo 2014*, a.a. s. 1.

¹³⁴ Ulfsson m.fl. a.a. s. 2.

¹³⁵ Rosén Andersson m.fl., *2013*, a.a. s. 536.

*"Probably goods or services are of the same "type" where they are typically available from the same supplier or service provider. Thus, for example, pens, rubbers, and typing fluid are probably products of the same "type", since they are generally supplied by individual stationery firms."*¹³⁶

Tolkningen innebär att värdet av samtliga direktupphandlingar där upphandlingsföremålet är produkter eller tjänster som skulle kunna tillhandahållas av en och samma leverantör ska räknas samman vid undersökningen om beloppsgränsen för tillåten direktupphandling överskrids eller inte. Exempel på varor som enligt Arrowsmith troligen inte ska sammanläggas och utgör olika slag är fordon avsedda för gatusopning och brandbilar, eftersom sådana fordon i normalfallet tillhandahålls av olika specialiserade leverantörer. Arrowsmith påpekar att det vore önskvärt om domstolarna i sin bedömning inte är för strikta och inte insisterar på sammanräkning när det finns *"a reasonable commercial argument for splitting requirements"*. Vidare uttrycker Arrowsmith att i bedömningen avseende vad som är kontrakt *"with similar characteristics"* bör prövningen vara huruvida samma leverantör skulle vara intresserad av samtliga kontrakt.¹³⁷

Arrowsmith hänvisar till Brown som i en artikel i Public Procurement Law Review uttalat sig om sammanläggningen av kontrakts värden som härrör till samma upphandlingsbehov. Brown betonar i sin artikel, vid flertal tillfällen, att sammanläggningen måste bedömas utifrån ett *"common sense judgement"*.¹³⁸ Enligt Brown kan objektiva skäl finnas för att inte sammanräkna värdet av upphandlingar och vara exempelvis om upphandlingsföremålen är *"unlikely to fall within the product range of a single supplier"*.¹³⁹ Vidare poängterar Brown att även om upphandlingsföremål faktiskt faller inom samma leverantörs sortiment, kan det argumenteras att upphandlingsföremålen tjänar så pass olika syften att deras kontraktsvärden inte bör sammanräknas. Brown uttrycker också att ett skäl för att inte sammanräkna två tjänster kan vara att tjänsterna kräver att olika leverantörer involveras i uppdragen. Som exempel nämns en kommuns städning av skolor och städning av kommunbiblioteket. Enligt Brown beror sammanräkningen på om kommunen överväger att tilldela samma städfirma uppdragen.¹⁴⁰

Kammarkollegiet hänvisar till Arrowsmith i sin vägledning om direktupphandlingar och konstaterar att *"resonemanget är rimligt"*.¹⁴¹ Kammarkollegiet uttrycker vidare att om leverantör å andra sidan typiskt sätt *inte* tillhandahåller alla de varor eller tjänster som ska upphandlas, utan enbart någon eller några av dem, är det inte lämpligt att anse att de utgör upphandlingar av "samma slag". En sammanräkning skulle då innebära att

¹³⁶ Arrowsmith a.a. s. 383.

¹³⁷ Arrowsmith a.a. s. 385.

¹³⁸ Brown a.a. s. 72 och s. 73.

¹³⁹ Brown a.a. s. 73.

¹⁴⁰ Brown a.a. s. 74.

¹⁴¹ Kammarkollegiets vägledning a.a. s. 8.

den upphandlande myndigheten tvingas annonsera och upphandla flera olika avtal med olika leverantörer, vilka vart och ett skulle ligga under beloppsgränsen för direktupphandling.¹⁴² Arrowsmiths tolkning har också refererats till av Konkurrensverket, bland annat i ansökan om upphandlingsskadeavgift.¹⁴³

Ulfsdotter Forssell m.fl. har uttryckt att det finns anledning att vara försiktig med tillämpningen utifrån Arrowsmiths tolkning. Enligt Ulfsdotter Forssell m.fl. är tolkningen inte förenlig med Kammarrätten i Stockholms tolkning avseende juridiska tjänster, som närmare redogörs för i *kapitel 4*. Domstolen ansåg i målet att juridiska tjänster utgjorde samma slag och Ulfsdotter Forssell m.fl. menar att det inte stämmer överens med Arrowsmiths tolkning eftersom inte alla leverantörer av juridiska tjänster kan tillhandahålla alla olika typer av juridiska tjänster. Det finns, med beaktande av det, anledning att vara försiktig vid en eventuell tillämpning som grundar sig i Arrowsmiths tolkning.¹⁴⁴ Rosén Andersson m.fl. menar å andra sidan att kammarrätten i nämnda mål tyder på att domstolen slutit sig till Arrowsmiths tolkning då det enligt domstolen saknades skäl att dela upp olika juridiska rättsområden i olika slags tjänster.¹⁴⁵

3.4.3 Tolkning enligt CPV-koderna

Ett annat förslag till tolkning av vad som utgör "direktupphandlingar av samma slag" är att se till de "CPV-koder" eller "CPV-nomenklatur" som används i upphandlingar.¹⁴⁶ CPV står för Common Procurement Vocabulary och antogs genom *förordning (EG) nr 213/2008*. CPV är det enda klassificeringssystemet för offentlig upphandling och syftar till att standardisera de referenser som används av upphandlande myndigheter och enheter för att beskriva föremålet för upphandlingen. Det finns huvudgrupper, grupper, undergrupper och kategorier i systemet. Upphandlingsobjekten kodas och kan utgöra varor, bygg- och anläggningsarbeten eller tjänster.¹⁴⁷

I doktrin har det uttalats att CPV-koderna är en rimlig tolkning och kan utgöra vägledning för när upphandlingsföremål utgör direktupphandling av samma slag.¹⁴⁸ Bergqvist m.fl. har uttryckt att olika typer av entreprenader, exempelvis målningsarbeten, elarbeten, byggnadsarbeten osv. kan hänföras till olika gränsvärdesberäkningar, och således utgöra skilda slag. Uttalandet

¹⁴² Kammarkollegiets vägledning a.a. s. 8.

¹⁴³ Se bland annat Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift dnr 609/2012, punkt 7 och Konkurrensverket, 2013-03-18, Konkurrensverkets generaldirektör Dan Sjöblom vid möte med generaldirektörer den 14 mars 2013.

¹⁴⁴ Ulfsdotter m.fl. a.a. s. 3.

¹⁴⁵ Rosén Andersson m.fl., *Zeteo 2014*, a.a. s. 1.

¹⁴⁶ Se exempelvis Ulfsdotter Forssell a.a. s. 1.

¹⁴⁷ Simap Europa EU, hämtad 2014-08-27: http://simap.europa.eu/codes-and-nomenclatures/codes-cpv/codes-cpv_sv.htm

¹⁴⁸ Ulfsdotter m.fl. a.a. s. 3; Ulfsdotter Forssell a.a. s. 1; Bergman m.fl. a.a. s. 67 och Bergqvist m.fl. a.a. s. 83.

framhålls med hänvisning till vad som framförts avseende arkitekt- och teknikkonsulttjänster.¹⁴⁹ Utifrån ovan anförda, menar Bergqvist m.fl. att en rimlig tolkning är att indela entreprenader efter CPV-koderna. Det poängteras därtill vara en modell som många beställare i praktiken följt. Bergqvist m.fl. betonar att rättsläget inte är helt klarlagt men att olika entreprenader skulle med beaktande av CPV-koder kunna direktupphandlas till beloppsgränsen.¹⁵⁰ Ulfsson m.fl. menar att utgångspunkt för bedömningen kan tas i CPV-koderna men betonar dock att det kan återfinnas produkter och tjänster som enligt CPV-koderna är separerade trots dem skulle kunna anses vara produkter eller tjänster av samma slag.¹⁵¹ Bergman m.fl. har också uttryckt att det kan vara lämpligt, att i bedömningen om vad som utgör samma slag i direktupphandling, stämma av gentemot den detaljerade CPV-nomenklaturen.¹⁵² I motsats till ovan, har Kihlman uttryckt att en lösning utifrån CPV-koderna antingen blir slumpmässig, för detaljerad eller för generell. Kihlman menar att CPV-systemet skapats i syfte att skapa ett enhetligt kommunikationssätt snarare än att avgöra vad som avses med upphandlingar av samma slag.¹⁵³

3.4.4 Andra föreslagna tolkningar

3.4.4.1 Carenholm om arkitekt- och teknikkonsulttjänster

Carenholm har uttryckt avseende arkitekt- och teknikkonsulttjänster att direktupphandling av sådana tjänster normalt avser skilda tjänster för respektive projekt. Carenholm anför att arkitekt- och teknikkonsulttjänster kännetecknas av att de ständigt avser olika projekt med olika krav, förutsättningar och tjänsteinnehåll. Av den anledningen är arkitekt- och teknikkonsulttjänster sällan av samma slag. Carenholm betonar att "direktupphandlingar av samma slag" ska ses mot bakgrund av att det inte är tillåtet att dela upp en upphandling i syfte att kringgå lagen. Vidare konstaterar Carenholm att gällande arkitekt- eller teknikkonsulttjänst är det knappast praktiskt möjligt att dela upp upphandling i mindre delar med syfte att kringgå bestämmelserna i LOU. Tjänster kan avse olika delar eller stadier i ett projekt, men det är då fråga om tjänster med ett olikartat innehåll och kan inte karakteriseras som upphandlingar av samma slag. Olika projekt kräver olika slags erfarenheter, utbildningar, inriktningar och kompetenser av olika leverantörer och det saknas således förutsättningar för att sammanföra dessa tjänster under begreppet "samma slag". Carenholm konstaterar slutligen att tjänster av samma slag, inom ovan nämnda område, får förstås vara repetitiva tjänster med likadant tjänsteinnehåll avseende likadana projekt.¹⁵⁴

¹⁴⁹ Bergqvist m.fl. a.a. s. 83 med hänvisning till Carenholm a.a. s. 37-39.

¹⁵⁰ Bergqvist m.fl. a.a. s. 83.

¹⁵¹ Ulfsson m.fl. a.a. s. 3.

¹⁵² Bergman m.fl. a.a. s. 67.

¹⁵³ Kihlman a.a. s. 12.

¹⁵⁴ Carenholm a.a. s. 37.

3.4.4.2 Falk om likartade varor

Falk uttrycker avseende upphandling av delkontrakt enligt 3 kap. 7 § LOU att vid anskaffning av varukontrakt ska likartade varor beaktas. Vad som utgör likartade varor konstaterar Falk inte förklaras i direktivet eller i LOU. Vidare anför han att man kan anta att stationära och portabla datorer är likartade varor, att morötter och potatis, som upphandlas samtidigt kanske inte är likartade varor men att mandelpotatis och bintje torde vara det. Vidare nämner Falk att cyklar, mopeder och motorcyklar utgör olika varuslag medan herrcyklar, damcyklar och mountainbikes utgör liknande varor.¹⁵⁵

3.4.4.3 Trafikverkets remissvar om begreppet “direktupphandlingar av samma slag”

Trafikverket anförde i sitt remissvar till upphandlingsutredningen 2010 att det är särskilt angeläget att klargöra hur begreppet upphandlingar av samma slag ska tolkas. Trafikverket anförde avseende Kammarkollegiets vägledning, som hänvisar till Arrowsmiths tolkning, att myndigheten till viss del kan instämma i resonemanget. Det blir emellertid, enligt Trafikverket, svårare att applicera resonemanget på tjänster och byggtreprenader eftersom de uppdragen ofta måste utformas enligt de specifika förutsättningarna som råder eller det specifika syftet som myndigheten åsytar. Trafikverket menar att även om ett konsultföretag typiskt sätt tillhandahåller en viss typ av tjänst skulle det ofta inte vara möjligt att upphandla de olika uppdragen i en gemensam upphandling. Detta även om upphandlingarna gjordes vid samma tidpunkt. Trafikverket förespråkar att vid tolkningen av begreppet bör det prövas om det hade varit möjligt att upphandla uppdragen samtidigt och om samma tekniska specifikation eller uppdragsbeskrivning hade kunnat användas. Slutligen konstaterar Trafikverket att Arrowsmiths tolkning är möjlig avseende kontorsmaterial men att det blir svårare när det rör tjänster och entreprenadarbeten.¹⁵⁶

3.4.4.4 Arbetsförmedlingens remissvar om begreppet “direktupphandlingar av samma slag”

Arbetsförmedlingen poängterar, i sitt remissvar till upphandlingsutredningen 2010, att utredningens hänvisning till Kammarkollegiets tolkning avseende begreppet innebär ett begränsande och alltför förenklat synsätt. Arbetsförmedlingen anför att Kammarkollegiets tolkning av begreppet, som baseras på Arrowsmith, förhindrar myndigheten att direktupphandla någon som helst arbetsmarknadsutbildning. Myndigheten förhindras eftersom de flesta aktuella leverantörerna

¹⁵⁵ Falk, *LOU*, a.a. s. 148-149.

¹⁵⁶ Trafikverket 2012-01-17, Remissvar, betänkandet SOU 2011:73 "På jakt efter den goda affären", s. 4.

tillhandahåller just arbetsmarknadsutbildningar och andra tjänster riktade till arbetssökande, inom helt olika yrkesområden. Arbetsförmedlingen har ett varierat behov som beror på om behovet för en enskild eller mindre grupp. Det kan röra sig om särskild anpassning på grund av funktionshinder, nedsatt arbetsförmåga, språkstöd eller liknande. Arbetsförmedlingen anförde att med största sannolikhet levererar leverantörerna redan andra liknande tjänster och myndigheten förhindras att vända sig till ett urval eftersom tjänsterna således anses utgöra samma slag enligt ovan nämnda tolkning. Arbetsförmedlingen förespråkar en annan tolkning och utgår idag ifrån de så kallade SSYK-koderna för att avgöra om en arbetsmarknadsutbildning anses utgöra samma slag. Tolkningen gynnar möjligheten att snabbt få insatser och tjänster för enskilda på plats menade Arbetsförmedlingen i sitt remissvar.¹⁵⁷ SSYK-koderna står för Standard för svensk yrkesklassificering och den aktuella SSYK 2012 bygger på den internationella yrkesklassifikationen ISCO-08 (International Standard Classification of Occupations) som används vid rapportering och sammanställning av statistik inom EU.¹⁵⁸

3.5 Sammanfattande kommentar

Begreppet “direktupphandlingar av samma slag” saknar definition och vägledning till hur begreppet ska tolkas återfinns i förarbeten, lagkommentarer och doktrin. Vägledning hittar vi också i rättspraxis, som *kapitel 4* redogör för. I doktrin återfinns olika tolkningar och förhållningssätt till begreppet. Arrowsmiths tolkning är mycket uppmärksam. Det har framförts kritik mot Arrowsmiths tolkning avseende tillämpligheten när det kommer till tjänster och byggtreprenader. Därutöver är tolkningen baserad på CPV-koderna uppmärksam i doktrin. En liknande tolkning till CPV-koderna är Arbetsförmedlingens tolkning baserad på SSYK-koderna. Tolkningen enligt CPV-koderna har emellertid uttryckts kunna bli slumpmässig, för detaljerad eller för generell. Andra tolkningar som framhållits får förstås enligt min uppfattning vara relativt snäva tolkningar. Carenholm exempelvis menar att tjänster av samma slag får förstås vara repetitiva tjänster med likadant tjänsteinnehåll avseende likadana projekt och Falk ger potatissorter som exempel på liknande varuslag. Sammanfattningsvis konstaterar jag att det återfinns många olika tolkningar av begreppet. Därtill upplever jag att direkta jämförelser mellan tolkningarna försvåras av att exemplifieringen avser olika typer av upphandlingsföremål och produktslag.

¹⁵⁷ Arbetsförmedlingen, Ytrande 2013-06-03, Remissvar slutbetänkande av Upphandlingsutredningen 2010, s. 5-6.

¹⁵⁸ Statistiska centralbyrån, MIS 2012:1, SSYK 2012 Standard för svensk yrkesklassificering, s. 7.

4 Rättsfallsgenomgång

4.1 Inledning

Begreppet "direktupphandlingar av samma slag" återfinns i mål avseende överprövning enligt LOU, mål avseende upphandlingsskadeavgift och mål som rör ogiltigförklarande av avtal. Därtill förekommer begreppet i mål avseende utbetalning av EU-stöd där ett villkor för utbetalning av stödet har varit att upphandlingslagstiftningen följs. I dessa mål har stödmottagaren varit den klagande i förvaltningsrätten eftersom motparten, Tillväxtverket, beslutat att inte godkänna kostnader som stödmottagaren har haft. Saken i målen har således varit utbetalning av stöd från europeisk utvecklingsfond respektive strukturfonder och frågan om "direktupphandlingar av samma slag" har varit sekundär. De rättsfall jag har valt ut att fokusera på är de rättsfall där begreppet har haft betydelse för utgången i målet eller varit uppe för större diskussion än endast i förbifarten. Jag har valt att namnge dessa fall för att enklare kunna hänvisa till dem senare i rättsfallskommentaren och analysen. De fall där begreppet endast nämns, men inte är föremål för större diskussion, har inte beaktats i uppsatsen.¹⁵⁹

4.2 Rättsfall från kammarrätterna

4.2.1 Juridiska tjänster utgjorde samma slag

I "Värmdöålet"¹⁶⁰ från kammarrätten i Stockholm lyftes frågan huruvida juridiska tjänster utgör tjänster av samma slag. Bakgrunden i målet var att Värmdö kommun (kommunen) genomfört en upphandling av juristtjänster och slutit ramavtal med bl.a. Advokatfirman Gärde & Partners AB (bolaget). Bolaget begärde överprövning enligt LOU och yrkade att de sex avtal kommunen ingått med andra advokatfirmor avseende olika uppdrag skulle ogiltigförklaras eftersom de enligt bolaget utgjorde otillåtna direktupphandlingar. Kammarrätten avlog bolagets överklagande avseende fem uppdrag med hänvisning till förvaltningsrättens bedömning att en avvikelse från avropsordningen i ett ramavtal, med samtliga villkor fastställda, inte kan angripas genom en ogiltighetstalan enligt 16 kap. 13 § LOU. Avseende det sjätte uppdraget uppkom frågan om juridiska tjänster kan anses vara tjänster av samma slag. Kammarrätten konstaterade att det i målet var ostridigt att uppdrag sex genomförts genom en direktupphandling. Vidare konstaterade kammarrätten att kommunen anfört att

¹⁵⁹ Se Kammarrätten i Sundsvall mål nr 395-10; Kammarrätten i Stockholm mål nr 3103-11; Kammarrätten i Göteborg mål nr 3759-11; Kammarrätten i Göteborg mål nr 6393-11; Förvaltningsrätten i Stockholm mål nr 26088-12; Förvaltningsrätten i Stockholm mål nr 26097-12 och Förvaltningsrätten i Jönköping mål nr 3283-14.

¹⁶⁰ Kammarrätten i Stockholm mål nr 1965-13.

direktupphandlingen varit tillåten på grund av lågt avtalsvärde och att juridiska tjänster inte kan anses vara tjänster av samma slag. Därtill anförde kommunen att de olika förvaltningskontoren utgjorde självständiga upphandlande myndigheter. I sin bedömning hänvisade kammarrätten till förarbetena och konstaterade att samtliga upphandlingar av samma slag inom samma upphandlande myndighet bör läggas till grund för beräkningen av kontraktets värde. Vidare hänvisade kammarrätten till Arrowsmith och uttryckte att upphandlingar av tjänster som typiskt sätt tillhandahålls av en leverantör bör räknas samman vid beräkningen av tröskelvärdet. Kammarrätten konstaterade att:

”Enligt kammarrättens mening saknas skäl att dela upp olika juridiska rättsområden i olika slags tjänster vid beräkningen av direktupphandlingar.”¹⁶¹

Kammarrätten fastställde att de juridiska tjänster som kommunen köpt in utgjorde köp av samma slags tjänster och således skulle ligga till grund för beräkning av kontraktets värde enligt 15 kap. 3 a § LOU. I målet var det ostridigt att kommunen köpt in juridiska tjänster utanför ramavtalet som överskred den tillåtna direktupphandlingsgränsen i 15 kap. 3 § andra stycket LOU. Då juridiska tjänster konstaterats utgöra tjänster av samma slag och kommunen utgjort den upphandlande myndigheten bedömde Kammarrätten att uppdraget ifråga var en otillåten direktupphandling och ogiltigförklarade avtalet.¹⁶²

I Värmdö-målet hänvisades det till ett tidigare mål, ”Västeråsmålet”¹⁶³ också från kammarrätten i Stockholm. I Västeråsmålet från samma år bedömde kammarrätten att köp av olika juridiska tjänster utgjorde ”direktupphandlingar av samma slag”. Västerås kommun hade i målet köpt juridiska tjänster till ett belopp som vida översteg beloppsgränsen för tillåtna direktupphandlingar och kammarrätten ogiltigförklarade det avtal som var föremål för målet ifråga.¹⁶⁴

4.2.2 Vara och tjänst utgjorde samma slag

I ”LNU-målet”¹⁶⁵ från kammarrätten i Jönköping uppkom frågan huruvida direktupphandling av varor och direktupphandling av tjänster kan utgöra ”direktupphandlingar av samma slag”. Bakgrunden i målet var att Linnéuniversitet (LNU) ingick avtal med UNIT4 Agresso AB (Agresso) angående anskaffning av en e-handelsmodul. LNU ingick två dagar senare avtal med Offentliga dokument i Solna (ODAB) avseende tjänster att uppgradera Agresso elektronisk fakturahantering och Agresso E-handel. Visma Commerce AB (Visma) ansökte om överprövning av giltigheten av

¹⁶¹ Kammarrätten i Stockholm mål nr 1965-13, s. 10.

¹⁶² Kammarrätten i Stockholm mål nr 1965-13.

¹⁶³ Kammarrätten i Stockholm mål nr 2504-13.

¹⁶⁴ Kammarrätten i Stockholm mål nr 2504-13.

¹⁶⁵ Kammarrätten i Jönköping mål nr 2510-13.

LNU:s ingångna avtal med Agresso. Kammarrätten konstaterade att LNU genomfört två direktupphandlingar med två dagars mellanrum. Den ena direktupphandlingen rörde köp av vara, en e-handelsmodul, och den andra direktupphandlingen utgjorde köp av konsulttjänst, för att implementera ett e-handelssystem. Frågan väcktes om upphandling av varor kan sägas vara samma slag som en upphandling av tjänster. Med hänvisning till förarbetena uttalade kammarrätten att det inte är förbjudet att dela upp en upphandling i delkontrakt men att upphandlingar med naturligt samband i tid och innehåll inte bör separeras. Vidare hänvisade kammarrätten till tolkningen enligt Arrowsmith som anger att inköp av kulspetspennor, radergummin och korrigeringsvätska (Tipp-ex) utgör upphandlingar av samma slag, eftersom de vanligtvis tillhandahålls av leverantörer som säljer kontorsmaterial. Det uttalades i målet:

”Som kammarrätten ser saken bör ”upphandlingar av samma slag” även kunna avse fall som det förevarande - där de olika avtalen avser dels en vara, dels tjänster - om varan och tjänsterna tillhandahålls av samma leverantörer och dessutom har ett naturligt samband i tid och beträffande innehåll.”¹⁶⁶

Kammarrätten konstaterade att Agresso var LNU:s avtalspart i det första avtalet och dessutom ingår i det konsortium som är LNU:s avtalspart i det andra avtalet. Därtill var det Agresso som skulle utföra tjänsterna enligt avtalet med ODAB. Kammarrätten konstaterade att direktupphandlingarna ansågs ha ett naturligt samband i såväl tid som beträffande innehåll. Kammarrätten fastställde att båda direktupphandlingarna ska beaktas vid beräkningen av kontraktsvärdet. Då direktupphandlingsgränsen överskreds vid sammanräkningen av totala kontraktsvärdet och då ingen förutsättning att använda direktupphandling förelegat förklarade kammarrätten LNU:s avtal med Agresso ogiltigt.¹⁶⁷

4.3 Rättsfall från förvaltningsrätterna

4.3.1 Direktupphandling av juridiska tjänster understeg direktupphandlingsgränsen

I ”Sundsvallmålet”¹⁶⁸ från förvaltningsrätten i Härnösand aktualiserades begreppet ”direktupphandlingar av samma slag” då Gärde & Partner AB (bolaget) ansökte om överprövning av avtals giltighet enligt LOU. Bolaget anförde att Sundsvalls kommun (kommunen) genomfört otillåtna direktupphandlingar avseende juridiska tjänster och hävdade att bolaget hade kunnat lämna anbud om tjänsterna hade annonserats. Förvaltningsrätten konstaterade att vid beräkningen av kontraktsvärdet ska ”direktupphandlingar av samma slag” gjorda av myndigheten under

¹⁶⁶ Kammarrätten i Jönköping mål nr 2510-13, s. 7.

¹⁶⁷ Kammarrätten i Jönköping mål nr 2510-13.

¹⁶⁸ Förvaltningsrätten i Härnösand mål nr 636-14 E.

räkenskapsåret beaktas. Vidare hänvisade förvaltningsrätten till Kammarrätten i Stockholm mål nr 1965-13 (Värmdöålet) och att juridiska tjänster av förevarande slag ska anses vara köp av samma slags tjänster. Förvaltningsrätten konstaterade att kommunen direktupphandlat juridiska tjänster till ett värde om sammanlagt 165 090 kronor vilket inte överskred direktupphandlingsgränsen. Förvaltningsrätten fann därför inte skäl att ogiltigförklara avtalen som var föremål för prövning i målet. Bolaget överklagade målet till Kammarrätten i Sundsvall som dock inte meddelade prövningstillstånd.¹⁶⁹

4.3.2 Upprepat inköp av konsulttjänst överskred inte direktupphandlingsgränsen

”Krinovamålet”¹⁷⁰ från förvaltningsrätten i Jönköping rörde huruvida Krinova Science park (Krinova) inte följt LOU på sådant sätt att Statens Jordbruksverk (Jordbruksverket) har haft fog att stoppa utbetalningen till en för Krinova beviljad ersättning. Bakgrund i målet var att Krinova genom direktupphandling köpt in en konsulttjänst under två år till en viss sammanlagd kostnad. Jordbruksverket menade att direktupphandlingsgränsen överskridits och stoppade utbetalningen av den beviljade ersättningen till Krinova. I förvaltningsrätten hänvisade Jordbruksverket till att det vid beräkningen av kontraktsvärdet ska tas hänsyn till “direktupphandlingar av samma slag”. Enligt Jordbruksverket hade Krinova inte presenterat något underlag där det framgick att Krinova beaktat den övriga verksamhetens inköpsbehov av tjänsten. Jordbruksverket menade att Krinova direktupphandlat en konsulttjänst över direktupphandlingsgränsen. Krinova anförde att den inköpta konsulttjänsten, som vikarierande projektledare för ett av Krinovas projekt, köpts in på grund av att ordinarie projektledare var sjukskriven under korta, återupprepade och oförutsebara sjukskrivningar och att Krinova därför inte visste om medarbetaren skulle komma tillbaka.

Förvaltningsrätten dömde på grundval av Krinovas linje och konstaterade att tjänsten upphandlats med anledning av att en medarbetare på Krinova var sjukskriven. Vidare konstaterade förvaltningsrätten att omfattningen av tjänsten, med beaktande av omständigheterna, måste ha ansetts vara oklar då Krinova räknat med att medarbetaren skulle återgå i tjänst. Det kunde således inte ha stått klart för Krinova att inköp av tjänsten skulle överstiga direktupphandlingsgränsen. Förvaltningsrätten menade att det förelåg skäl att bedöma Krinovas inköp av den aktuella tjänsten som ett inköp av en ersättningstjänst för varje sjukskrivningsperiod och att Krinova därmed inte kan ha överskridit direktupphandlingsgränsen. Förvaltningsrätten konstaterade slutligen att Krinova inte varit skyldiga att upphandla tjänsten

¹⁶⁹ Kammarrätten i Sundsvall mål nr 1842-14.

¹⁷⁰ Förvaltningsrätten i Jönköping mål nr 2544-12.

på annat sätt enligt LOU och att Jordbruksverket således inte haft fog att stoppa utbetalningen av det projektstöd som var föremål för målet.¹⁷¹

4.3.3 Direktupphandlingar av båtbygga och Y-bommar till båtbygga sammanslogs vid beräkning av kontraktsvärde

I ”Båtbyggemålet”¹⁷² konstaterade förvaltningsrätten i Växjö att kommunen inte haft förutsättningar för att använda sig av direktupphandling. Vid beräkningen av värdet konstaterade förvaltningsrätten att de båda direktupphandlingarna, som avsåg en båtbygga respektive Y-bommar till båtbygga, skulle slås ihop vilket medförde att det sammanlagda kontraktsvärdet översteg beloppsgränsen för direktupphandlingar. Förvaltningsrätten biföll den sökandes ansökan om överprövning och förordnade att upphandlingarna ska göras om.¹⁷³

4.3.4 Köp av managementtjänster utanför ramavtal utgjorde otillåten direktupphandling

I ”Göteborgsmålet”¹⁷⁴ ansökte Konkurrensverket om upphandlingsskadeavgift i förvaltningsrätten. I målet hade Göteborg Stads Parkeringsbolag (parkeringsbolaget) ingått ett avtal med Indea AB (Indea) avseende köp av tjänster inom managementområdet, utan föregående annonsering. Vid tidpunkten för avtalets ingående omfattades parkeringsbolaget av Göteborg Stads ramavtal för dylika tjänster inom managementområdet. Indea var inte upptagen som ramavtalsleverantör i dessa avtal. Förvaltningsrätten redogjorde i målet för hur värdet av ett kontrakt ska uppskattas och att ”direktupphandlingar av samma slag” ska beaktas. Förvaltningsrätten konstaterade att avtalet med Indea utgjorde en otillåten direktupphandling eftersom det saknades omständigheter som skulle kunna utgöra godtagbara skäl till att parkeringsbolaget använt sig av ett förfarande utan föregående annonsering. Förvaltningsrätten förpliktade därav parkeringsbolaget att betala den ansökta upphandlingsskadeavgiften.¹⁷⁵

¹⁷¹ Förvaltningsrätten i Jönköping mål nr 2544-12.

¹⁷² Förvaltningsrätten i Växjö mål nr 1171-13.

¹⁷³ Förvaltningsrätten i Växjö mål nr 1171-13.

¹⁷⁴ Förvaltningsrätten i Göteborg mål nr 13115-12 E.

¹⁷⁵ Förvaltningsrätten i Göteborg mål nr 13115-12 E.

4.3.5 Avtal avseende hyra av lokal m.m. respektive förtäring utgjorde “direktupphandlingar av samma slag”

Förvaltningsrätten i Stockholm biföll i ”Grand Hotel-målet”¹⁷⁶ Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift och förpliktade Tillväxtverket att betala en avgift om 45 000 kronor. Bakgrunden i målet var att Tillväxtverket hade ingått två separata avtal med Aktiebolaget Nya Grand Hotel (Grand Hotel) avseende en medarbetardag. Medarbetardagen hade avtalats i två separata dagar, med ett avtal avseende hyra av lokal mm. och ett avtal avseende förtäring. Anledningen till det grundade sig enligt Tillväxtverket på att myndighetens budget för medarbetardagen fastställdes i ett senare skede och man ville säkerställa behovet av lokal tidigare. I målet var det ostridigt att beloppet översteg direktupphandlingsgränsen. Konkurrensverket anförde att de separata avtalen utgjorde “direktupphandlingar av samma slag” och yrkade att det ingångna avtalet utgjorde en otillåten direktupphandling varpå Tillväxtverket skulle åläggas betala upphandlingsskadeavgift.¹⁷⁷ I sin ansökan om upphandlingsskadeavgift anförde Konkurrensverket att de olika tjänsterna tillhandahålls av en och samma leverantör, Grand Hotel, och att tjänsterna därutöver är sådana tjänster som typiskt sätt kan tillhandahållas av en och samma leverantör. Enligt Konkurrensverkets mening kan inte de olika delarna beräknas var för sig utan utgör “direktupphandlingar av samma slag”.¹⁷⁸ Förvaltningsrätten ansåg att Tillväxtverket genomfört en otillåten direktupphandling då det sammanlagda kontraktsvärdet översteg direktupphandlingsgränsen och då Tillväxtverket varken gjort gällande eller det förelåg någon annan förutsättning för direktupphandling. Förvaltningsrätten biföll således Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift. Det förelåg enligt förvaltningsrätten inga skäl att bestämma upphandlingsskadeavgiftens storlek till ett lägre belopp än det Konkurrensverket ansökt om.¹⁷⁹

4.3.6 Sammanlagda kostnaden för hyra och avlastning av läktare översteg direktupphandlingsgränsen

I ”Läktarmålet”¹⁸⁰ från förvaltningsrätten i Göteborg hade Falkenbergs kommun (kommunen) ingått ett muntligt avtal med Flexab Entreprenadteknik AB (Flexab) avseende hyra av läktare för en viss period. Det muntliga avtalet hade föregåtts av en annonserad upphandling för hyra av läktare för en betydligt längre period där Flexab varit vinnare, men

¹⁷⁶ Förvaltningsrätten i Stockholm mål nr 22373-13.

¹⁷⁷ Förvaltningsrätten i Stockholm mål nr 22373-13.

¹⁷⁸ KKV ansökan om upphandlingsskadeavgift 2012-10-26, dnr 609/2012 punkt 6-7.

¹⁷⁹ Förvaltningsrätten i Stockholm mål nr 22373-13.

¹⁸⁰ Förvaltningsrätten i Göteborg mål nr 4604-14.

kommunen hade efter tilldelningsbeslutet beslutat att avbryta upphandlingen. One4Event AB (bolaget) yrkade att det muntliga avtalet mellan kommunen och Flexab skulle ogiltigförklaras. Bolaget anförde att den totala kostnaden för avtalet inklusive avlastning och montering av läktare skulle beräknas. Förvaltningsrätten uttalade mot bakgrund av den uppdelning av upphandlingen som kommunen gjort att det i målet måste ses till hela säsongens behov av läktare då det måste anses ha ett naturligt samband i tid och innehåll. Förvaltningsrätten konstaterade, i motsats till vad kommunen hävdade att det åligger anläggningsägaren att lasta av läktarna och att någon sådan kostnad således inte ska räknas in i det totala kontraktsvärdet, att hyran av läktarna inte kan genomföras utan att delarna lastas av transporten. Förvaltningsrätten hänvisade till Falk och att det inte görs någon åtskillnad på varor och tjänster som är nödvändiga för leveransen. Förvaltningsrätten ansåg vidare att det inte var ekonomiskt försvarbart att leverera och montera upp- och ned läktaren ifråga för varje match som ska spelas. Uppdelningen var således inte förenlig med upphandlingsreglerna. Förvaltningsrätten konstaterade att den sammanlagda kostnaden av kostnaden för hyra och avlastning av läktare översteg direktupphandlingsgränsen. Eftersom kommunen inte visat att det förelåg tillämpligt undantag för kommunens agerande ogiltigförklarades avtalet som var föremål för överprövning i målet.¹⁸¹

4.3.7 Separata avtal om bevakningstjänster utgjorde “direktupphandlingar av samma slag”

I ”Prevendomålet”¹⁸² ansökte Bevakning AB Prevendo (Prevendo) om överprövning av avtals giltighet och yrkade att de avtal som slutits mellan Kriminalvården och Securus säkerhet i Sverige AB (Securus) skulle ogiltigförklaras. Kriminalvården anförde att direktupphandlingarna utgjordes av bevakning av olika intagna vid olika anstalter och häkten. Vidare menade Kriminalvården att uppdragen inte haft något samband med varandra, varken i tid eller innehåll, och påpekade förutsättningarna för dess tillkomst högst varierande och att de sammantaget därför var att ses som separata direktupphandlingar. Förvaltningsrätten konstaterade att Kriminalvården genomfört enskilda direktupphandlingar för vilka separata avtal tecknats med Securus. Vidare konstaterade förvaltningsrätten att “direktupphandlingar av samma slag” som den upphandlande myndigheten gjort och kommer göra under räkenskapsåret ska räknas samman. Förvaltningsrätten bedömde att uppdragen var “direktupphandlingar av samma slag” och att värdet av upphandlingarna därmed skulle sammanräknas. Eftersom det sammanlagda värdet översteg direktupphandlingsgränsen och det saknades synnerliga skäl förklarades direktupphandlingarna vara otillåtna och avtalen ogiltigförklarades.¹⁸³

¹⁸¹ Förvaltningsrätten i Göteborg mål nr 4604-14.

¹⁸² Förvaltningsrätten i Linköping mål nr 7820-12.

¹⁸³ Förvaltningsrätten i Linköping mål nr 7820-12.

4.3.8 Köp av bygg-, underhåll- och varselkläder utgjorde samma slags varor

”Boråsmålet”¹⁸⁴ rörde överprövning av ett avtals giltighet. Bakgrund i målet var att Borås stad tillsammans med andra kommuner genomfört en annonserad upphandling för arbetskläder och arbetsskor med fem olika delområden. Tre delområden blev föremål för en överprövningsprocess, bland annat delområde 2, bygg-, underhåll- och varselkläder. I målet yrkade Borås Yrkeskläder AB (bolaget) att förvaltningsrätten skulle ogiltigförklara det avtal mellan Borås Stad och Skene Järn som omfattade inköp av produkter som köpts in utanför det ramavtal som Borås Stad tecknat. Borås Stad anförde att inköpen av produkterna gjorts eftersom kommunen hamnat i tidsnöd och brådska uppstått på grund av handläggningstiden av överprövningsprocessen. Brådskan var enligt Borås stad inte orsakad eller förutsedd av kommunen. Förvaltningsrätten hänvisade i sina skäl för avgörandet till förarbetena och att samtliga upphandlingar av samma slag inom samma upphandlande myndighet bör läggas till grund för beräkning av kontraktets värde. Vidare uttryckte förvaltningsrätten att upphandling av sådana varor, tjänster och byggtreprenader som typiskt sätt tillhandahålls av en leverantör bör räknas samman vid beräkning av tröskelvärdet. Förvaltningsrätten hänvisade till Arrowsmith och att exempelvis kulspetspennor, rader- gummin och korrigeringsvätska (Tipp-ex) utgör upphandlingar av samma slag, eftersom de vanligtvis tillhandahålls av leverantörer som säljer kontorsmaterial. Förvaltningsrätten konstaterade att kommunen som sådan utgjorde den upphandlande myndigheten. Vidare ansåg förvaltningsrätten att köpen (med undantag från två köp om sammanlagt 5 268 kronor) avsåg artiklar som Borås stad haft för avsikt att upphandla inom anbudsområde 2, bygg- underhåll- och varselkläder. Det var också ostridigt mellan parterna. Förvaltningsrätt uttryckte:

”Mot bakgrund härav finner förvaltningsrätten att samtliga köp avser samma slags varor och ska ligga till grund för beräkningen av kontraktets värde (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 15 oktober 2013 i mål nr 1965-13)”.¹⁸⁵

Förvaltningsrätten konstaterade att Borås stad genomfört en direktupphandling som översteg direktupphandlingsgränsen, men då kommunen haft grund för att få till stånd en tillfällig avtalslösning för omedelbara behov saknades det förutsättningar att ogiltigförklara avtalet ifråga och ansökan avslogs.¹⁸⁶

¹⁸⁴ Förvaltningsrätten i Jönköping mål nr 2186-14.

¹⁸⁵ Förvaltningsrätten i Jönköping mål nr 2186-14, s. 9.

¹⁸⁶ Förvaltningsrätten i Jönköping mål nr 2186-14.

4.3.9 Direktupphandlingar av konsulttjänster utgjorde samma typer av tjänster som ramavtal

”Örnsköldsvikmålet”¹⁸⁷ handlade om ett överklagande av Tillväxtverkets beslut att vissa kostnader för inköp inte var stödberättigade för Örnsköldsviks kommun (kommunen) som var mottagare av EU-stöd. Tillväxtverket hävdade att inköpen inte efterföljt LOU, som var en förutsättning för stödets beviljande. Kommunen yrkade att inköpen skulle godkännas som stödberättigade. Ostridigt i målet var att kommunen köpt in tjänster från TM-konsult genom direktupphandling i perioden mellan två ramavtal. Kommunen menade att direktupphandlingarna understigit direktupphandlingsgränsen. Tillväxtverket menade att de direktupphandlade inköpen hade samband med tjänster som upphandlats i ett ramavtal och att det saknades skäl att dela upp köpen i olika upphandlingar. Förvaltningsrätten konstaterade att de tjänster som kommunen genom direktupphandlingar köpt in från TM-konsult hade ett naturligt samband såväl i tid som innehållsmässigt med de tjänster som upphandlats genom det nuvarande ramavtalet. Därtill rörde det sig om ett kontinuerligt behov. Beloppet för direktupphandlingarna konstaterades ska beräknas som en del av det totala kontraktsvärdet för ramavtalet. Kommunen hade visat att avtalets totala värde understeg direktupphandlingsgränsen och då ingen annan förutsättning för direktupphandling förelegat konstaterade förvaltningsrätten att kommunen brutit mot LOU och avslog överklagandet.¹⁸⁸

4.3.10 Klagande ej visat förutsättningar för uppdelning av konsulttjänster förelegat

”Turistrådsområdet”¹⁸⁹ rörde Västsvenska Turistrådet, stödmottagare av ett EU-stöd, som överklagade Tillväxtverkets beslut att inte godkänna deras kostnader med motiveringen att LOU inte följts vilket var ett villkor för EU-stödet. Det var ostridigt i målet att de aktuella inköpen av konsulttjänster från Resurs, Ahead och Stark Börsnäring hade skett genom direktupphandlingar. Västsvenska Turistrådet yrkade att kostnaderna skulle godkännas och anförde i huvudsak att Tillväxtverkets resonemang byggde på en felaktig tolkning av LOU. Västsvenska Turistrådet menade bland annat att respektive kontrakt rymdes inom direktupphandlingsgränsen då beräkningen ska ske per räkenskapsår samt att när Resurs anlätades första gången fanns inga planer på ytterligare köp. Turistrådet menade att det aldrig funnits något kontinuerligt behov och att direktupphandlingarna varit tillåtna. Tillväxtverket hävdade att köpen utgjorde otillåtna direktupphandlingar då det var fråga om samma typer av tjänster som

¹⁸⁷ Förvaltningsrätten i Stockholm mål nr 1259-13 och 8783-13.

¹⁸⁸ Förvaltningsrätten i Stockholm mål nr 1259-13 och 8783-13.

¹⁸⁹ Förvaltningsrätten i Stockholm mål nr 30117-13.

tidigare upphandlats genom ramavtal och tillhandahållits av samma leverantör. Behovet utgjorde ett kontinuerligt behov och det saknades enligt Tillväxtverket grund att dela upp köpen i olika upphandlingar varför de ska ligga till grund för beräkningen av kontraktets värde.

Av handlingarna i målet framgick att de direktupphandlade konsulttjänsterna avseende Ahead och Stark Besöksnäring avsåg samma leverantör och samma typer av tjänster som tidigare upphandlats genom ramavtal. Förvaltningsrätten konstaterade att tjänsterna hade ett naturligt samband såväl i tid som innehållsmässigt med de tjänster som upphandlats i de tidigare ramavtalen, vilket innebär att de aktuella beloppen skulle beräknas som en del av de totala kontraktsvärdena för respektive ramavtal. Det sammanlagda värdet översteg direktupphandlingsgränsen. Förvaltningsrätten uttryckte, såsom Västsvenska Turistrådet anfört, att tjänsterna tidigare upphandlats genom ramavtal och inte inom ramen för direktupphandling inte hade någon betydelse för bedömningen av kontraktets värde. Avseende de direktupphandlade konsulttjänsterna från Resurs anförde Västsvenska Turistrådet att värdet av de två kontrakten inte ska slås samman då de var hänförliga till olika räkenskapsår och de därmed inte översteg direktupphandlingsgränsen. Förvaltningsrätten uttalade att det är Västsvenska Turistrådet som bär bevisbördan för att förutsättningarna för direktupphandling förelegat och konstaterade att någon dokumentation som kunde styrka att sådana förutsättningar förelegat inte inkommit. Beräkningen av kontraktsvärdet ska således inkludera båda kontraktet vilket innebär att direktupphandlingsgränsen överstegs. Förvaltningsrätten konstaterade Västsvenska Turistrådet brutit mot bestämmelserna i LOU och avslog överklagandet.¹⁹⁰

4.3.11 Klagande ej visat att coachingtjänster utgjorde olika slag av tjänster

”NEEM-målet”¹⁹¹ rörde ett överklagande av Tillväxtverkets beslut att delvis upphäva beslutet om stöd till Nätverk för Entreprenörer från Etniska minoriteter (NEEM) då de inte följt LOU som föreskrivits som villkor till det EU-stöd NEEM var mottagare av. NEEM hade genomfört direktupphandlingar avseende coacher och hävdade att coacherna utgjorde tjänster av skilda slag då coacherna hade olika kompetens och arbetade i olika geografiska områden med olika förutsättningar och varierade insatser. NEEM kategoriserade i förvaltningsrätten tjänsterna som innovationsrådgivning, juridisk rådgivning, rådgivning gällande kvinnors företagande samt kvalitetssäkring. Inledningsvis redogjorde förvaltningsrätten för förarbetsuttalandet att upphandlingar som har ett naturligt samband med naturligt samband i tid och beträffande innehåll inte bör upphandlas separat. Därtill hänvisade förvaltningsrätten till Arrowsmiths tolkning och Kammarrättens i Stockholm dom mål nr 2504-13

¹⁹⁰ Förvaltningsrätten i Stockholm mål nr 30117-13.

¹⁹¹ Förvaltningsrätten i Stockholm mål nr 5945-14.

(Västeråsmålet). Förvaltningsrätten uttalade att NEEM i en beskrivning till Tillväxtverket kategoriserat coacherna som en typ av tjänst benämnd Entreprenörskap (coach) och därtill att kontraktsvärdena för konsulterna var likvärdiga. Förvaltningsrätten konstaterade vidare att det inte framkommit något i målet som tydde på att de fyra coachingtjänsterna skulle utgöra fyra olika slag av tjänster. Förvaltningsrätten fastslog att NEEM inte visat att tjänsterna utgjorde tjänster av olika slag och avslog NEEM:s överklagande.¹⁹²

4.3.12 Tjänster ansågs ha naturligt samband i tid och innehåll

”Almimålet”¹⁹³ rörde utbetalning av EU-stöd till en stödmottagare, Almi Företagspartner Mitt AB (Almi), som enligt Tillväxtverket inte följt LOU som föreskrivits enligt villkoren för stödet. Almi drev ett projekt tillsammans olika aktörer däribland Exportrådet som var medfinansiär, leverantör och en verksamhetsdel för projektet. Tillväxtverket beslutade att inte godkänna kostnaderna för de köpta tjänsterna från Exportrådet då de inte upphandlats i enlighet med LOU. Tjänsterna rörde enligt Almi fyra skilda tjänster inom olika produktområden, besöksplanering utrikes, inkl. bokningar, kartläggning av marknader och intressenter, inkl. mötesbokningar, processledning till modellen *Steps to Export* och seminarierier innefattande exportteknik såsom leveransvillkor och utlandsbetalningar, produktkrav och certifieringar, informationssökning, mästeknik m.m. Därtill hade projektet betalat de anställdas resekostnader och logi. Almi överklagade beslutet och menade i första hand att man tolkat det som rimligt att Exportrådet skulle kunna leverera tjänster till projektet utan skriftligt upphandlingsförfarande eftersom Exportrådet var en del av projektet. Förvaltningsrätten konstaterade dock att någon sådan undantagsgrund inte finns enligt LOU. I andra hand menade Almi att direktupphandlingarna var tillåtna enligt LOU. Förvaltningsrätten uttryckte att upphandlingar som har ett naturligt samband i tid och beträffande innehåll inte bör delas upp. Därtill uttalade förvaltningsrätten att tjänster som typiskt sätt tillhandahålls av en leverantör också kan vara en omständighet av betydelse vid bedömningen om det är fråga om upphandlingar av samma slag. Förvaltningsrätten uttryckte vidare att det är ”naturligt att beräkna behovet av tjänsterna under hela projekttiden, förutsatt att sakliga skäl för annan uppdelning inte föreligger.”¹⁹⁴ Förvaltningsrätten konstaterade att kostnaderna, även de för resor och logi, har ett naturligt samband i tid och innehåll. Almis anförande om CPV-koder föranledde enligt förvaltningsrätten ingen annan bedömning. Förvaltningsrätten konstaterade således att det var fråga om upphandlingar av samma slag som inte ska delas upp. Skäl att inte beräkna det

¹⁹² Förvaltningsrätten i Stockholm mål nr 5945-14.

¹⁹³ Förvaltningsrätten i Stockholm mål nr 16038-13.

¹⁹⁴ Förvaltningsrätten i Stockholm mål nr 16038-13, s. 6-7.

sammanlagda behovet av tjänsterna under de tre åren förelåg inte varför förvaltningsrätten avslog överklagandet.¹⁹⁵

4.4 Sammanfattande rättsfallskommentar

I detta avsnitt ges en sammanfattande kommentar till rättspraxis i direkt anslutning till rättsfallsgenomgången. I *kapitel 6* kommer rättsfallen att analyseras mer integrerat i den övriga analysen. Enligt min uppfattning kan ingen tydlig linje hur begreppet tolkas skönjas i rättspraxis. Det kan dock konstateras att domstolarna förekommande refererar till Arrowsmiths tolkning. Värmdöålet och LNU-målet hänvisade bland andra till Arrowsmiths tolkning. Utifrån Värmdöålet kan kort kommenteras att jag tycker det kan diskuteras huruvida Arrowsmiths tolkning är kompatibel med juridiska tjänster, mer om detta i *kapitel 6*. Boråsmålet är ett annat exempel där förvaltningsrätten hänvisade till Arrowsmith. Enligt min uppfattning är hänvisningen passande eftersom att Boråsmålet, liksom Arrowsmiths exempel om kontorsmaterial, rör upphandlingsföremålet varor. Även i övrigt görs en korrekt bedömning i Boråsmålet eftersom det stod klart att varorna ifråga skulle ha avropats från ramavtalets delområde 2 om inte ramavtalet ifråga hade blivit föremål för en överprövningsprocess i det delområdet.

I anslutning till mål som hänvisar till Arrowsmith vill jag särskilt påpeka att förvaltningsrätten i Grand Hotel-målet visserligen biföll Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift men att domstolen inte explicit uttryckte att Arrowsmiths tolkning låg till grund för bedömningen. Mot bakgrund av det tycker jag inte Arrowsmiths tolkning ska ges allt för stor genomslagskraft utifrån Grand Hotel-målet. Slutligen vill jag kommentera att hänvisningen till Arrowsmith i Almimålet och NEEM-målet som rörde tjänster är mindre lyckat och att utfallen i målen kan diskuteras. Närmare huruvida Arrowsmiths tolkning är lämplig att applicera på tjänster diskuteras i *kapitel 6*.

Utöver Arrowsmiths tolkning refererar domstolarna frekvent till förarbetsuttalandet att upphandlingar med samband i såväl tid som innehåll inte bör uppdelas. Läktarmålet är ett bra exempel där förvaltningsrätten till förarbetsuttalandet om naturligt samband i tid och innehåll. Därtill anfördes att det inte var ekonomiskt försvarbart att dela upp upphandlingen som kommunen gjort. Enligt min uppfattning är det en tolkning som går i den linje som Brown förespråkar i sin artikel och förespråkar ”*common sense judgement*”. I kontrast till Läktarmålet vill jag kommentera Krinovamålet där förvaltningsrätten inte lyfte frågan om verksamhetens totala behov av konsulttjänster, som Jordbruksverket i målet försökte antyda. Om det berodde på att omständigheterna i målet var så speciella eller att förvaltningsrätten inte ansåg att verksamhetens övriga behov av konsulttjänster kunde sammanräknas med den aktuella konsulttjänsten kan

¹⁹⁵ Förvaltningsrätten i Stockholm mål nr 16038-13.

det bara spekuleras i. Min uppfattning är att förvaltningsrätten såg inköpen av konsulttjänsterna som inköp av en ersättningstjänst för varje sjukskrivningsperiod. Krinovamålet utgör enligt min uppfattning ett exempel på en uppdelning av upphandling baserat på vad Rosén Andersson m.fl. kallar objektivt godtagbara skäl.

Utifrån vad som kallas kontinuerligt behov vill jag kommentera följande mål. I Örnsköldsvikmålet förelåg det enligt min uppfattning ett konstaterat kontinuerligt behov med beaktande av att behovet funnits i tidigare ramavtal, under en period mellan två ramavtal och under nuvarande ramavtal. Det är en tolkning av mig som med beaktande av Kihlmans uppfattning, att "direktupphandlingar av samma slag" endast kan uppskattas baserat på historiska aspekter och tidigare räkenskapsår, verkar rimlig. Till skillnad från Örnsköldsvikmålet förelåg inte ett sådant konstaterat kontinuerligt behov i Turistrådsmålet, i vart fall inte enligt min tolkning av domen. I Turistrådsmålet konstaterade förvaltningsrätten att de direktupphandlade konsulttjänsterna från Ahead och Stark Besöksnäring avsåg samma leverantörer och samma typer av tjänster som tidigare upphandlats genom ramavtal. Förvaltningsrätten avfärdade Västsvenska Turistrådet invändning att tjänsterna tidigare upphandlats genom ramavtal och inte inom ramen för direktupphandling.

Jag menar att det föreligger en skillnad mellan Örnsköldsvikmålet och Turistrådsmålet. Även om det förefaller "enkelt" att förstå förvaltningsrättens bedömning i Turistrådsmålet avseende att konsulttjänsterna tidigare upphandlats genom ramavtal och numera genom direktupphandling menar jag att det öppnar upp för en godtycklighet. Detta eftersom en sådan bedömning inte kan utläsas utifrån 15 kap. 3 a § LOU eller LUF. Det kan diskuteras hur en sådan bedömning av kontinuerligt behov ska göras. Hur lång tid tillbaka i tiden är rimligt att gå för att koppla ett tidigare ramavtal med "samma typer av tjänster" som direktupphandlas vid ett senare skede som härrör ett annat räkenskapsår? En tolkning i linje med Turistrådsmålet riskerar i längden att utgöra en orimlighetstolkning. Det kan också diskuteras hur Turistrådsmålet förhåller sig till det som tidigare konstaterats avseende beräkningen av beloppsgränsen för direktupphandling och att kontraktsvärdet ska fastställas vid tidpunkten för ingående av avtal. Sett till kammarrättens bedömning i fallet som ligger bakom konstaterandet är det av betydelse om det vid tiden för kontraktstecknandet förelåg en skyldighet att annonsera upphandlingen.¹⁹⁶

Utifrån Almi-målet bör det påpekas att förvaltningsrätten i målet tydligt påpekade att det är behovet under hela projekttiden som är av betydelse. Almi argumenterade för att kontraktsvärdet skulle baseras på kostnader under ett räkenskapsår och att kontraktsberäkningen skulle grundas på enskilda produkt- eller tjänsteområden och CPV-koderna. Almi lyckades inte med de anförda argumenten. Min uppfattning är att Almi-målet liksom Turistrådsmålet mycket kom att kretsa kring uppfyllandet av bevisbördan.

¹⁹⁶ Jfr Kammarrätten i Stockholm mål nr 3056-11.

Av den anledningen tycker jag inte det kan uteslutas utifrån Almi-målet att de invändningar som Almi anförde skulle fått en annan genomslagskraft i ett annat mål. Slutligen, i målen som rörde stödmottagare av EU-stöd, Örnsköldsvik-målet, Turistrådmålet, NEEM-målet och Almi-målet är min uppfattning att det generellt inte bör dras för stora växlar av målen. Jag tycker det finns utrymme att se på dessa mål som en chans för domstolen att poängtera vikten av att följa de villkor som följer av ett beviljat EU-stöd snarare än som avgörande av betydelse beträffande tolkningen av begreppet "direktupphandlingar av samma slag". Detta i synnerhet då målen primärt gällde utbetalning av EU-stöd.

5 Praktikers erfarenheter av begreppet

5.1 Tillvägagångssätt vid kvalitativ intervjustudie

5.1.1 Inledning

I detta avsnitt beskriver jag, med lika stor noggrannhet som intervjuerna genomfördes, tillvägagångssättet för intervjuerna. Det kan kort nämnas att jag i den kvalitativa intervjustudien har förhållit mig till de forskningsetiska krav som Vetenskapsrådet ställt upp. Vetenskapsrådet har konkretiserat det grundläggande individskyddskravet i fyra allmänna huvudkrav på forskning. Kraven är informationskravet, samtyckeskravet, konfidentialitetskravet och nyttjandekravet.¹⁹⁷ Emellertid har materialet från intervjuerna, trots beaktande av ovan, inte kunnat ges det utrymme jag först hoppats på. Det beror dels på att några respondenter valde att vara anonyma, dels att saknades det möjlighet att spela in intervjuerna.

5.1.2 Förberedelser av intervjuer

Redan vid första kontakten med de upphandlande myndigheterna/enheterna, vid förfrågan om närmare kontakt, upplystes det om möjligheten att vara anonym. Vid förfrågan om telefonintervjun bifogades frågorna jag önskade ställa vid intervjun. Anledningen till det var att jag ville ge respondenterna en möjlighet att förbereda sig och för att senare, vid intervjutillfället, kunna dyka djupare. Intervjufrågorna utformades med utgångspunkt i forskningsfrågan¹⁹⁸ tillika min tredje frågeställning: *Hur tolkas begreppet "direktupphandlingar av samma slag" av upphandlande myndigheter och enheter?* Med bakgrund av mitt syfte, att få insikt i hur upphandlande myndigheter tolkar begreppet, har jag valt att i första hand formulera öppna frågor.¹⁹⁹ Jag utformade intervjufrågorna efter den så kallade "trattprincipen" som syftar till att inleda intervjun försiktigt med frågor av enklare karaktär för att senare i intervjun ta upp speciella detaljer.²⁰⁰ Utöver beaktande av ovan nämnda forskningsetiska överväganden har intervjufrågorna sammanställts med tanke på neutralitet och objektivitet.²⁰¹

¹⁹⁷ Vetenskapsrådet: *Forskningsetiska principer inom humanistisk-samhällsvetenskaplig forskning*, 2002 s. 5-6, hämtad 2014-09-01: <http://www.codex.vr.se/texts/HSFR.pdf>.

¹⁹⁸ Se Kvale och Brinkman a.a. s. 148.

¹⁹⁹ Bell a.a. s. 104-105.

²⁰⁰ Carlsson a.a. s. 37.

²⁰¹ Bell a.a. s. 123.

5.1.3 Genomförande av intervjuer

Jag valde att genomföra telefonintervjuer.²⁰² Min ursprungliga plan var att spela in intervjuerna, vilket det även rekommenderas att göra.²⁰³ Dessvärre kunde ingen inspelning av intervjuerna ske då det saknades en lämplig teknisk lösning för att spela in telefonintervjuer. Intervjutillfällena bestämdes över e-mail. Jag inledde varje intervju med att berätta om varför intervjun görs, att slutprodukten är mitt examensarbete och frågade huruvida respondenten ifråga önskade vara anonym. Därtill erbjöd jag också respondenterna att ta del av slutresultatet²⁰⁴, vilket alla önskade göra. Jag tillämpade en semistrukturerad intervjustruktur vilket innebär att jag utgick från en uppsättning frågor (se Bilaga A) men ordningsföljden på frågorna kom att variera. Genom semistrukturerad struktur fick respondenten möjlighet att utveckla resonemang och jag kunde ställa uppföljningsfrågor till sådant jag uppfattade vara särskilt relevant.²⁰⁵

5.1.4 Sammanställande av intervjureultat

Eftersom att några av respondenterna önskade vara anonyma valde jag att låta alla respondenter presenteras genom anonymitet. Jag har således kodat alla upphandlande myndigheter/enheter och valt att kalla dem för upphandlande myndighet 1, 2, 3 osv.²⁰⁶ I presentationen av mitt resultat har jag valt att lyfta fram de gemensamma drag och problembilder hos de upphandlande myndigheterna. Anledningen till det är att jag tycker det underlättar för läsaren och skapar en mer koncentrerad presentation av resultatet.²⁰⁷ Eftersom jag sammanfattade intervjuerna i direkt anslutning till intervjutillfällena har analysen skett mer eller mindre löpande, något som är vanligt förekommande i kvalitativ analys.²⁰⁸ Slutsatser och gemensamma drag sammanställdes i viss mån också löpande för att slutföras efter tid för reflektion. Validitet i kvalitativa undersökningar har uttryckts bli en fråga om huruvida läsaren av produkten kan skapa en klar bild av det begrepp man studerar utifrån de beskrivningskategorier som forskaren presenterar. Trovärdigheten beror till viss del på hur väl kontexten klargjorts som arbetet tillkommit i och möjlighet för läsaren kan sätta sig in i hur forskaren resonerat.²⁰⁹ Återigen vill jag betona att jag inte åsyftar att ge en heltäckande bild av hur upphandlande myndigheter/enheter tolkar begreppet ifråga, utan avsikten är att ge en inblick i hur begreppet kan tolkas och har tolkats av de tillfrågade respondenterna.

²⁰² Se Kvale och Brinkman a.a. s. 165.

²⁰³ Carlsson a.a. s. 39.

²⁰⁴ Jämför Vetenskapsrådet a.a. s. 15.

²⁰⁵ Bryman a.a. s. 206.

²⁰⁶ Observera att jag här använder samlingsnamnet *upphandlande myndighet* för enkelhetens skull.

²⁰⁷ En fullständig sammanfattning av intervjuerna för respektive respondent översändes med glädje på begäran av läsaren. Vid intresse, maila: linnea.dyron@gmail.com.

²⁰⁸ Carlsson a.a. s. 60.

²⁰⁹ Carlsson a.a. s. 97-98.

5.2 Intervjuresultat

I detta avsnitt beskrivs de problembilder som respondenterna upplever, gemensamma drag och tolkningar av begreppet.

5.2.1 Problembild

Alla respondenter framhöll att de mer eller mindre upplevde svårigheter kring hur begreppet "direktupphandlingar av samma slag" ska tolkas. Bland annat framförde UM5 att det inte är så enkelt hur begreppet ska tolkas och att i respondentens värld utgör exempelvis juridiska tjänster inte tjänster av samma slag men då det är domstolens tolkning "*får man rätta sig efter det*". Vidare uppfattade samtliga respondenter att tolkningssvårigheterna de upplever delades med andra upphandlande myndigheter och enheter. Gemensamt för alla respondenter var också att de upplevde svårigheter kring att skapa en överblick av alla direktupphandlingar som skedde i deras respektive organisationer. Flertalet av respondenterna konstaterade att de var uppmärksammade på att det var många direktupphandlingar som de aldrig fick kännedom om. Tre respondenter påtalade därtill att deras organisationer är decentraliserade vilket enligt dem också påverkade kännedomen om direktupphandlingar i organisationen. En respondent anförde att den enskilda beställaren ofta bara ser till sitt eget behov och sällan samkörde sina inköp.

5.2.2 Gemensamma drag

5.2.2.1 Dokumentationsplikt och krav på riktlinjer skapar önskvärd statistik

De gemensamma drag som jag har uppmärksammat hos respondenterna är att de alla har, eller ska införa riktlinjer för användningen av direktupphandling, i enlighet med lagändringen 1 juli 2014. Många respondenter betonade att dokumentationsplikten för direktupphandlingar över 100 000 kronor och krav på riktlinjer på sikt kommer generera bättre kännedom om direktupphandlingar genom att statistik skapas.

5.2.2.2 Avgörande faktorer för gränsdragningen mot direktupphandling

Vid gränsdragningen mellan att genomföra en direktupphandling på grund av lågt värde under direktupphandlingsgränsen och genomföra en upphandling med annonsering konstaterade respondenterna att avgörande i första hand är beloppsgränserna för direktupphandling. Vidare framfördes att man såg till huruvida det fanns ett återkommande eller löpande behov av upphandlingsföremålet. Tre respondenter påtalade att de utgår från ett behov under en fyraårsperiod. Flertalet upphandlande myndigheter uttryckte att

gränsdragningen ofta sker utifrån en känsla för om upphandlingsföremålet är ett udda inköp eller av återkommande karaktär. Det påtalades vidare att det ofta blir en bedömning från fall till fall där olika faktorer spelar in. Faktorer som respondenterna lyfte var möjligheten att upphandla olika föremål samtidigt, huruvida leverantören även tillhandhåller andra föremål, tidsaspekten och huruvida behovet är brådskande, vad som är förmånligast för stunden, huruvida en uppdelning av föremålen är mer konkurrensfrämjande och huruvida spetskompetens eftersöks.

5.2.3 Exempel där “direktupphandlingar av samma slag” aktualiserats

Exempel där “direktupphandlingar av samma slag” aktualiserats eller varit föremål för diskussion hos respondenterna är vid inköp av utbildningar, konsulter, ventilationsarbeten, måleriarbeten, trädgårdsmaskiner och renovering av rökluckor. Vad gäller utbildningar gav UM1 exempel på utbildningar av varierat slag såsom upphandlingsrätt, hyresrätt, ekonomi, HR och chef- och ledarskapsutbildningar där frågan lyfts huruvida utbildningarna kunde utgöra utbildningar av samma slag. UM3 angav inköp av konsulttjänster inom områdena tolk, språk, översättning, flygteknik där frågan uppkommit huruvida det utgjorde konsulttjänster av samma slag. UM3 poängterade att enligt dem kan inte en konsulttjänst av dövtolk utgöra samma slag som en konsulttjänst i språk såsom spanska.

Frågan om “direktupphandlingar av samma slag” uppkom också för UM4 avseende ventilationsarbeten som skedde i olika byggprojekt med olika projektledare och förutsättningar i form av område, fastighet, lösningar osv. För UM4 uppkom också frågan om invändig målning och utvändigt målning tillhörde samma slag av måleriarbeten. UM4 påpekade att en sammanslagning av målningsarbetena kunde bli missvisande eftersom målningsarbetena utförandemässigt är av väldigt skilda slag då exempelvis olika typer av färg krävs. Å andra sidan menade UM4 att båda tjänsterna vanligtvis tillhandahålls av samma leverantör och därtill har samma CPV-kod. För UM2 diskuterades begreppet vid direktupphandling av trädgårdsmaskiner. I direktupphandlingen sammanslogs bland annat en traktor av mindre slag och två gräsklippare. För UM6 lyftes diskussionen om samma slag när behovet av renovering av rökluckor uppkom. Diskussionen kretsade kring om tjänsten kunde anses tillhöra sotningstjänster som UM6 hade ett befintligt ramavtal för.

5.2.4 Respondenterna om föreslagna tolkningar av begreppet

Vid intervjuerna framkom många intressanta och relevanta kommentarer och argument avseende tolkningarna enligt Arrowsmith respektive enligt

CPV-koderna. Därtill framkom alternativa förhållningssätt och kommentarer beträffande hänvisningen till Bilaga 1 i LOU/LUF.

5.2.4.1 Tolkning enligt Arrowsmith

UM7 framhöll att tolkningen enligt Arrowsmith är mest rimlig men att en bedömning i varje fall måste ske. Samtidigt betonade UM7 att alla föreslagna tolkningar endast utgör vägledning till dess att klargörande finns från domstolen eller konkurrensverket. UM4 påpekade dock att god kännedom om branschen krävs om en tolkning enligt Arrowsmith ska kunna användas. Vidare framförde UM6, som kritik mot tolkningen, att det enligt UM6 blir konstigt när leverantören bestämmer och att avgörandet mer borde hänga på beställaren. UM1 anförde angående Arrowsmiths tolkning att bara för att en leverantör tillhandahåller ett spritt spektrum av upphandlingsföremål betyder det inte att upphandlingsföremålen är av samma slag. UM2 anförde att Arrowsmiths tolkning möjligtvis fungerar för kontorsmaterial och mindre saker. Däremot blir tolkningen problematisk när det exempelvis handlar om ett serviceföretag som tillhandahåller allt från städning till installation av fläktar, något som enligt UM2 inte alls utgör samma slag trots att leverantören ifråga tillhandahåller båda tjänsterna. När frågan om "direktupphandlingar av samma slag" uppkommer hos UM5 diskuteras huruvida de leverantörerna som har "*rubbet*" är bra och huruvida UM5 riskerar att begränsa sig till en viss leverantör. UM5 framförde att i vissa fall kanske UM5 eftersträvar en leverantör som tillhandahåller många olika upphandlingsföremål eftersom det underlättar avtalsmässigt och i första hand önskar UM5 bra leveranser. I sådana fall kan upphandlingsföremål sammanslås men UM5 betonade att det inte är givet och att Arrowsmiths tolkning är "*en sanning med modifikation*".

5.2.4.2 Tolkning enligt CPV-koderna

Enligt UM2 är en tolkning enligt CPV-koderna "*logisk och rättvis*". UM5 ser positivt på en tolkning enligt CPV-koderna men betonar tolkningen blir väldigt tekniskt. Trots eventuella tillämpningssvårigheter poängterar UM5 att tolkningen enligt CPV-koderna borde vara en bra lösning. UM6 föreslår en tolkning enligt CPV-koderna och understryker att det skulle innebära en klar kategori och ett gemensamt arbetssätt, samma för alla. UM1 förespråkar också CPV-koderna i anslutning till att respondenten konstaterade att "*det finns inte så mycket annat att gå på*". UM3 framförde att myndigheten ser fördelar med en standard såsom CPV-koderna men betonade att det gäller att tolkningen är anpassad till verkligheten. Enligt UM4 kan tolkningen enligt CPV-koderna utgöra en vägledning men betonade att mer än en vägledning bör tolkningen inte vara. UM4 framförde att varje situation måste anpassas efter upphandlingsföremålet. UM7 framförde att en tolkning enligt CPV-koderna inte är tillräckligt tydlig men att den kan användas som vägledning men dock inte strikt.

5.2.4.3 Andra föreslagna tolkningar

Avseende bilaga 1 i LOU/LUF uttalades generellt att det är en rimlig tolkning men dock begränsande då den endast gäller byggtreprenader. UM1 påpekade att det är en rimlig tolkning och att respondenten hanterat ett uppdrag på motsvarande sätt. Många respondenter framförde egna förhållningssätt till begreppet ifråga. Till exempel förklarade UM2 att de genomför förstudier och grundligt diskuterat med medarbetarna innan en direktupphandling genomförs. I diskussionen lyfts frågan om vilka leverantörer det finns på marknaden och om någon av de relevanta leverantörerna även tillhandahåller andra tjänster som UM2 är i behov av inom en fyraårsperiod. Utifrån det totala kontraktsvärdet avgörs sedan tillämpligt förfarande. UM2 poängterar att det inte är schyst mot leverantören att genomföra en stor upphandling för ett mindre belopp eftersom leverantörerna lägger ner mycket tid och resurser på att lämna anbud. Även UM5 framförde att deras direktupphandlingar föregås av en ordentlig diskussion och marknadsundersökning. UM7 anförde att det är svårare att följa ett uppluckrat begrepp än att följa en strikt tolkning av begreppet. Därtill medför en uppluckrad tolkning att mindre leverantörer riskerar att missgynnas. UM7 framhåller en strikt tolkning av begreppet tillsammans med att arbeta med medvetenheten hos personalen och därtill ha rutiner. Slutligen poängterade UM7 att en direktupphandling också innebär arbete där underlag mm. ändå måste göras.

5.3 Sammanfattande kommentar av intervjuresultat

De slutsatser som kan dras utifrån vad jag uppmärksammat är att respondenterna upplever begreppet som oklart och svårtolkat. Därtill upplever respondenterna att det är svårt att skapa en överblick av de direktupphandlingar som sker i organisationen. Däremot är många respondenter förhoppningsfulla inför att dokumentationsplikten och krav på riktlinjer kommer förbättra situationen genom statistik och att bättre kännedom på så vis skapas. Respondenterna ser både för- och nackdelar med de föreslagna tolkningarna som härrör från Arrowsmith och CPV-koderna. Jag uppfattade respondenterna vara något mer positiva till en tolkning enligt CPV-koderna. Jag uppfattar tre respondenter, UM1, UM2 och UM6 vara tydliga förespråkare av tolkningen enligt CPV-koderna. Tre andra respondenter, UM3, UM4 och UM5 tolkar jag vara ”neutrala” och inte luta åt något särskilt håll utan framhöll för- och nackdelar med både tolkningen enligt Arrowsmith och CPV-koderna. En respondent, UM7, upplevde jag vara tydlig förespråkare av Arrowsmith. En gemensam nämnare bland respondenterna var dock att de föreslagna tolkningarna talades om i termer som ”vägledningar”, ”förhållningssätt” och ”hjälpmedel vid tolkningen”. Vidare upplevde jag att respondenterna önskar klagörande i form av en tydligare nationell vägledning eller ställningstagande eller avgörande från domstol. Slutligen, det finns en längtan hos respondenterna efter klagörande av begreppet ”direktupphandlingar av samma slag”.

6 Analys

6.1 Inledning

I det här kapitlet kommer jag att analysera och diskutera uppsatsens frågeställningar. I avsnitt 6.2 kommer jag analysera gällande rätt, *de lege lata*. Den rättsliga innebörden av begreppet präglas av hur begreppet tolkas och tillämpas. Av den anledningen diskuterar jag bland annat de olika tolkningarna som redogjorts för i uppsatsen. Jag problematiserar också begreppet genom att exemplifiera hur tolkningssvårigheterna avseende begreppet kan se ut. I avsnitt 6.3 kommer jag, utifrån de kvalitativa intervjuerna och praktikernas erfarenheter, diskutera ur ett *de lege ferenda*-perspektiv hur gällande rätt borde vara. Eftersom gällande rätt präglas av hur begreppet tolkas, utmärks diskussionen av hur jag tycker begreppet borde tolkas. Slutligen i avsnitt 6.4 kommer jag redogöra för uppsatsens slutsatser.

6.2 De lege lata

Uppsatsens två första frågeställningar, vad den rättsliga innebörden av begreppet “direktupphandlingar av samma slag” är och hur begreppet tolkas i rättspraxis, har undersökts i utredningen som presenterats i *kapitel 3* och *4*. Baserat på uppsatsens utredning av begreppet redogör jag i det följande för vad menar är gällande rätt.

Inledningsvis kan konstateras att “direktupphandlingar av samma slag” är mer än exakt samma typ av upphandlingsföremål. Utredningen vad begreppet innebär, mer än identiska upphandlingsföremål, präglas av hur begreppet tolkas. Då det saknas legal definition av begreppet får vägledning hämtas från förarbeten, rättspraxis, utredningar och doktrin. Den rättsliga innebörden av begreppet är inte klar och det råder viss osäkerhet hur begreppet ska tolkas. Jag har emellertid kommit fram till att det enligt gällande rätt inte kan uteslutas att upphandlingsföremål som åsyftar olika ändamål och bottenar i olika förutsättningar kan utgöra upphandlingsföremål av skilda slag. Vidare konstaterar jag att det enligt gällande rätt inte föreligger någon skyldighet för den upphandlande myndigheten/enheten att sammanräkna direktupphandlingar som löper över en period. Det kan vidare inte skönjas någon klar riktlinje hur begreppet ska tolkas utifrån rättspraxis. Kammarrättens bedömning i Värmdöområdet att juridiska tjänster utgör tjänster av samma slag ska beaktas av upphandlande myndigheter/enheter. Det saknas emellertid avgörande från HFD varför jag menar att andra tolkningar av begreppet inte kan uteslutas. Vägledning kan hämtas från de olika tolkningarna i förarbeten, utredningar och doktrin.

6.2.1 Upphandlingsföremål med skilda ändamål och förutsättningar kan utgöra skilda slag

Med bakgrund av de olika tolkningar som redogjorts för i uppsatsen har jag funderat på om upphandlingsföremålets förutsättningar och ändamål kan påverka bedömningen av "direktupphandlingar av samma slag". Enligt Brown kan upphandlingsföremål tjäna så pass olika syften att dess kontraktsvärden inte bör sammanräknas. Med beaktande av Browns uttalande har jag uppställt några exempel där det enligt min uppfattning kan diskuteras om det rör sig om "direktupphandlingar av samma slag" när det åsyftade ändamålet skiljer sig. I syfte att exemplifiera och problematisera innebörden av begreppet "direktupphandlingar av samma slag" har jag skapat nedan exempel. Jag vill påpeka att exemplet utgör en förenkling och syftar främst till att illustrera att det inte är helt klart hur begreppet ska tolkas och vilka tolkningssvårigheter som kan uppstå. Mina exempel i tabellen nedan utgår från att en kommun utgör den upphandlande myndigheten och jag har uteslutit eventuella självständiga enheter. Upphandlingsföremålen i mina exempel är i grunden av exakt samma typ men de har getts olika förutsättningar och åsyftar olika ändamål. Jag menar att det inte är självklart att upphandlingsföremålen är av samma slag när de åsyftar olika ändamål och bottnar i olika förutsättningar.

Upphandlingsföremål	Exempel	Ändamål 1	Ändamål 2
Vara	Bananer	Till fruktkorg på kommunkontoret	Bananer till kommunens äldreboende
Tjänst	Städning	Städning av kommunkontoret	Städning av kommunens museum
Byggentreprenad	Takarbete	Nybyggnad av tak	Reparation av tak K-märkt byggnad

För upphandlingsföremålet varor och exemplet bananer kan det enligt min uppfattning föreligga olika åsyftade ändamål. Bananer till de anställda på kommunkontorets fruktkorg kanske syftar till mellanmål i stort och bananer till kommunens äldreboende kanske syftar mer till att ge de äldre näring eftersom bananer är en mjuk lättätlig frukt. Ändamålen skiljer sig men bananer, och förmodligen även frukt i stort, varor av samma slag. Det blir emellertid klurigare att avgöra när det handlar om tjänster och byggentreprenader. En städtjänst kan exempelvis åsyfta olika ändamål och dess olika förutsättningar innebära att städning av ett kommunkontor i min mening skulle kunna skilja sig från städning av kommunens museum. Städning av museum, där inkluderat museiföremål, kräver troligen särskild utrustning med andra rengöringsmedel osv. Städningen tjänar således ett annat syfte och grundar sig på andra förutsättningar. Potentiellt skulle städtjänsterna i exemplet kunna utgöra städtjänster av skilda slag.

Liknande argumentation kan enligt min uppfattning föras avseende exemplet för byggentreprenad i form av takarbete. Det kan diskuteras om nybyggnad av tak och reparation av tak på en unik byggnad såsom en K-

märkt byggnad är utgör "direktupphandlingar av samma slag". De tänkbara olika förutsättningarna och ändamål för takarbetena kan potentiellt innebära att det rör sig om takarbeten av skilda slag. Med det sagt kan naturligtvis städtjänsterna respektive takarbetstjänsterna i mina exempel, liksom bananerna utgöra samma slag. Min poäng är dock att det inte är en glasklar bedömning utan att begreppet innebär tolkningssvårigheter. Enligt min mening kan det inte uteslutas, så länge vi saknar avgörande från HFD, att olika förutsättningar och åsyftade ändamål tillsammans kan resultera i att i grunden identiska upphandlingsföremål är av skilda slag.

6.2.2 Det saknas skyldighet att sammanräkna direktupphandlingar, utöver räkenskapsåret, som löper över en period

Jag har uppmärksammat att en viss osäkerhet råder kring frågan hur "direktupphandlingar av samma slag" ska beräknas när den upphandlande myndigheten genomför "direktupphandlingar av samma slag" över en period. Ska beräkningen ske per räkenskapsår eller ska en längre period beaktas och i så fall hur lång period då. Värdet av ett kontrakt ska, som beräkningsregeln anger, uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Det saknas dock vägledning i hur en sådan beräkning ska ske eftersom regeringen valde att inte införa någon beräkningsregel i samband med valet att inte införa någon definition av begreppet. Vid beräkningen av kontraktsvärdet ska den upphandlande myndigheten/enheten beakta direktupphandling av samma slag gjorda under räkenskapsåret.

Rosén Andersson m.fl. har uttryckt att den upphandlande myndigheten vid beräkningen även måste beakta kommande behov. Min tolkning av uttalandet av kommande behov är att det syftar på det kommande räkenskapsåret. Det är inte förbjudet att dela upp kontrakt i flera delavtal. Det ska emellertid ses mot bakgrund av att det inte är tillåtet att dela upp upphandlingar i syfte att underskrida beloppsgränserna och kringgå upphandlingsreglerna. Det kan dock föreligga objektiva skäl till att dela upp upphandlingar. Jag ser inga hinder utifrån 15 kap. 3 a § LOU/LUF att en upphandlande myndighet eller enhet delar upp upphandlingar i mindre delkontrakt, förutsatt att det sker på grundval av objektiva godtagbara skäl och inte sker i syfte att kringgå upphandlingsreglerna. Kammarkollegiet och Konkurrensverket har emellertid framhållit, inom ramen för sina vägledningar, att om den upphandlande myndigheten har ett återkommande behov bör det övervägas att upphandla ett ramavtal för att garantera att upphandlingsreglerna efterlevs. Kammarkollegiets vägledning framhåller att det kan finnas ekonomiska och praktiska skäl att upphandla ett ramavtal vid kontinuerligt behov av upphandlingsföremålet och om direktupphandlingsgränsen på ett par års sikt överskrids.

Beräkningen av kontraktsvärdet ska ske vid kontraktets ingående. Hela kontraktets värde ska beräknas. Pondera att det är 1 uppkommer X behov och

det inte klart framgår att direktupphandlingsgränsen kommer att överskridas under räkenskapsåret. Utifrån det scenariot ser jag ingen skyldighet för den upphandlande myndigheten/enheten att utifrån 15 kap. 3 a § LOU/LUF skapa ett ramavtal som löper för en längre period. Om det inte står klart vid kontraktets ingående att direktupphandlingsgränsen kommer överskridas och det inte är ett direkt kringgående av upphandlingsreglerna kan jag inte utläsa en sådan skyldighet. Det saknas i dagsläget beräkningsregler för hur ett sådant kontinuerligt behov ska beräknas. Kammarkollegiets vägledning kan inte ges den genomslagskraften att det ska anses föreligga en skyldighet att skapa ett ramavtal för att direktupphandlingsgränsen riskerar att överskridas på ett par års sikt.

I sammanhanget kan de nya upphandlingsdirektivens beräkningsmetoder avseende varu- och tjänstekontrakt av återkommande behov lyftas. Beräkningsmetoderna grundas på värdet av liknande kontrakt för de föregående tolv månaderna eller räkenskapsåret alternativt det uppskattade totala värdet av de kommande tolv månaderna eller räkenskapsåret. Beräkningsmetoderna har således knutits till en period om 12 månader. Någon skyldighet att vid återkommande behov ta höjd för att gränsen riskerar överskridas på ett par års sikt kan inte utläsas i de nya upphandlingsdirektiven. Jag vill också framhålla att det i först i efterhand som ett säkert behov kan fastställas. Örnköldsvikmålet är ett exempel där jag menar att det förelåg ett klart fastställt kontinuerligt behov.

Sammanfattningsvis kan det inte enligt min mening utläsas, varken ur lagtexten eller ur ovan nämnda vägledningarna, att det föreligger någon skyldighet för den upphandlande myndigheten/enheten att upphandla ett ramavtal för vad Kammarkollegiet i sin vägledning kallar ”kontinuerligt behov”. Slutligen kan det poängteras att möjligheten återfinns för en upphandlande myndighet/enhet att skapa ett ramavtal om det gagnar myndigheten ifråga. Någon skyldighet föreligger emellertid inte utifrån min uppfattning och enligt vad som ovan diskuterats.

6.2.3 Det finns utrymme för olika tolkningar av begreppet “direktupphandlingar av samma slag”

Arrowsmiths tolkning har fått stor genomslagskraft för hur begreppet “direktupphandlingar av samma slag” ska tolkas. Detta trots att Arrowsmiths uttalande avser det direktivstyrda området och utan någon större diskussion avseende tolkningens ursprung. Jag menar att det finns utrymme att angripa innebörden av begreppet “direktupphandlingar av samma slag” utifrån olika tolkningar. Avsaknaden av vägledande avgörande från HFD stöder detta resonemang. Det har dessutom i förarbetena hänvisats till Arbetsförmedlingens remissvar som ger uttryck för en helt skild tolkning av begreppet. Det ger uttryck för att det finns alternativa metoder till hantering av begreppet och tyder på att Kammarkollegiets vägledning, som

bygger på Arrowsmiths tolkning inte är den *enda* tolkning av begreppet. Det är i vart fall inte den enda uppmärksammade tolkningen i förarbetena. Min uppfattning, att det i gällande rätt finns utrymme för olika tolkningar av begreppet "direktupphandlingar av samma slag", kan även ses utifrån de nya upphandlingsdirektiven.

I samband med att de nya upphandlingsdirektiven införs, föreslås två nya upphandlingslagar införas. I skrivande stund har inget förtydligade hittills föreslagits avseende begreppet "direktupphandlingar av samma slag". För uppsatsens vidkommande flyttas bara 15 kap. 3 a § LOU/LUF, inklusive begreppet i sin helhet, till 19 kap. 7 § LOU/LUF. Ordbytet från värdet av ett kontrakt till värdet av en upphandling, som konstaterats inte göra någon skillnad i sak, får förstås bara vara av språklig karaktär. Något förtydligande avseende begreppet och hur det ska tolkas ges sammanfattningsvis inte i dagsläget. Vägledning får således hämtas från uttalanden i förarbeten, praxis, utredningar och doktrin. Jag kommer i det följande kort kommentera de uttalanden av begreppet som berörts i uppsatsen.

Tidigare förarbeten som kan utgöra vägledning för hur begreppet ska tolkas har använt uttryck som "närbesläktade" och "likartade", ord som enligt min uppfattning inte ger särskilt mycket vägledning. Falk har avseende "likartade varor" uttryckt att två potatissorter utgör samma slag men uttalandet tillför ytterst lite till diskussionen. Avseende hänvisningen i förarbetena till bilaga 1 i LOU/LUF är det visserligen intressant men begränsande då den bara avser byggtreprenadkontrakt. De nya upphandlingsdirektiven ger dock vägledning av större relevans. Av extra intresse är att det i upphandlingsutredningen 2010 uttrycktes att tolkningen i Kammarkollegiets vägledning har stöd i de nya upphandlingsdirektiven. Enligt min mening har uttalandet i de nya upphandlingsdirektiven drag av Arrowsmith. Arrowsmiths tolkning utgår som bekant från vilka varor och tjänster som typiskt sätt kan tillhandahållas av en och samma leverantör och huruvida samma leverantör skulle vara intresserad av samtliga kontrakt. I de nya upphandlingsdirektiven talas det om varor som är avsedda för identisk eller likartad användning och om en ekonomisk aktör som är verksam på det berörda området i typfallet skulle ha sådana varor i sitt normala varuutbud. Noteras bör att de nya upphandlingsdirektiven uttalar sig avseende likartade varor och som exempel lyfts varor som utgörs av ett antal livsmedel eller av olika kontorsmöbler. Att inspiration möjligen har hämtats från Arrowsmith förefaller inte orimligt eftersom Arrowsmiths klassiska exempel avseende kontorsmaterial rör just varor. Påståendet att Kammarkollegiets vägledning, som bygger som bekant på Arrowsmiths tolkning, skulle ha stöd i de nya upphandlingsdirektiven kan jag bara delvis hålla med om. Kammarkollegiets vägledning uttrycker nämligen att tolkningen gäller både varor, tjänster och byggtreprenader. Det råder delade meningar om huruvida Arrowsmiths tolkning bör tillämpas för tjänster och byggtreprenader. Det har uttryckts i doktrin och i bland annat Trafikverkets remissvar att Arrowsmiths tolkning är svårare att applicera på tjänster och byggtreprenadkontrakt än på varor. Det är även en uppfattning jag fått bekräftat från många respondenter som menar att

Arrowsmiths tolkning fungerar för varor men är svårare att tillämpa därutöver. Eftersom jag ovan konstaterat att det finns utrymme att tillämpa olika tolkningar på begreppet är det min uppfattning att Arrowsmiths tolkning kan tillämpas för varor men att det kan diskuteras huruvida tolkningen bör appliceras för tjänster och byggtreprenader.

Tolkningen enligt CPV-koderna har uppmärksammats i doktrin och tidigare beskrivits i uppsatsen. En fördel med en tolkning enligt CPV-koderna är i min mening att tolkningen utgår från en gemensam standard. En nackdel är dock att tolkningen inte är fullständig. Ulfsson Forssell har uttryckt att det kan finnas produkter och tjänster som enligt CPV-koderna är separerade trots att de kan anses utgöra produkter eller tjänster av samma slag. Av den anledningen tror jag att en tolkning enligt CPV-koderna måste beaktas med försiktighet och i likhet med Browns uttalande, med *"common sense judgement"*.

Utöver tolkningen enligt Arrowsmith och tolkningen enligt CPV-koderna har andra tolkningar lyfts i uppsatsen. Carenholm gör enligt min uppfattning en snäv tolkning av begreppet som anger att tjänster av samma slag avseende arkitekt- och teknikkonsulttjänster är repetitiva tjänster med likadant tjänsteinnehåll avseende likadana projekt. Enligt Carenholm kan tjänster avse olika delar eller stadier i ett projekt med olikartat innehåll. Vidare kan tjänsterna kräva olika slags erfarenheter, utbildningar, inriktningar och kompetenser och kan av den anledningen inte karakteriseras som upphandlingar av samma slag. Carenholms resonemang är enligt min uppfattning intressant men ändå långtgående. Liknande resonemang har förts av de klagandena i Almimålet och NEEM-målet utan lyckat resultat. Min uppfattning, som redogjorts för i rättsfallscommentaren, är dock att för stora växlar inte kan dras ifrån dessa underrättsavgörandena. Carenholms resonemang kan inte uteslutas även om det kan tyckas vara långtgående. Likaså är Trafikverkets uttalande i sitt remissvar, att begreppet bör prövas mot om samma tekniska specifikation eller uppdragsbeskrivning hade kunnat användas i upphandlingen, långtgående. Jag uppmärksammar en potentiell risk för godtycke där en upphandlande myndighet/enhet medvetet skulle kunna anpassa uppdragsspecifikationer för att särskilja upphandlingsföremålen.

Min uppfattning av rättspraxis är att Arrowsmiths tolkning tillsammans med förarbetsuttalandet avseende samband i tid och innehåll har getts stort utrymme som vägledning. Avseende Värmdöålet finns det olika tolkningar av huruvida Värmdöålet är i linje med Arrowsmiths tolkning som kammarrätten hänvisade till i målet. Ulfsson Forssell m.fl. menar att kammarrätten i Stockholm i sin bedömning avviker från Arrowsmiths tolkning eftersom att juridiska tjänster typiskt sätt inte tillhandahålls av en och samma leverantör. Rosén Andersson m.fl. är av motsatt uppfattning och menar att kammarrätten har anslutit sig till Arrowsmiths tolkning då det saknades skäl att dela upp juridiska tjänster som tjänster av olika slag.

Oavsett om man tycker att kammarrätten i Värmdöålet följde Arrowsmiths tolkning eller inte kan det enligt min uppfattning diskuteras om juridiska tjänster utgör tjänster av samma slag. Bara den omständigheten att juridiska tjänster bestående av rådgivning inför och företrädande av advokat vid rättslig process i domstol eller skiljeförfarande bland annat undantas från de nya upphandlingsdirektivens tillämpningsområden²¹⁰ kan öppna upp för diskussionen att tolkningen Värmdöålet var för sträng. Även om det visserligen bara är en begränsad del juridiska tjänster som undantagits från de nya upphandlingsdirektiven är det intressant i relation till kammarrättens ståndpunkt att juridiska tjänster är tjänster av samma slag. Värmdöålet och Västeråsmålet utgör mål vi måste förhålla oss till. Då det saknas avgörande från HFD menar jag emellertid att innebörden av begreppet inte är helt klar. Det föreligger en viss osäkerhet kring hur begreppet direktupphandlingar ska tolkas och därtill huruvida juridiska tjänster utgör tjänster av samma slag.

6.3 Diskussion de lege ferenda

Ovan har jag redogjort för gällande rätt och konstaterat att innebörden av begreppet inte är helt klar och att det kan appliceras olika tolkningar på begreppet. I det här avsnittet kommer jag, bland annat utifrån praktikernas erfarenheter, diskutera hur gällande rätt enligt min uppfattning bör se ut och hur begreppet bör tolkas i framtiden. Utifrån praktikernas erfarenheter kommer jag diskutera den längtan som återfinns efter klargörande av begreppet. Någon fullständig tolkning kan emellertid inte uppställas och enligt min uppfattning bör det inte heller uppställas någon fullständig tolkning. Min tolkning utifrån gällande rätt är, under förutsättning att tolkning inte väljs i syfte att kringgå upphandlingsreglerna, att vägledande tolkning av begreppet bör baseras på och hämtas utifrån upphandlingsföremålet. Tolkningen enligt Arrowsmith lämpar sig för varor medan tolkningen enligt CPV-koderna lämpar sig för tjänster och byggtreprenader.

Inledningsvis vill jag beskriva den kontext utifrån vilken jag angripit hur begreppet bör tolkas. Jag uppmärksammar två perspektiv när jag behandlar begreppet "direktupphandlingar av samma slag". Å ena sidan får kontrakt inte delas upp i syfte att kringgå upphandlingsreglerna. Å andra sidan bör kostnaderna för ett annonserat förfarande inte gå utöver de vinster som konkurrensutsättningen innebär. Utifrån dessa perspektiv har jag analyserat hur begreppet bör tolkas i framtiden. Till detta tåls det att poängtera att begreppet i 15 kap. 3 a § LOU/LUF tillhör den nationella regleringen.

Jag har tidigare i uppsatsen konstaterat att Brown poängterar att det kan föreligga objektiva skäl för att dela upp upphandlingar. Därtill uttrycker Arrowsmith att domstolen inte bör vara för strikt i sin tolkning. De båda

²¹⁰ Art. 10 d) det nya klassiska direktivet (2014/24/EU) och Art. 21 c) det nya försörjningsdirektivet (2014/25/EU).

uttalandena rör tröskelvärdena. Jag betonar ovanstående eftersom det emellanåt skämtsamt uttrycks att Sverige eftersträvar att vara ”bäst i klassen” i EU-sammanhang. Sverige har för upphandlingar under tröskelvärdena infört upphandlingsregler motsvarande den direktivstyrda delen. Min poäng är att vid sökandet efter hur begreppet bör tolkas bör vi ha uttalandena från Brown och Arrowsmith i beaktande samt påminnas om att begreppet “direktupphandlingar av samma slag” rör den nationella regleringen, under de tröskelvärden som EU har fastställt. En bedömning av “direktupphandlingar av samma slag” måste enligt min uppfattning vara pragmatisk. Detta med beaktande av att kostnaderna för ett annonserat förfarande inte får gå utöver de vinster som konkurrensutsättningen innebär. Därutöver med beaktande att det kan finnas objektiva skäl för att dela upp kontrakt. Naturligtvis ska situationen ses mot att upphandlingsreglerna inte får kringgås.

6.3.1 Praktikernas erfarenheter

Liksom det avsedda syftet med de kvalitativa intervjuerna, har jag utifrån respondenternas svar och anförda resonemang fått en inblick i hur begreppet kan tolkas och hanteras i praktiken. Jag upplever att de kvalitativa intervjuerna har bidragit till att uppsatsen getts ett praktikerperspektiv och att begreppet angripits från olika infallsvinklar. I respondenternas svar, som analyserats genomgående i *kapitel 5*, framkom bland annat att respondenterna emellanåt, vid tolkningen av begreppet, beaktade vad som var förmånligt för den upphandlande myndigheten/enheten. Tolkningen kan, genom att den ibland anpassas efter vad som är mest förmånligt för den upphandlande myndigheten/enheten, resultera i både en snävare och en bredare tolkning av “direktupphandlingar av samma slag”. UM1 framhöll exempelvis att begreppet kunde tolkas vidare om det resulterade i en bättre affär genom ett ramavtal.

Med beaktande av ovan och vad jag tidigare konstaterat, avseende att det inte kan utläsas någon skyldighet för den upphandlande myndigheten/enheten att upphandla ett ramavtal vid “direktupphandlingar av samma slag” som sträcker sig över en period, har en tanke väckts hos mig. Jag har funderat över var gränsen går mellan att ”medvetet” direktupphandla under direktupphandlingsgränsen år efter år och mellan att genomföra direktupphandlingar över en period utan att något klart kontinuerligt behov kan fastställas vid kontraktets ingående. Det kan som tidigare konstaterats finnas objektiva godtagbara skäl att dela upp upphandlingar, exempelvis för att underlätta för mindre leverantörer. Begreppet måste ses mot bakgrund av att upphandlingar inte får delas upp i syfte att kringgå upphandlingsreglerna. Som framkommit i uppsatsen bär den upphandlande myndigheten/enheten bevisbördan för att förutsättningar förelegat för direktupphandlingen ifråga. Det får förstås vila ett subjektivt rekvisit bakom uttalandet i 15 kap. 3 a § LOU/LUF att en upphandling inte får delas upp i syfte att kringgå bestämmelserna i denna lag. Det förefaller enligt min uppfattning som en utmaning att uppställa en klar gräns för vad

som är ett agerande i syfte att kringgå upphandlingsreglerna. Även om det inte föreligger någon skyldighet eller kan uppställas någon klar gräns, bör den upphandlande myndigheten/enheten enligt min mening iaktta försiktighet och ha respekt inför upphandlingsreglerna och dess bakomliggande syften.

I anslutning till det kan också poängteras att flera respondenter uttryckte att de saknade kontroll över alla direktupphandlingar som sker eftersom att organisationen är decentraliserad. Den upphandlande myndigheten/enheten bör skapa kontroll över organisationen och även om upphandlingarna sköts decentraliserat bör gällande rätt förstås så att det inte medger en uppdelning av upphandlingar. Slutligen kan också konstateras att det inte bör göras någon åtskillnad avseende självständiga enheter för upphandlande enheter och upphandlande myndigheter. En separat operativ enhet bör således kunna föreligga både i den klassiska sektorn och i försörjningssektorn.

6.3.2 Längtan efter klargörande

I de kvalitativa intervjuerna har jag uppmärksammat att det hos respondenterna finns en längtan eller strävan efter klargörande av begreppet och en fullständig tolkning av begreppet. Även många remissinstanser har önskat klargörande av begreppet. Det finns enligt min uppfattning ett behov av klargörande från lagstiftaren eller från HFD. Jag har dock funderat över om det ens är möjligt att uppställa en fullständig tolkning till hur begreppet ska hanteras. Därtill kan det utifrån ett de lege ferendaperspektiv diskuteras om det bör uppställas en fullständig tolkning. Eftersom upphandlingsföremålen är av så pass skilda karaktär förefaller det för mig svårt att skapa en fullständig tolkning som passar både varor, tjänster och byggtreprenader. Tolkningen enligt Arrowsmith är i min mening något begränsande som fullständig vägledning eftersom tolkningen uttryckts vara mindre lämplig för tjänster och byggtreprenader. Därtill befarar jag att Arrowsmiths tolkning riskerar att ge ett slumpmässigt resultat eftersom att "direktupphandlingar av samma slag" beror på hur leverantörsmarknaden ser ut. Jag uppfattar det något märkligt att "makten" överlämnats till leverantörerna och ser en risk, mycket möjligt bara en hypotetisk risk, att starka leverantörer som varit duktiga på att centralisera sina områden gynnas då dessa leverantörer typiskt sätt kan antas tillhandahålla en bredd som mindre leverantörer inte kan. Som en respondent påpekade finns det på tjänstesidan exempelvis stora serviceföretag som tillhandahåller en stor bredd av tjänster. Om Arrowsmiths tolkning skulle tillämpas fullt ut i en upphandling av tjänster motsvarande som tillhandahålls av de stora serviceföretagen skulle resultatet i mina ögon bli orimligt.

Tolkningen enligt CPV-koderna riskerar i min mening också att bli ofullständig eftersom tolkningen eventuellt separerar upphandlingsföremål som kan anses vara av samma slag. Min uppfattning är att Arrowsmiths tolkning är väl anpassad för varor och mindre föremål, såsom hennes exempel, kontorsmaterial. Jag menar att Arrowsmiths tolkning är mindre

lämplig för tjänster och byggtreprenader utifrån det ovan anförda. Därtill, som Carenholm skriver tenderar exempelvis arkitekt- och teknikonsulttjänster att röra olika projekt med olikartade innehåll och som kräver olika slags utbildning, erfarenheter, kompetenser av leverantörer osv. I likhet med min diskussion ovan om huruvida olika åsyftade ändamål och förutsättningar kan innebära att upphandlingsföremål är av skilda slag tror jag att ett resonemang utifrån Carenholm inte kan uteslutas. Trafikverkets anförande i sitt remissvar om att bedömningen kan innefatta huruvida samma uppdragsspecifikation kan användas för upphandlingarna skulle kunna utgöra ett tillvägagångssätt. Jag uppmärksammar dock risken att ett sådant förfarande potentiellt skulle kunna öppna för kringgående av upphandlingsreglerna då en upphandlande myndighet/enhet skulle kunna styra uppdragsspecifikationen.

Det eftersträvas enligt min uppfattning någon fullständig tolkning som kan leda oss till en ”gyllene medelväg”. Som konstaterats ovan anser jag rättspraxis och det svenska förhållningssättet med beaktande av önskan att vara ”bäst i klassen” som något sträng. Utan att förringa betydelsen av att respektera upphandlingsreglerna och att de grundläggande principerna gäller för all upphandling, vill jag poängtera att bestämmelsen om begreppet ”direktupphandlingar av samma slag” utgör nationell rätt, under de tröskelvärden som EU bestämt vara relevanta för när annonserat förfarande ska ske. Med beaktande av vad som uttalats av Brown och Arrowsmith avseende affärsmässighet och att inte tolka begreppet för strängt bör vi påminnas om att det finns objektivt godtagbara skäl till att dela upp upphandlingar. Vi riskerar annars, som jag ser det, att hamna i fällan att ”det kostar mer än det smakar” genom att vinsten av en konkurrensutsättning inte väger tyngre än kostnaderna för ett annonserat förfarandet. Därtill riskerar vi att otillbörligt gynna de stora leverantörerna och att konkurrensen snedvrids.

6.3.3 Tolkning baserad på upphandlingsföremålet

Min tolkning av gällande rätt, som ovan konstaterats, är att det finns utrymme för olika tolkningar av begreppet. Nedan följer en diskussion utifrån vad jag tycker gällande rätt bör vara. Utifrån mitt angreppssätt kommer nedan diskuteras hur begreppet bör tolkas. Direktupphandlingsgränsen gäller visserligen oavsett upphandlingsföremål jag menar att det kan diskuteras om inte en bedömning av ”direktupphandlingar av samma slag” borde göras från fall till fall med beaktande av upphandlingsföremålet. Utifrån det vill jag påpeka att jag ser risker med att en bred tolkning av begreppet görs. Om begreppet tolkas brett och många angränsande varor exempelvis tolkas utgöra varor av samma slag riskerar det få konsekvensen att endast de större leverantörerna tillhandahåller produkterna som anses utgöra samma slag. Mindre leverantörer som nischat sig på ett antal varor eller tjänster riskerar att missgynnas och en osund konkurrenssituation riskerar att uppkomma. Eventuellt skulle det kunna diskuteras att även kvaliteten äventyras när en

bred tolkning av begreppet riskerar att resultera i ”allround-leverantörer” som tillhandahåller en bredd snarare än djup och expertis.

Om istället en snäv tolkning av begreppet görs ges den upphandlande myndigheten/enheten stort utrymme att direktupphandla och det konkurrensuppsökande skedet riskeras att förgås för dessa direktupphandlingar eftersom någon annonsering inte krävs. Därtill kan det utgöra en otillåten direktupphandling och de konsekvenserna som följer utav det. Jag menar att tolkningen av begreppet bör baseras på upphandlingsföremålet. Till exempel har det uttryckts att Arrowsmiths tolkning passar bättre för upphandlingsföremålet varor än för tjänster och byggtreprenader. Avseende arkitekt- och teknikonsulttjänster har CPV-koderna förespråkats. För att skapa transparens föreslår jag att den upphandlande myndigheten/enheten beskriver vald tolkning i sin upphandlingspolicy. Därtill tror jag att bedömningen bör göras mot bakgrund av de två perspektiv jag tidigare diskuterat. Å ena sidan är det förbjudet att dela upp upphandlingar under direktupphandlingsgränsen i syfte att kringgå upphandlingsreglerna. Å andra sidan måste vinsten av en konkurrensutsättning vägas mot kostnaderna för ett annonserat förfarandet.

6.4 Sammanfattande slutsatser

I det här avsnittet kommer jag sammanfatta och kort kommentera mina slutsatser avseende den rättsliga innebörden av begreppet ”direktupphandlingar av samma slag”.

Den rättsliga innebörden av begreppet är i första hand att identiska upphandlingsföremål utgör ”direktupphandlingar av samma slag”. En strikt tolkning av begreppet, innebärande att ”direktupphandlingar av samma slag” är identiska upphandlingsföremål, har diskuterats och uppmärksamats i uppsatsen. ”Direktupphandlingar av samma slag” är emellertid mer än bara identiska upphandlingsföremål. Min slutsats är dock att det inte kan uteslutas att upphandlingsföremål av exakt samma typ men med olika ändamål och olika förutsättningar i det enskilda fallet kan utgöra direktupphandlingar av skilda slag.

Vidare är det min slutsats att det inte, ur den rättsliga innebörden av begreppet ”direktupphandlingar av samma slag”, kan utläsas någon skyldighet för den upphandlande myndigheten/enheten att sammanräkna värdet av ”direktupphandlingar av samma slag” som löper över en period, utöver direktupphandlingar under räkenskapsåret. Min ståndpunkt utgår från att en uppdelning av upphandlingar inte sker i syfte att understiga direktupphandlingsgränsen och för att kringgå upphandlingsreglerna. Den upphandlande myndigheten/enheten besitter dock möjlighet att för ett återkommande behov skapa ett ramavtal. Enligt min uppfattning föreligger ett återkommande behov när det rör sig om ett klart fastställt återkommande behov, baserat på historisk erfarenhet hos den upphandlande myndigheten/enheten. Den upphandlande myndigheten/enheten bär

bevisbördan för att förutsättningar föreläggat för direktupphandlingen. Det torde enligt min uppfattning vara svårt att uppställa en klar skiljelinje mellan ett medvetet kringgående av upphandlingsreglerna och ett agerande likt att ”vända kappan efter vinden” och beakta begreppet efter vad som är mest förmånligt för den upphandlande myndigheten/enheten. Med beaktande av det menar jag att den upphandlande myndigheten/enheten bör iaktta försiktighet och beakta de bakomliggande syftena med upphandlingsreglerna och de grundläggande principerna.

Utifrån de domstolsavgörandena jag har undersökt kan det konstateras att det i några fall har hänvisats till Arrowsmith. Därutöver har en bedömning gjorts med hänvisning till förarbeten och att upphandlingar inte bör uppdelas om de har ett naturligt samband i tid och innehåll. I några fall har domstolen inte velat uttrycka explicit att anledningen till deras sammanräkning av kontraktetsvärde grundas på att upphandlingarna utgjorde ”direktupphandlingar av samma slag”. Min slutsats är att domstolen i de fallen, av olika anledningar, valt att inte uttala sig närmare om begreppet eftersom det inte är helt klart hur begreppet ska tolkas.

Den slutsats jag kan dra utifrån hur begreppet tolkas av upphandlande myndigheter och enheter är att begreppet upplevs oklart, tolkas olika och att klargörande av begreppet önskas. Min uppfattning är att det inte bara finns en längtan efter klargörande, det finns därtill ett behov av klargörande av begreppet ”direktupphandlingar av samma slag”. I min mening vore det önskvärt om begreppet klargjordes i HFD eller från lagstiftningshall. Ur ett optimalt önsketänkande perspektiv vore det välkommet om begreppet klargjordes genom en heltäckande lista med de respektive upphandlingsföremålen och där det framgick vad som utgjorde ”direktupphandlingar av samma slag”. Någon sådan heltäckande lista förefaller vara helt orealistisk i dagsläget och givetvis skulle tolkningssvårigheter uppstå även i en sådan situation. Även om klargörande från HFD vore önskvärt återfinns det en överhängande risk att en dom från HFD skulle utgöra ett *in casu*-avgörande och således utan större prejudicerande betydelse för begreppets innebörd.

Den rättsliga innebörden av begreppet är inte helt klar och till dess klargörande vägledning avseende begreppet återfinns får den upphandlande myndigheten/enheten grunda sin bedömning på den vägledning som finns i dagsläget och som redogjorts för i den här uppsatsen. Eftersom att vägledande avgörande från HFD saknas får vägledning hämtas från olika tolkningar av begreppet. Uttalandet i de nya upphandlingsdirektiven utgör vägledning i viss mån men eftersom uttalandet rör varor kan vägledningen i min mening inte anses vara uttömmande. Som de nya upphandlingslagarna föreslås, i skrivande stund, har inget förtydligande avseende begreppet gjorts. Min slutsats är att ”direktupphandlingar av samma slag” i framtiden bör bedömas utifrån upphandlingsföremålet. En tolkning av begreppet måste inte utesluta en annan tolkning av begreppet. Min slutsats är att vägledande

tolkning av begreppet kan hämtas från olika tolkningar av begreppet beroende på upphandlingsföremålet.²¹¹

Utifrån upphandlingsföremålet kan vägledning hämtas från exempelvis Arrowsmiths tolkning eller från tolkningen enligt CPV-koderna. Min slutsats är att tolkning av begreppet, som utgångspunkt kan hämtas från Arrowsmiths tolkning avseende varor och från tolkningen enligt CPV-koderna avseende tjänster och byggtreprenader. Eftersom de båda tolkningarna konstaterats vara ofullständiga måste dock en bedömning göras i det enskilda fallet. Enligt min mening bör förarbetsuttalandet att upphandlingar bör sammanräknas som har ett naturligt samband i tid och innehåll beaktas, precis som det gjorts i rättspraxis. För att undvika potentiella gråzoner av risk för kringgående av upphandlingsreglerna kan den upphandlande myndigheten/enheten välja att i sin upphandlingspolicy beskriva vilken tolkning de utgår ifrån. Ett sådant agerande garanterar inte en överprövningsfri situation men minskar utrymmet för godtycke och skapar enligt min mening transparens.

Mina slutsatser kan sammanfattas i det följande:

- Upphandlingsföremål med skilda ändamål och förutsättningar kan utgöra skilda slag
- Det saknas skyldighet att sammanräkna direktupphandlingar som löper över period utöver direktupphandlingar under räkenskapsåret
- Det finns utrymme för olika tolkningar av begreppet "direktupphandlingar av samma slag"
- Det finns en längtan och ett behov av klargörande av begreppet "direktupphandlingar av samma slag"
- Tolkningen av begreppet bör baseras på upphandlingsföremålet och den upphandlande myndigheten/enheten bör beskriva vald tolkning i sin upphandlingspolicy för att skapa transparens

²¹¹ Jag vill dock poängtera, i likhet med vad som uttrycks i art. 5.3 det nya klassiska direktivet (2014/24/EU) och art. 16.3 det nya försörjningsdirektivet (2014/25/EU), att en metod eller tolkning inte får väljas i syfte att kringgå upphandlingsreglerna.

Bilaga A

Frågor till telefonintervju

1. Hur kommer du, i din tjänst, i kontakt med direktupphandling?
2. Hur ofta, uppskattningsvis, direktupphandlar ni på grund av lågt värde? (Numera för LOU högst 505 800 kr, 28 % av tröskelvärdet och för LUF högst 939 342 kr, 26 % av tröskelvärdet.)
3. Hur drar ni gränsen mellan att göra en ny upphandling eller göra en direktupphandling?
4. Kan du ge exempel på tidigare genomförda direktupphandlingar till lågt värde?
5. Har begreppet ”direktupphandlingar av samma slag” aktualiserats/ varit en fråga att hantera i tidigare direktupphandlingar?
6. Har ni någon policy eller riktlinjer för hanteringen av direktupphandlingar?
7. Hur tolkar ni begreppet ”direktupphandlingar av samma slag”?
8. Hur tror du andra upphandlande myndigheter tolkar begreppet?
9. Har du förslag på hur man skulle kunna tolka/ hantera begreppet?
10. Det finns olika tolkningar hur begreppet kan tolkas – vad tycker du om nedan:
 - a. En tolkning är att sådant som typiskt sett tillhandahålls av samma leverantör bör omfattas av begreppet ”samma slag”²¹² – hur ser du på den?
 - b. Ett förslag som föreslagits i doktrin²¹³ är att ta hjälp av CPV-koderna – hur ser du på det?
 - c. I förarbetena²¹⁴ har det hänvisats till kategorierna i bilaga 1 till LOU respektive LUF som rör

²¹² Arrowsmiths tolkning, som har framhållits som rimlig i Kammarkollegiets vägledning om direktupphandlingar, innebär att upphandlingar av sådana varor, tjänster och byggentreprenader som typiskt sätt tillhandahålls av en leverantör bör räknas samman. Ex. pennor, sudd, pennvässare mm. tillhandahålls hos en leverantör som säljer kontorsmaterial.

²¹³ Ulfsdotter Forssell i JP Infonet; Berqvist mfl. i Offentlig upphandling av entreprenader inom byggsektorn, 2012, 83; Bergman mfl. s. 83. Arbetsförmedlingen använder sig av SSYK-koderna (yrkesklassificering).

²¹⁴ Prop.2006/07:128 s. 317f. (Se SOU 2013:12 s. 260).

byggentreprenadkontrakt – hur ser du på den bilagan som hjälpmedel i tolkningen? (Där takarbeten: byggande av tak, taktäckning och impregnering bör läggas samman).

Käll- och litteraturförteckning

Källor

Offentligt material

Unionsrätt

EU-kommissionens riktlinjer, ”Policy guidelines on contracts awarded by separate units of a contracting entity under dir. 90/531/EEC (utilities)”, publicerad i december 1992.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG.

Propositioner

Prop. 2006/07:128 Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

Prop. 2009/10:180 Nya rättsmedel på upphandlingsområdet.

Prop. 2013/14:133 Direktupphandling.

Statens offentliga utredningar

SOU 2011:73 På jakt efter den goda affären.

SOU 2013:12 Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling.

SOU 2014:51 Nya upphandlingsregler.

Departementsserier

Ds 2014:25 – Nya upphandlingsregler.

Remissvar

Trafikverket 2012-01-17, Remissvar, betänkandet SOU 2011:73 På jakt efter den goda affären.

Arbetsförmedlingen, Yttrande 2013-06-03, Remissvar slutbetänkande av Upphandlingsutredningen 2010.

Myndighetspublikationer

Kammarkollegiet, *Direktupphandling – Vägledning*, 2011:6.

Konkurrensverket, *Siffror och fakta om offentlig upphandling – Statistik om upphandlingar som genomförts under 2012*, 2013:9.

Konkurrensverkets vägledning: *Krav på riktlinjer vid direktupphandlingar*, 2014.

Statistiska centralbyrån: MIS 2012:1, SSK 2012 Standard för svensk yrkesklassificering.

Övrig källa

Konkurrensverket: *Konkurrensverkets generaldirektör Dan Sjöblom vid möte med generaldirektörer den 14 mars 2013*, 2013-03-18.

Litteratur

Arrowsmith, Sue: *The Law of Public and Utilities Procurement*, andra upplagan, 2005, Sweet & Maxwell.

Bell, Judith: *Introduktion till forskningsmetodik*, tredje upplagan, Lund, Studentlitteratur, 2000.

Bergman, Mats; Indén, Tobias; Lundberg, Sofia; Madell, Tom: *Offentlig upphandling – På rätt sätt och till rätt pris*, upplaga 1, Lund, Studentlitteratur, 2011.

Bergqvist, Per-Ola; Hane, John och Johansson, Sture: *Offentlig upphandling av entreprenader inom byggsektorn*, Malmö, Svensk Byggtjänst, 2012.

Brown, Adrian: ”Getting to grips with aggregation under the E.C. public procurement rules”, *Public Procurement Law Review*, 1993, (s. 69-81).

Bryman, Alan: *Samhällsvetenskapliga metoder*, andra upplagan, Malmö, Liber, 2011.

Carenholm, Staffan: *Att upphandla arkitekt- och teknikkonsulttjänster: en handledning för offentliga upphandlare*, Mölnycke, Svensk Byggtjänst, 2011.

Carlsson, Bertil: *Kvalitativa forskningsmetoder – för medicin och beteendevetenskap*, upplaga 1, Falköping, Liber, 1991.

Dahlman, Christian: *Neutralitet i juridisk forskning*, första upplagan, Lund, Studentlitteratur, 2006.

Ely, Margot; Anzul, Margaret; Freidman, Teri; Gardner Daine och McCormarck Steinmetz, Ann: *Kvalitativ forskningsmetodik i praktiken – cirklar inom cirklar*, Lund, Studentlitteratur, 1993.

Falk, Jan-Erik: *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*, andra upplagan, Stockholm, Jure Förlag, 2011.

Falk, Jan-Erik: *Lag om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster – en kommentar (Försörjningslagen)*, Stockholm, Jure Förlag, 2010.

Jareborg, Nils: ”Rättsdogmatik som vetenskap”, *Svensk Juristtidning* 2004.

Korling, Fredric och Zamboni, Mauro: *Juridisk metodlära*, 1. uppl., Lund, Studentlitteratur, 2013.

Kvale, Steinar och Brinkmann, Svend: *Den kvalitativa forskningsintervjun*, upplag 2, Lund, Studentlitteratur, 2009.

Lehrberg, Bert: *Praktisk juridisk metod*, upplag 6, Uppsala, Institutet för bank- och affärsjuridik, 2010.

Peczenik, Aleksander: *Vad är rätt? Om demokrati, rättsäkerhet, etik och juridisk argumentation*, första upplagan, Stockholm, Nordstedts Juridik, 1995.

Pedersen, Kristian: *Upphandlingens grunder – en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, 3 uppl, Stockholm, Jure Förlag, 2013.

Rosén Andersson, Helena; Mühlenbock, Eva-Maj; Willquist, Henrik; Svensson, Natalie, *Lagen om offentlig upphandling – En kommentar*, Visby, Nordstedts Juridik, 2013.

Sundstrand, Andrea: *Offentlig upphandling – en introduktion, upplaga 2*, Lund, Studentlitteratur, 2013.

Sundstrand, Andrea: *Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, Stockholm, Jure Förlag, 2012.

Yin, K., Robert: *Kvalitativ forskning från start till mål*, upplaga 1, Lund, Studentlitteratur, 2013.

Elektroniska källor

Kihlman, Jon och Blomberg, Mikael: ”Är det skillnad mellan äpplen och päron i en upphandling?”, i *Dagens Samhälles debattsajt*, 9 januari 2013, hämtad 2014-04-24: <http://www.dagensamhalle.se/debatt/aer-det-skillnad-mellan-aepplen-och-paeron-i-en-upphandling-4365>.

Kihlman, Jon: *PM angående gränserna för direktupphandling enligt LOU*, hämtad 2014-10-17: www.avtalsratt.com/images/stories/direktupphandling.pdf.

Konkurrensverket: *Fasta beloppsgränser för direktupphandling*, hämtad 2014-09-06: http://www.konkurrensverket.se/t/Page_5975.aspx.

Konkurrensverket: *Upphandlingsstöd*, hämtad 2014-09-15: http://www.konkurrensverket.se/t/Page_9719.aspx.

Linder, Anders och Dubois, Mikael: ”Oklart hur gränsen för direktupphandling ska beräknas”, *Upphandling24*, hämtad 2014-10-13: <http://upphandling24.idg.se/2.1062/1.504973/oklart-hur-gransen-for-direktupphandling-ska-beraknas>.

Rosén Andersson, Helena; Mühlenbock, Eva-Maj; Willquist, Henrik; Svensson, Natalie, *Lagen om offentlig upphandling – En kommentar*, kommentar till 15 kap. 3 a § LOU på Zeteos hemsida, hämtad 2014-06-17: http://zeteo.nj.se.ludwig.lub.lu.se/docview?p_p_id=WK_RE_DocView_W...p_cacheability=cacheLevelPage&p_p_col_id=column-2&p_p_col_count=1.

Simap Europa EU, hämtad 2014-08-27: http://simap.europa.eu/codes-and-nomenclatures/codes-cpv/codes-cpv_sv.htm.

Ulfsdotter Forssell, Anna, Olovsson, Sara-Li och Lundgren, Ulrika: *Beräkning av ett kontrakts värde enligt 15 kap. LOU – Analys*, JP Infonet 2013, hämtad 2014-07-07: <http://www.jpinfonet.se/dokument/Analyser-och-referat/1846853/strongBerakningstrong-av-ett-strongkontrakts-varde-enligt-15-kapstrong-strongLOUstrong?id=20722&search=Ber%C3%A4kning%20av%20ett%20kontrakts%20v%C3%A4rde%20enligt%2015%20kapitel%20LOU>.

Ulfsdotter Forssell Anna: *Lag (2007:1091) om offentlig upphandling 15 kap. 3 a §*, Lexino 2014, hämtad 2014-10-15: http://juridik.karnovgroup.se.ludwig.lub.lu.se/document/1495879/1?frt=15+kap.+3+a+§+LOU&hide_flash=1&page=1&rank=1&versid=413-1-2012.

Vetenskapsrådet: *Forskningsetiska principer inom humanistisk-samhällsvetenskaplig forskning*, 2002, hämtad 2014-09-01: <http://www.codex.vr.se/texts/HSFR.pdf>.

Rättsfallsförteckning

Rättsfall från kammarrätterna

Kammarrätten i Jönköping mål nr 2511-08 meddelad i Jönköping 2008-11-09.

Kammarrätten i Sundsvall mål nr 395-10 meddelad i Sundsvall 2010-08-24.

Kammarrätten i Stockholm mål nr 3056-11 meddelad i Stockholm 2011-06-15.

Kammarrätten i Stockholm mål nr 3103-11 meddelad i Stockholm 2011-07-22.

Kammarrätten i Göteborg mål nr 3759-11 meddelad i Göteborg 2011-10-27.

Kammarrätten i Göteborg mål nr 6393-11 meddelad i Göteborg 2012-02-03.

Kammarrätten i Stockholm mål nr 2504-13 meddelad i Stockholm 2013-05-22.

Kammarrätten i Stockholm mål nr 1965-13 meddelad i Stockholm 2013-10-15.

Kammarrätten i Jönköping mål nr 2510-13 meddelad i Jönköping 2014-02-04.

Kammarrätten i Sundsvall mål nr 1842-14 meddelad i Sundsvall 2014-08-06.

Rättsfall från förvaltningsrätterna

Förvaltningsrätten i Göteborg mål nr 13115-12 E meddelad i Göteborg 2012-12-20.

Förvaltningsrätten i Stockholm mål nr 26088-12 meddelad i Stockholm 2013-03-11.

Förvaltningsrätten i Stockholm mål nr 26097-12 meddelad i Stockholm 2013-03-11.

Förvaltningsrätten i Linköping mål nr 7820-12 meddelad i Linköping 2013-04-08.

Förvaltningsrätten i Stockholm dom mål 22373-13 meddelad i Stockholm 2013-04-22.

Förvaltningsrätten i Jönköping mål nr 2544-12 meddelad i Jönköping 2013-04-29.

Förvaltningsrätten i Växjö mål nr 1171-13 meddelad i Växjö 2013-05-29.

Förvaltningsrätten i Stockholm dom mål nr 1259-13 och 8783-13 meddelad i Stockholm 2013-10-11.

Förvaltningsrätten i Göteborg dom mål nr 4604-14 meddelad i Göteborg 2014-05-27.

Förvaltningsrätten i Härnösand mål nr. 636-14 E meddelad i Härnösand 2014-06-19.

Förvaltningsrätten i Jönköping mål nr 2186-14 meddelad i Jönköping 2014-07-29.

Förvaltningsrätten i Jönköping mål nr 3283-14 meddelad i Jönköping 2014-08-13.

Förvaltningsrätten i Stockholm mål nr 30117-13 meddelad i Stockholm 2014-09-22.

Förvaltningsrätten i Stockholm mål nr 5945-14 meddelad i Stockholm 2014-09-23.

Förvaltningsrätten i Stockholm mål nr 16038-13 meddelad i Stockholm 2014-10-22.

Ärende Konkurrensverket

Konkurrensverket: *Ansökan om upphandlingsskadeavgift 2012-10-26, dnr 609/2012.*