



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Erik Pettersson Roos

Direktupphandling och synnerlig brådska

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: David Dryselius

Termin: HT 2020

Innehåll

1	SUMMARY	1
2	SAMMANFATTNING.....	2
3	FÖRKORTNINGAR.....	3
4	INLEDNING	4
4.1	Presentation av uppsatsämnet.....	4
4.2	Syfte och frågeställningar	5
4.3	Avgränsningar	6
4.4	Metod.....	7
4.5	Material	7
4.6	Disposition.....	8
5	OFFENTLIG UPPHANDLING	9
5.1	Allmänt om offentlig upphandling.....	9
5.1.1	Anskaffande av varor	9
5.1.2	Upphandlande myndighet.....	10
5.1.3	Förfaranden	10
5.1.4	Tröskelvärden och beräkning av upphandlingars värde	11
5.1.5	Överträdelse.....	12
5.2	EU-rättsliga grundpelare.....	13
5.3	Allmänna principer	14
5.3.1	Likabehandling.....	14
5.3.2	Icke-diskriminering	14
5.3.3	Öppenhet	15
5.3.4	Ömsesidigt erkännande	15
5.3.5	Proportionalitetsprincipen	16
5.3.6	Tidigare krav på konkurrens och affärsmässighet	17
6	DIREKTUPPHANDLING	18
6.1	Allmänt om direktupphandling	18
6.2	Historik och syfte.....	21

6.2.1	Direktupphandlingens historik	21
6.2.2	Direktupphandlingens syfte.....	22
6.3	Upphandlingsskadeavgift	23
6.4	Synnerlig brådska.....	24
6.4.1	Brådskan ska inte kunna tillskrivas och inte kunnat förutses av myndigheten.	25
6.4.2	Tidsfrister vid övriga upphandlingsförfaranden	26
6.4.3	Absolut nödvändig anskaffning.....	26
6.4.4	Orsakssamband.....	27
7	ANALYS	28
8	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	31
9	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	33

1 Summary

Public procurement is a large area of law that plays an important part in today's society. Public procurement turns over billions of Swedish kronor annually and employs lots of people. The Swedish legislation on public procurement derives from the union law that Sweden became a part of in connection with joining the European Union in the beginning of the 1990's. Public procurement is regulated by a catalogue of directives on EU level. The union law focuses, however on procurement of larger value, the so-called directive-controlled area.

Public procurement outside of the directive-controlled area, or under the threshold amounts decided by the European Commission, is not regulated by union law but instead by national legislation. Direct procurement is one of the procedures that Swedish contracting authorities can use for procurements outside of the directive-controlled area. Direct procurement allows procurements to be done without demands that tenders should be made in a certain way, for example oral agreements or buys over counter. Direct procurement is a procedure not influenced by as many rules and demands as the regular public procurement, this because it is meant as a way for contracting authorities to be able to make smaller purchases without extensive bureaucracy.

The essay examines direct procurement from a *de lege lata*-perspective with focus on the origins and purposes of the rules. The essay also reviews the possibility for contracting authorities to make direct procurements with the motive that it was in so-called extreme urgency (*synnerlig brådska*). An argument that is not uncommon in the courts.

2 Sammanfattning

Offentlig upphandling är ett stort rättsområde som spelar en viktig roll i samhället. Offentlig upphandling omsätter miljardbelopp årligen och sysselsätter otroligt många människor. Den svenska lagstiftningen kring offentlig upphandling utgår ifrån den unionsrätt som Sverige blev en del av i samband med inträdet i EU i början av 1990-talet. Offentlig upphandling regleras på EU-nivå av en katalog av olika direktiv. Unionsrätten fokuserar dock på upphandlingar av större värde, det så kallade direktivstyrda området.

Offentliga upphandlingar utanför det direktivstyrda området, eller under de tröskelvärden som EU-kommissionen bestämmer, regleras inte av unionsrätten utan istället av nationell lagstiftning. Direktupphandling är ett av de upphandlingsförfaranden som svenska upphandlande myndigheter kan använda sig av vid upphandlingar utanför det direktivstyrda området.

Direktupphandling innebär att upphandlingar kan utföras utan krav på anbud i särskild form, till exempel genom muntligt avtal eller köp över disk i butik. Direktupphandling är ett förfarande som inte är influerat av så många regler och krav som den ordinarie offentliga upphandlingen, detta eftersom det är tänkt som ett sätt för upphandlande myndigheter att kunna göra mindre inköp utan en massa byråkrati.

Uppsatsen undersöker direktupphandling ur ett de lege lata-perspektiv med fokus på reglernas ursprung och syfte. Uppsatsen granskar också möjligheten för upphandlande myndigheter att genomföra direktupphandlingar med motivet att myndigheten råkat i så kallad synnerlig brådska. En argumentation som inte är alls ovanligt förekommande i domstol.

3 Förkortningar

EU	Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
LOU	Lag (2016:1145) om offentlig upphandling
Prop.	Regeringens proposition
SOU	Statens offentliga utredningar
UrT	Upphandlingsrättslig Tidskrift
ÄLOU	1992 års lag (1992:1528) om offentlig upphandling

4 Inledning

4.1 Presentation av uppsatsämnet

Offentlig upphandling är ett område som berör oss alla på fler sätt än vi troligen inser. I princip samtliga av de offentliga verksamheter och lokaler som vi besöker eller använder oss av har någon gång varit föremål för en upphandling. Om det så är vägar, simhallar eller någon annan offentlig verksamhet. Antingen har en byggnads eller vägs byggnation någon gång upphandlats eller så har verksamheten som bedrivs konkurrensutsatts.

I sin senaste rapport från 2019 (avseende 2017) så rapporterar Konkurrensverket att den offentliga upphandlingen i Sverige uppgick till 706 miljarder kronor under 2017.¹ Det motsvarar 17% av Sveriges BNP. Det råder alltså inget tvivel om att offentlig upphandling är ett enormt stort och viktigt område som dels omsätter ofantliga summor pengar, dels sysselsätter enormt många människor.

Offentlig upphandling är idag troligen ett mer synligt rättsområde än någonsin tidigare men regler kring offentlig upphandling är inte på något sätt en ny företeelse. Den offentliga upphandlingens historik är inte huvudfokus för denna uppsats men under arbetets gång har ett historiskt intresse väckts som lett till ny kunskap om att det fanns tidiga regleringar kring statlig upphandling, eller kunglig rekvisition, så tidigt som på 17- och 1800-talet. Den i särklass största och viktigaste historiska förändringen inom den offentliga upphandlingen är dock helt klart EU-rättens inträde under det tidiga 1990-talet. Den 1 januari 1994 trädde lagen om offentlig upphandling (1992:1528) i kraft, numera oftast benämnd ÄLOU (äldre LOU). ÄLOU var ett uttryck för Sveriges förestående medlemskap i EU och en del i unionsrättens ökande inflytande över den svenska lagstiftningen.

¹ Konkurrensverket, *Statistik om offentlig upphandling 2019*, s. 8 f.

Sverige ansökte officiellt om medlemskap i EU (dåvarande EG) i juli 1991 och blev medlem vid årsskiftet 1994/1995.² Inom unionsrätten fanns vid tiden regelverk kring offentlig upphandling som hade sitt ursprung i direktiv som kom under 1970-talet. Det första direktivet som reglerade offentlig upphandling gällde endast bygg- och anläggningsarbeten och kom 1971, det så kallade upphandlingsdirektivet. 1977 kom det första direktivet som reglerade upphandling av varor (varudirektivet) och inte förrän 1992 kom det första direktivet som reglerade upphandling av tjänster.³ Införandet av ÄLOU innebär att de svenska reglerna anpassades till de unionsrättsliga, reglerna kring offentlig upphandling är en del i införandet av den europeiska gemenskapens själva grundidé – idén om EU:s inre marknad.

Mitt personliga intresse kring ämnet bottnar i att jag bor i en kommun som varit notoriskt dålig på att sköta sina upphandlingar på ett korrekt sätt. Det känns som att det ibland dök upp nya skandaler varje vecka. Detta väckte en idé om att undersöka ämnet offentlig upphandling och varför det förefaller vara så svårt. Från början var mitt syfte med uppsatsen hyfsat ogenomtänkt, under arbetet har fokus därför skiftats till att handla om direktupphandling istället. Trots att det är mycket oklart i hur stor omfattning direktupphandling används eftersom det inte förs någon nationell statistik tyckte jag det var intressant att vi har ett förhållandevis oreglerat och outrett område av den offentliga upphandlingen i vår lagstiftning. Det står upphandlande myndigheter relativt fritt att göra inköp så länge de håller sig inom ramarna för direktupphandling och därav föddes mitt intresse för området.

4.2 Syfte och frågeställningar

Det övergripande syftet med uppsatsen är att undersöka det förfarande som finns tillgängligt för upphandling utanför det direktivstyrda området som

² Regeringskansliet, ”Sveriges väg till EU-medlemskap”, <<https://www.regeringen.se/sa-styrs-sverige/regeringens-arbete-pa-eu-niva/sveriges-vag-till-eu-medlemskap/>>, [Besökt: 2020-11-24]

³ Falk (2020), s. 18.

kallas direktupphandling. Uppsatsen avser att undersöka vad det är, under vilka former det får användas samt vilka eventuella svagheter som finns kring reglerna om direktupphandling. Uppsatsen ämnar även undersöka begreppet ”synnerlig brådska” och möjligheterna för en upphandlande myndighet att använda det som ett skäl för att få använda sig av direktupphandling.

För att uppnå detta syfte har jag utgått från följande frågeställningar:

- *Vad innebär direktupphandling och när får det användas?*
- *Är reglerna kring direktupphandling tillfredsställande motiverade och uppfyller reglerna sitt syfte?*
- *Hur regleras begreppet ”synnerlig brådska”? Hur stora är möjligheterna för en upphandlande myndighet att använda begreppet som ett skäl för en direktupphandling och är möjligheterna skäliga?*

4.3 Avgränsningar

Lagstiftningen på upphandlingsområdet är mycket omfattande. Kraftiga avgränsningar är således nödvändiga i en så här kort uppsats. Jag har därför för det första valt att begränsa mig till reglerna i lag (2016:1145) om offentlig upphandling, i uppsatsen oftast benämnd LOU. Detta eftersom det får anses vara den huvudsakliga lagstiftningen som flest myndigheter använder sig av. Reglerna i andra upphandlingslagstiftningar liknar dessutom de i LOU till stor del varför det inte finns särskilt stor anledning att redogöra för dem alla.

Jag redogör endast mycket kort för den EU-rätt varifrån den svenska upphandlingslagstiftningen härstammar. En redogörelse för unionsrätten kan fylla många hyllmeter och måste därmed av förklarliga skäl stryka på foten. Det faktum att direktupphandling ligger utanför det direktivstyrda området berättigar ytterligare denna avgränsning.

Uppsatsen avser inte heller att ge någon utförlig genomgång av rådande praxis på området. En sådan genomgång hade varit mycket intressant att göra men inte heller till det anser jag att det finns utrymme. Eftersom uppsatsens fokus inte är praxis så redogörs inte heller för EU-domstolens praxis kring upphandling. Detta eftersom direktupphandling ligger utanför det direktivstyrda området kring vilket EU-domstolen är den högsta uttolkaren.

4.4 Metod

Uppsatsen ämnar utreda gällande rätt kring direktupphandling, alltså rättsläget sådant det är (*de lege lata*). För detta syfte har jag använt mig av den klassiska rättsdogmatiska metoden. Den rättsdogmatiska metoden har av Jareborg definierats som en rekonstruktion av ett rättssystem, detta görs genom en undersökning med utgångspunkt i lagstiftning, rättspraxis, lagförarbeten och doktrin.⁴ Kleineman menar att det som utmärker den rättsdogmatiska metoden är att man utgår ifrån det faktum att lagstiftning och prejudikat har en självklar auktoritet inom rättskälleläran och därtill fogar uttalanden i lagförarbeten och doktrin.⁵ I arbetet med denna uppsats har förarbeten och doktrin getts störst utrymme.

4.5 Material

Det material som legat till grund för denna uppsats består till största delen av källor i form av förarbeten som propositioner och statens offentliga utredningar. Dessa källors auktoritet och legitimitet kan knappast ifrågasättas eftersom de befinner sig högt upp i den så kallade rättskälleläran. Utan att ha någon total överblick av den samlade doktrinen på området så förefaller direktupphandling vara ett tämligen outrett och förbipasserat område varför det ibland varit svårt att finna matnyttig information.

⁴ Jareborg, SvJT 2004, s. 8.

⁵ Kleineman, ”Rättsdogmatisk metod” s. 23 i Nääv och Zamboni (red.), ”Juridisk metodlära”, 2013.

Material i form av litteratur är i princip uteslutande tryckta källor i form av böcker. Här har jag använt mig främst av två verk, Jan-Erik Falks *”Lag om offentlig upphandling – en kommentar”* från 2020 och Kristian Pedersens *”Upphandlingens grunder”* från 2019. Två riktiga biblar från två auktoriteter på området. Pedersen är advokat med mångårig erfarenhet inom offentlig upphandling och Falk är jur.kand. och har även han stor erfarenhet på området. Det faktum att dessa böcker dessutom är nyligen utkomna menar jag bidrar till deras tyngd som källor. Jag har dessutom använt mig av artiklar från Upphandlingsrättslig Tidskrift (UrT) som är en tidskrift som publicerar akademiska texter om offentlig upphandling.

4.6 Disposition

Uppsatsen inleds med en mera allmän del som kortfattat redogör för vad offentlig upphandling innebär. Denna del följs sedan av en mer specifik genomgång av vad direktupphandling är, dess syfte och historik. Därefter följer ett avsnitt om ”synnerlig brådska”. Uppsatsen avslutas sedan med min egen analys av rättsläget utifrån uppsatsens syfte och frågeställningar.

5 Offentlig upphandling

5.1 Allmänt om offentlig upphandling

För att myndigheter inom offentlig sektor ska kunna uppfylla sina uppdrag krävs att de kan anskaffa resurser av olika slag. Detta regleras i Sverige i ett antal lagar om offentlig upphandling, bland annat lag (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Offentlig upphandling är ett område som är starkt influerat av EU-rätt. EU-rätten ligger utanför uppsatsens huvudfokus men det finns ett flertal direktiv som reglerar offentlig upphandling, exempelvis det så kallade upphandlingsdirektivet.⁶

5.1.1 Anskaffande av varor

I LOU definieras upphandling som åtgärder som vidtas i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader genom tilldelning av kontrakt.⁷ Definitionen markerar LOU:s karaktär av procedurlagstiftning eftersom den klargör att det handlar om regler för hur en upphandlande myndighet ska bestämma vilken leverantör den ska göra affärer med.⁸ Begreppet anskaffa ska i sammanhanget ges en vidsträckt tolkning, det avgörande är inte alltid att äganderätten har överlåtits utan att den upphandlande myndigheten får tillgång till fördelarna av det upphandlade föremålet, tjänsten eller byggtreprenaden. För att avgöra om det är frågan om en anskaffning ska det göras en funktionell snarare än formell bedömning, till exempel saknar avtalets form eller benämning betydelse. Det avgörande är om det faktiskt skett ett utbyte av ekonomiskt mätbara prestationer.⁹

⁶ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

⁷ 1 kap. 2 § 1 stycket LOU.

⁸ Pedersen (2019), s. 41.

⁹ Pedersen (2019), s. 41.

5.1.2 Upphandlande myndighet

Av den grundläggande definitionen av offentlig upphandling framgår att reglerna gäller för just upphandlande myndigheter.¹⁰ Begreppet upphandlande myndighet skall även det ges en vidsträckt tolkning. Begreppet omfattar dels så kallade offentligt styrda organ och upphandlande myndigheter.¹¹ Med offentligt styrda organ avses juridiska personer, till exempel bolag, föreningar eller stiftelser som inrättats i syfte att tillgodose behov i det allmännas intresse. Ytterligare villkor är att den juridiska personen antingen finansieras av, står under kontroll av eller vars styrelse till mer än hälften utses av antingen staten, en kommun, en region (landsting) eller en upphandlande myndighet. Det är således tre förutsättningar som ska vara uppfyllda; 1. juridisk person, 2. som ska tillgodose behov i det allmännas intresse, 3. som står under kontroll av till exempel stat eller kommun.¹² Till kategorin offentligt styrda organ tillhör till exempel kommunalt ägda fastighetsbolag. Begreppet upphandlande myndighet är helt enkelt statlig eller kommunal myndighet och även beslutande församling inom kommun eller region (landsting) samt sammanslutningar av en eller flera av ovanstående.¹³

5.1.3 Förfaranden

Att LOU är en procedurlagstiftning framgår tydligt av att den erbjuder upphandlande myndigheter en katalog av tillämpliga förfaranden. Med förfarande menas olika sätt att genomföra upphandlingen, varje förfarande innebär olika regler. De tillämpliga förfarandena är: öppet förfarande, selektivt förfarande, förhandlat förfarande med föregående annonsering, förhandlat förfarande utan föregående annonsering, konkurrenspräglad dialog och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap.¹⁴ Dessa kommer inte att beskrivas i detalj men Pedersen menar att öppet eller

¹⁰ 1 kap. 2 § 1 stycket LOU

¹¹ 1 kap. 18 § LOU och 1 kap. 22 § LOU

¹² Falk (2020), s. 58f.

¹³ 1 kap. 22 § LOU

¹⁴ 6 kap. 1 § LOU

selektivt förfarande som huvudregel ska tillämpas, detta med motiveringen att även om det i förarbetena framhålls att de inte är att betrakta som huvudförfaranden så får de ändå betraktas som huvudregel eftersom det krävs att särskilda förutsättningar är uppfyllda för att något av de övriga förfarandena ska få användas. Det är den upphandlande myndigheten som måste visa att det är tillåtet att använda ett annat förfarande än de huvudsakliga.¹⁵

5.1.4 Tröskelvärden och beräkning av upphandlingars värde

Upphandlingens värde är relevant ur flera aspekter, bland annat vid val av förfarande. Ovan beskrivna förfaranden skall tillämpas på upphandlingar över de relevanta tröskelvärdena.¹⁶ Tröskelvärdena anges av EU-kommissionen och uppdateras vartannat år.¹⁷ De unionsrättsliga reglerna är inte fokus för denna uppsats men det är relevant att notera att EU:s upphandlingsregler främst tar sikte på upphandlingar av större värde, huvudfokus för denna uppsats är direktupphandling som är ett av de tillgängliga förfarandena för upphandlingar under tröskelvärdena – mer om detta i avsnitt 6.

Vid beräkningen av en upphandlings värde skall upphandlingens totala värde uppskattas, även eventuella optioner eller förlängningsklausuler tas med i beräkningen som om de har utnyttjats, detta för att spegla upphandlingens verkliga totala värde.¹⁸ Att det handlar om en uppskattning av värdet är naturligt eftersom beräkningen genomförs innan själva upphandlingen ägt rum. Vid beräkningen av en upphandlings värde skall det inte inkluderas mervärdesskatt.¹⁹

Den relevanta tidpunkten för beräkningen av värdet är, beroende på valt

¹⁵ Pedersen (2019), s. 88.

¹⁶ 1 kap. 4 § LOU

¹⁷ Art. 4 och 6 Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

¹⁸ 5 kap. 3 § LOU.

¹⁹ 5 kap. 3 § LOU.

förfarande, när den upphandlande myndigheten skickar ut anbudsinfordran eller när myndigheten inleder upphandlingsförfarandet.²⁰

5.1.5 Överträdelse

LOU är till största del en procedurlagstiftning men innehåller även regler kring överträdelser av regelverket. Överträdelser av LOU prövas av förvaltningsrätten i den domkrets där den upphandlande myndigheten har sin hemvist.²¹ Överprövningar inleds genom att en leverantör som anser sig lidit skada eller kunna komma att lida skada ansöker om överprövning hos förvaltningsrätten.²² Det räcker att en leverantör kan visa att det finns risk för skada på grund av den upphandlande myndighetens överträdelse av LOU:s regler för att denne ska kunna anhängiggöra ett överprövningsärende.²³ Med skada menas inte enbart ekonomisk skada utan även att leverantören, som en konsekvens av att myndigheten brutit mot regelverket, har fått försämrade möjligheter att vinna framgång i upphandlingen. Det behöver alltså inte stå klart att leverantören skulle ha tilldelats kontraktet om det gått rätt till för att en skada ska anses föreligga.²⁴ Finner domstolen att en överträdelse som har lett till skada för leverantören har skett ska den besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får slutföras först efter att den rättats till.²⁵

En leverantör som lidit ekonomisk skada kan inom ett år från det att avtal slutits eller att avtalet förklarats ogiltigt väcka skadeståndstalan vid allmän domstol.²⁶ Det är som huvudregel det positiva kontraktsintresset som ska ersättas, det vill säga den vinst som leverantören fått om regelverket följts och leverantören vunnit upphandlingen. Om myndigheten brutit mot reglerna och detta på ett menligt sätt påverkat leverantörens möjligheter att

²⁰ 5 kap. 5 § LOU.

²¹ 20 kap. 5 § LOU.

²² 20 kap. 6 § LOU.

²³ Falk (2020), s. 438.

²⁴ Pedersen (2019), s. 197.

²⁵ 20 kap. 6 § LOU

²⁶ 20 kap. 21 § LOU

vinna upphandlingen kan det även bli aktuellt med ersättning för det negativa kontraktsintresset, exempelvis kostnader för att förbereda anbud och att i övrigt delta i upphandlingen.²⁷

Av störst relevans för denna uppsats är dock så kallad upphandlingsskadeavgift eftersom det är det tillgängliga rättsmedlet vid otillåten direktupphandling. Mer om detta under avsnitt 6.3.

5.2 EU-rättsliga grundpelare

Denna uppsats är inte tänkt att behandla EU-rätten kring offentlig upphandling i någon större omfattning men för en grundlig förståelse är det lämpligt att i korthet behandla EU-rättens så kallade fyra friheter. Dessa är fri rörlighet för personer, varor, tjänster och kapital samt den fria etableringsrätten. Av dessa är det främst den fria rörligheten för varor, tjänster samt den fria etableringsrätten som är relevanta i förhållande till offentlig upphandling. Av artiklarna 34 och 35 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) framgår att import- och exportrestriktioner samt åtgärder med motsvarande verkan är förbjudna mellan EU:s medlemsstater. Detta är ett uttryck för den fria rörligheten för varor inom unionen och innebär helt enkelt att åtgärder som försvårar gränsöverskridande handel är förbjudna.²⁸ Artikel 56 FEUF reglerar på motsvarande sätt den fria rörligheten för tjänster genom att förbjuda åtgärder som försvårar eller begränsar företags möjligheter att erbjuda sina tjänster till kunder i andra medlemsstater inom unionen.²⁹ I artikel 49 FEUF anges att medborgare och företag är fria att etablera sig och bedriva verksamhet på en annan medlemsstats territorium, det är förbjudet för medlemsstaterna att missgynna eller försvåra verksamheten för företag från andra medlemsstater.³⁰

²⁷ Pedersen (2019), s. 207.

²⁸ Pedersen (2019), s. 22.

²⁹ Pedersen (2019), s. 22.

³⁰ Pedersen (2019), s. 22.

5.3 Allmänna principer

Utöver de grundläggande unionsrättsliga principerna som behandlats i avsnitt 5.2 så finns det i 4 kap. 1 § LOU inskrivet principer enligt vilka upphandlande myndigheter ska bedriva sin upphandling. Dessa är principerna om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet. 4 kap. 1 § LOU innebär i princip en kodifiering av EU-domstolens praxis på upphandlingsområdet.³¹

5.3.1 Likabehandling

Likabehandlingsprincipen innebär att leverantörer och deras produkter ska behandlas lika, de krav som ställs och de förfaranden som används ska tillämpas likvärdigt gentemot alla leverantörer.³² Detta betyder dock inte att allt måste vara exakt lika. Exempelvis är det i sin ordning att ett mindre företag behöver visa upp bankgarantier för att bevisa sin ekonomiska status medan samma krav inte ställs på ett stort och ekonomiskt starkt företag.³³ Exempel på saker som skulle kunna anses strida mot likabehandlingsprincipen är att ett företag tillåts förtydliga sitt anbud när andra inte får det eller att endast en eller några av leverantörerna får delta i en förhandling men inte alla.³⁴

5.3.2 Icke-diskriminering

I enlighet med artikel 18 FEUF som förbjuder diskriminering på grund av nationalitet inom fördragets tillämpningsområde så ska även offentlig upphandling genomföras på ett icke-diskriminerande sätt. Principen förutsätter att anbudssökande från ett annat land inom EU ska behandlas på samma sätt som en leverantör från till exempel den egna kommunen. Kraven som ställs på upphandlingen får inte gynna en lokal eller nationell

³¹ Prop. 2006/07:128, s. 155.

³² Falk (2020), s. 109.

³³ Falk (2020), s. 109.

³⁴ Falk (2020), s. 110.

leverantör.³⁵ Principen omfattar även indirekt diskriminering på så sätt att ovidkommande krav som kan utesluta mer långväga leverantörer inte får förekomma. Exempel på sådana kan vara korta leveranstider eller krav på att mat eller råvaror ska vara närodlade.³⁶ Detta hindrar dock inte att sakliga motiverade krav, som kan få skenbart diskriminerande effekter, kan upprätthållas. Krav på varm mat till skolbespisning eller att personal inom vård och omsorg ska vara svensktalande står inte i strid med icke-diskrimineringsprincipen.³⁷ På samma sätt står det en myndighet fritt att välja vad den vill upphandla utan att det ska anses diskriminerande. En myndighet kan helt enkelt välja att upphandla äpplen istället för apelsiner utan att det för den sakens skull kan anses diskriminerande på den grunden att äpplen kan odlas i Sverige men inte apelsiner.³⁸

5.3.3 Öppenhet

Öppenhet och transparens är viktigt för att principerna om likabehandling och icke-diskriminering ska kunna uppehållas.³⁹ Principen om öppenhet innebär till exempel att uppgifter om förfarandet inte hemlighålls, att upphandlingen annonseras offentligt, att handlingarna är offentliga och att de anbudsgivare som deltagit informeras om resultatet av upphandlingen.⁴⁰ Principen innebär en skyldighet att lämna insyn så att det kan kontrolleras att upphandlingen går till på rätt sätt.⁴¹

5.3.4 Ömsesidigt erkännande

Principen om ömsesidigt erkännande innebär att en upphandlande myndighet i Sverige måste erkänna en leverantör om denna erkänns i ett annat land inom EU. Principen får störst betydelse när upphandlande myndighet ställer krav på teknisk förmåga eller finansiell ställning.⁴²

³⁵ Prop. 2006/07:128, s. 155.

³⁶ Falk (2020), s. 111.

³⁷ Falk (2020), s. 111.

³⁸ Falk (2020), s. 111.

³⁹ Falk (2020), s. 112.

⁴⁰ Prop. 2006/07:128, s. 155.

⁴¹ Falk (2020), s. 112

⁴² Falk (2020), s. 112.

Upphandlande myndigheter i Sverige måste därför godkänna olika typer av intyg från andra EU-länder, till exempel bokslutshandlingar, examensbevis eller ackrediteringar.⁴³

5.3.5 Proportionalitetsprincipen

Proportionalitetsprincipen kan beskrivas som balansen mellan medel och mål. Krav som ställs på leverantören och föremålet för upphandlingen måste vara proportionerliga.⁴⁴ Det innebär att kraven ska stå i rimlig proportion till det mål som eftersträvas. Upphandlande myndighet ska beakta upphandlingens omfattning och värde när den utformar villkoren för deltagande och likaså ska kraven på anbudets innehåll stå i rätt proportion till upphandlingens art.⁴⁵ Upphandlande myndighet får med andra ord inte ställa andra eller högre krav än de som är nödvändiga för att uppnå syftet med upphandlingen.⁴⁶ Proportionalitetsprincipen blir oftast aktuell när upphandlande myndighet ställer kvalificeringskrav på en leverantör. Falk tar ett exempel med ett krav på att en städfirma ska ha minst en miljard kronor på banken för att städa en skola. Ett sådant krav kan knappast anses legitimt eftersom leverantörens finansiella ställning inte kan anses påverka resultatet av städningen.⁴⁷ På motsvarande sätt måste kraven på upphandlingen ställas i relation till själva föremålet för upphandlingen. Det kan svårligen anses berättigat att ställa samma krav på städningen av en operationssal på ett sjukhus som i trapphuset i samma sjukhus.⁴⁸ Liksom övriga principer ska proportionalitetsprincipen upprätthållas under hela upphandlingsförfarandet. Det går därför inte att ge högre poäng till ett anbud som vida överskrider kraven i handlingarna. Falk tar ett exempel med en kopianator med en utskriftskärpa som är så bra att det mänskliga ögat inte ens kan uppfatta den.

⁴³ Falk (2020), s. 112.

⁴⁴ Falk (2020), s. 112.

⁴⁵ Prop. 2006/07:128, s. 155.

⁴⁶ Falk (2020), s. 112.

⁴⁷ Falk (2020), s. 113.

⁴⁸ Falk (2020), s. 113.

Att tilldela en sådan egenskap ett mervärde skulle troligen anses oproportionerligt eftersom den inte har någon praktisk betydelse.⁴⁹

5.3.6 Tidigare krav på konkurrens och affärsmässighet

I ÄLOU fanns ett krav på att upphandlande myndigheter skulle utnyttja konkurrensen, detta togs bort eftersom det ansågs att ovanstående principer var tillräckliga. Det ansågs att om dessa principer följdes så skulle det bidra till att konkurrensen utnyttjades utan ett uttryckligt krav på detta.⁵⁰

Dessutom fanns tidigare ett krav på affärsmässighet i reglerna kring offentlig upphandling. Dessa togs bort i samband med 2008 års revidering av LOU med motiveringen att ovanstående principer finns och därmed bidrar till ökad konkurrens och affärsmässighet.⁵¹

⁴⁹ Falk (2020), s. 113.

⁵⁰ Falk (2020), s. 113.

⁵¹ Prop. 2006/07:128, s. 157.

6 Direktupphandling

6.1 Allmänt om direktupphandling

Direktupphandling är ett av de tre icke-direktivstyrda förfaranden som tillåts enligt 19 kap. LOU. Som tidigare nämnts tar unionsrätten endast sikte på upphandlingar av större värde, nämligen de som överstiger de tröskelvärden som anges av EU-kommissionen. Detta innebär att reglerna kring upphandlingar under tröskelvärdena är nationella och inte direkt en avspeglning av unionsrätten, vilket också medför att reglerna kan skilja sig åt mellan EU:s medlemsländer.

Huvudregeln vid upphandlingar under tröskelvärdena är att förenklat- eller urvalsförfarande skall användas.⁵² I tre typer av undantagsfall får dock även direktupphandling användas. Direktupphandling definieras i lagen som en upphandling utan krav på anbud i viss form.⁵³ De tre undantag som tillåter användande av direktupphandling är: 1. upphandlingens värde uppgår till högst 28% av det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 § LOU, 2. om förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 6 kap. 12-19 §§ LOU är uppfyllda eller, 3. om det finns synnerliga skäl.⁵⁴ Vid denna uppsats författande uppgår direktupphandlingsbeloppet till 615 312 kronor (28% av 2 197 545 kr). Tröskelvärdena och beräkningen av en upphandlings värde har beskrivits ovan i avsnitt 5.1.4. Det bör tilläggas att en myndighet vid beräkningen ska beakta alla direktupphandlingar av samma slag gjorda under räkenskapsåret. Det sammanlagda värdet av alla myndighetens direktupphandlingar av samma slag får alltså inte överstiga direktupphandlingsbeloppet, avser myndigheten att direktupphandla till ett högre värde måste förenklat- eller urvalsförfarande användas istället.⁵⁵ Det

⁵² 19 kap. 7 § 1 stycket LOU samt 19 kap 5 & 6 §§ LOU som definierar förenklat- och urvalsförfarande.

⁵³ 19 kap. 4 § LOU.

⁵⁴ 19 kap. 7 § 3 stycket LOU.

⁵⁵ Pedersen (2019), s. 96.

andra undantaget innebär att om det vid en upphandling över tröskelvärdena (inte direktupphandlingsbeloppet) hade varit tillåtet att använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering (6 kap 12-19 §§ LOU), så får även direktupphandling tillämpas.⁵⁶ Dessa förutsättningar är noggrant reglerade i lagen varför det inte finns anledning att i detalj redogöra för dem alla här men det rör sig om saker som att det inte inkommit några lämpliga anbudsansökningar eller anbud när en myndighet tillämpat ett öppet eller selektivt förfarande, att det endast inkommit ogiltiga eller oacceptabla anbud eller att det föreligger synnerlig brådska.⁵⁷ Av dessa är begreppet synnerlig brådska det som troligen vållar störst problem. Synnerlig brådska utreds grundligt i avsnitt 6.4. Det tredje och sista undantaget som tillåter direktupphandling är om det föreligger synnerliga skäl. Av förarbetena kan utläsas att begreppen synnerlig brådska och synnerliga skäl överlappar till stor del, även om det i synnerliga skäl ryms mer än endast synnerlig brådska.⁵⁸ Att begreppen överlappar varandra är till viss del en kvarleva från ÄLOU, i den äldre lagen löd nämligen 6 kap. 2 § *"/.../ synnerliga skäl, så som synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten."* Synnerlig brådska var alltså tidigare en del i synnerliga skäl, för att senare skiljas åt. Angående synnerlig brådska gäller dock fortfarande att det ska vara fråga om en tidsbrist som orsakats av oförutsedda händelser som inte den upphandlande enheten själv kunnat råda över. Brådska som orsakats av myndighetens egen bristande planering är inte giltigt skäl att använda förfarandet direktupphandling.⁵⁹ Att en myndighet kan göra ett extra förmånligt köp, till exempel på auktion anses utgöra synnerliga skäl som medger användandet av direktupphandling. Myndigheten måste dock kunna visa att det är frågan om ett erbjudande väsentligt under marknadsvärdet, det är alltså myndigheten som har bevisbördan för att tillåtande förutsättningar föreligger.⁶⁰

⁵⁶ Pedersen (2019), s. 96.

⁵⁷ Lindahl Toftegaard (2020), s. 201 ff.

⁵⁸ Prop. 2009/10:180, s. 344.

⁵⁹ Prop. 2001/02:142, s. 99.

⁶⁰ Prop. 2001/02:142, s. 99.

Trots att direktupphandling inte är lika strikt reglerat som upphandling över tröskelvärden finns det utöver ovanstående ytterligare några regler som måste beaktas. Först och främst kan nämnas att de allmänna principerna som behandlats under avsnitt 5.4 ska tillämpas även på direktupphandlingar.⁶¹ Detta får till följd att även om det handlar om upphandlingar under tröskelvärdena, ett område som unionsrätten egentligen inte tar sikte på, så får unionsrätten och framförallt EU-domstolens praxis ändå betydelse för den nationella lagstiftningen eftersom de allmänna principerna härstammar från unionsrätten som EU-domstolen tolkar och tillämpar.⁶² Direktupphandlingens obundna form inskränks bland annat även av det allmänna krav som ställs av LOU på att kontrakt skall vara skriftliga.⁶³ Det innebär att även om offert- och anbudsfrågor får vara muntliga så måste ett eventuellt kontrakt som ingås som en effekt av en direktupphandling upprättas i skriftlig form. Den 1 juli 2014 infördes en lagändring som ytterligare bidrog till att direktupphandling blev mer reglerat, numera finns nämligen ett dokumentationskrav för direktupphandlingar över 100 000 kr.⁶⁴ Detta krav ansågs nödvändigt bland annat eftersom beloppsgränserna för direktupphandling samtidigt höjdes betydligt. Lagändringen motiverades ytterligare med att det skulle göra en upphandlande myndighet uppmärksam på de åtgärder som vidtagits i en upphandling samt att det skulle ge större möjligheter att följa upp en upphandling i efterhand. Dessutom menade regeringen att ett liknande krav som tidigare införts i Norge hade haft en disciplinerande verkan på upphandlande myndigheter.⁶⁵ Till dokumentationskravet finns inte kopplat någon sanktion, vilket regeringen motiverade med att många upphandlande myndigheter redan vid tillfället dokumenterade skälen för sina beslut.⁶⁶ Genom lagändringen den 1 juli 2014 infördes också det krav för upphandlande myndigheter att utforma riktlinjer för användandet av

⁶¹ 19 kap. 2 § 4 strecksatsen LOU.

⁶² Falk (2020), s. 405.

⁶³ 1 kap. 15 § LOU.

⁶⁴ 19 kap. 30 § LOU.

⁶⁵ Prop. 2013/14:133, s. 23.

⁶⁶ Prop. 2013/14:133, s. 24.

direktupphandling som numera framgår av LOU.⁶⁷ Ett sådant krav hade tidigare funnits men tagits bort under 2010 eftersom det inte längre ansågs nödvändigt.⁶⁸ Återinförandet motiverades med att riktlinjer kring direktupphandling kunde vara ett värdefullt sätt att tillvarata konkurrensen och särskilt beakta småföretagens perspektiv. Regeringen menade att det behövs ett strategiskt förhållningssätt när det gäller offentlig upphandling i allmänhet och direktupphandling i synnerhet, detta ansågs kunna uppnås genom ett införande av krav på riktlinjer eftersom upphandlande myndigheter då noggrant bör ha analyserat vad som ska gälla. Dessutom ansågs riktlinjerna kunna bli ett verktyg vid revision av en upphandlande myndighets direktupphandlingar.⁶⁹ Exakt vad som ska framgå av riktlinjerna anges inte i lagtexten men i förarbetena ges förslag så som vem som har behörighet att genomföra en direktupphandling, jävs- och korruptionsfrågor och beloppsgränser för konkurrensutsättning.⁷⁰

Det är värt att nämna att det är i princip omöjligt att bedöma i vilken omfattning upphandlande myndigheter använder sig av direktupphandling eftersom Konkurrensverket inte för statistik över detta. Troligen eftersom det handlar om upphandlingar utanför det direktivstyrda området. Detta trots att det numera finns ett dokumentationskrav för direktupphandlingar över 100 000 kr, något som sannolikt möjliggör ett insamlande av statistik.

6.2 Historik och syfte

6.2.1 Direktupphandlingens historik

Möjligheten för upphandlande myndigheter att användas sig av direktupphandling infördes genom 1973 års upphandlingskungörelse (1973:600). Kungörelsens 4 § angav att direktupphandling var en av tre möjliga upphandlingsformer, jämte sluten upphandling och

⁶⁷ 19 kap. 7 § 3 stycket LOU

⁶⁸ Prop. 2009/10:180, s. 292.

⁶⁹ Prop. 2013/14:133, s. 27.

⁷⁰ Prop. 2013/14:133, s. 27 och 34.

förhandlingsupphandling. I kungörelsens 7 § definierades direktupphandling som *”/.../köp eller beställning i öppna marknaden utan infordran av anbud i särskild ordning.”* Någon närmre precisering av reglerna finns inte i upphandlingskungörelsen. Reglerna kompletterades dock av föreskrifter från Riksrevisionsverket där verket i sin kommentar till kungörelsens 4 § fastställer att direktupphandling får användas endast om upphandlingen avser mindre belopp och de administrativa kostnaderna av att använda någon av de andra upphandlingsformerna inte skulle stå i rimlig proportion till upphandlingens värde. Riksrevisionsverket fastställer också att direktupphandling får användas om upphandlande myndighet vid brådskande och oförutsedda behov inte hinner använda någon av de andra formerna eller om det kan anses föreligga synnerliga skäl för att direktupphandling ska användas.⁷¹

I förarbetena till upphandlingskungörelsen förekommer i princip samma skrivelse, direktupphandlingsformen infördes för sådana fall där kostnaderna och tidsåtgången inte skulle stå i rimlig proportion till upphandlingens värde om någon av de mer formbundna upphandlingsformerna valdes. Vidare angavs att direktupphandling främst skulle användas vid upphandling till mindre belopp, någon beloppsgräns anges dock inte.⁷² Även om någon beloppsgräns inte nämns så fastställs att det är av vikt att upphandlande myndigheter strävar efter att jämföra priser mellan olika leverantörer och likaså möjligheten att utnyttja pris- och rabattavtal.⁷³

6.2.2 Direktupphandlingens syfte

I det första förslaget till nya lag om offentlig upphandling fanns ingen reglering av upphandlingar under tröskelvärdena. Av förarbetena kan dock utläsas att regeringen ansåg att den upphandling som understiger tröskelvärdena totalt sett är en viktig del av upphandlingen även om varje

⁷¹ Riksrevisionsverkets föreskrifter (1986:612) till upphandlingsförordningen (1986:366).

⁷² SOU 1971:88, s. 142.

⁷³ SOU 1971:88, s. 142.

enskild upphandling inte uppgår till något större belopp.⁷⁴ Regeringen ansåg att det inte fanns någon anledning att detaljreglera den mindre upphandlingen.⁷⁵ Denna ståndpunkt skulle dock komma att ändras ungefär ett år senare då regeringen i oktober 1993 lade fram ett förslag om att det i samband med införandet av ÄLOU skulle ingå ett kapitel i lagen som reglerar upphandlingar under tröskelvärdena. Detta förslag motiveras med att det anses ligga ett egenvärde i att all offentlig upphandling regleras i en och samma författning.⁷⁶ Regeringen ansåg att reglerna kring offentlig upphandling under tröskelvärdena inte borde vara lika detaljerade som reglerna för upphandling över tröskelvärdena och menade därför att reglerna kunde modelleras efter de gällande reglerna i upphandlingsförordningen.⁷⁷ Om reglernas syfte sägs vid denna tidpunkt intet mera och någon utförligare redogörelse kring direktupphandlingens berättigande och syfte har jag inte heller funnit i något av alla de många andra förarbeten jag läst i arbetet med denna uppsats.

6.3 Upphandlingsskadeavgift

Om en myndighet felaktigt direktupphandlar något utför den en så kallad otillåten direktupphandling. Otillåten direktupphandling är ett vedertaget begrepp som dock inte anges eller definieras i LOU.

Vid otillåten direktupphandling har allmän förvaltningsdomstol möjlighet att besluta att en myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift.⁷⁸ Det är Konkurrensverket, i egenskap av tillsynsmyndighet, som har möjlighet att vid allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift.⁷⁹ Upphandlingsskadeavgiftens storlek får uppgå

⁷⁴ Prop. 1992/93:88, s. 42.

⁷⁵ Prop. 1992/93:88, s. 42.

⁷⁶ Prop. 1993/94:78, s. 15.

⁷⁷ Prop. 1993/94:78, s. 16.

⁷⁸ 21 kap. 1 § 3 punkten LOU.

⁷⁹ 21 kap. 2 § 2 stycket LOU.

till lägst 10 000 kr och som högst 10 000 000 kr, avgiften får dock inte överstiga 10% av upphandlingens värde.⁸⁰ Avgiften tillfaller staten.⁸¹ Av förarbetena framgår att otillåten direktupphandling anses vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och att sanktionsvärdet därför ofta bör anses högt.⁸² Förarbetena anger att upphandlingsskadeavgiften ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande.⁸³ För att uppnå detta anges att det är viktigt att bedöma hur allvarlig en överträdelse är och att allvarligare överträdelser leder till högre sanktionsavgift.⁸⁴ Försvårande omständigheter som bör leda till högre sanktionsbelopp kan till exempel vara om det efter en otillåten direktupphandling ingåtts ett avtal till högt värde eller med lång avtalslängd.⁸⁵ Det anses även försvårande om det handlar om ett upprepat beteende från en myndighet.⁸⁶ Förmildrande omständigheter är bland annat om rättsläget kan anses oklart, under sådana förutsättningar bör överträdelsen betraktas som mindre allvarlig enligt förarbetena.⁸⁷ I ringa fall ska någon avgift inte beslutas.⁸⁸ Om de föreligger synnerliga skäl kan avgiften efterges, exakt vad synnerliga skäl är anges inte mer specifikt än att det åsyftas situationer där det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften.⁸⁹

6.4 Synnerlig brådska

På Konkurrensverkets hemsida finns en förteckning över de ärenden där verket på eget initiativ ansökt om upphandlingsskadeavgift för otillåten direktupphandling.⁹⁰ Det framgår redan vid en översiktlig genomgång av de

⁸⁰ 21 kap. 4 § LOU.

⁸¹ 21 kap. 8 § LOU.

⁸² Prop. 2009/10:180, s. 197.

⁸³ Prop. 2009/10:180, s. 197.

⁸⁴ Prop. 2009/10:180, s. 197.

⁸⁵ Prop. 2009/10:180, s. 197.

⁸⁶ Prop. 2009/10:180, s. 198.

⁸⁷ Prop. 2009/10:180, s. 197.

⁸⁸ 21 kap. 5 § 2 stycket LOU.

⁸⁹ 21 kap. 5 § 2 stycket LOU och Prop. 2009/10:180, s. 198.

⁹⁰ Konkurrensverket, "Ansökningar och domar upphandlingsskadeavgift", <https://www.konkurrensverket.se/upphandling/tillsyn/upphandlingsskadeavgift/ansokningar-om-upphandlingsskadeavgift/>, [Besökt: 2021-01-04]

senaste årens ärenden som gått till domstol att svarande myndigheter hävdar att det förelåg synnerlig brådska och att det därför var tillåtet att använda direktupphandlingsförfarandet. Sedan 2018 yrkar svarande myndigheter uttryckligen att synnerlig brådska förelegat i inte mindre än 9 fall. Det är därmed motiverat att djupare analysera vad begreppet synnerlig brådska innebär.

Möjligheten att använda sig av direktupphandling på grund av synnerlig brådska återfinns som tidigare nämnts i 19 kap. 7 § tredje stycket LOU som hänvisar till 6 kap. 15 § LOU. I 6 kap. 5 § LOU specificeras förutsättningarna för att använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering på grund av synnerlig brådska, dessa kriterier är relevanta även för direktupphandlingar i och med hänvisningen i 19 kap. 7 § tredje stycket LOU. Vad 19 kap. 7 § tredje stycket egentligen säger är att om det föreligger synnerlig brådska så får direktupphandling tillämpas även om upphandlingens värde överstiger direktupphandlingsgränsen.⁹¹ Om värdet ligger mellan direktupphandlingsgränsen och tröskelvärdet tillämpas 19 kap. 7 § tredje stycket LOU, ligger upphandlingens värde över tröskelvärdet så tillämpas istället 6 kap. 15 § LOU direkt.⁹² För att det ska anses vara fråga om synnerlig brådska ska fyra kumulativa rekvisit var uppfyllda. Eftersom dessa fyra rekvisit utgör undantagsfall ska de tolkas restriktivt.⁹³

6.4.1 Brådskan ska inte kunna tillskrivas och inte kunnat förutses av myndigheten.

Att det ställs höga krav på upphandlande myndigheters förmåga att planera och organisera sin verksamhet framgår av det faktum att omständigheter för att klassas som oförutsedda, och därmed inte kunna tillskrivas eller förutses av en upphandlande myndighet, i princip ska ha karaktären av *force majeure* – till exempel naturkatastrofer.⁹⁴ I ett avgörande har Högsta

⁹¹ HFD 2019 ref. 65, punkt 29.

⁹² HFD 2019 ref. 65, punkt 45.

⁹³ Sundstrand, UrT 1/2020, s. 18 f.

⁹⁴ Peedu, UrT 4/2016, s. 272.

Förvaltningsdomstolen konstaterat att ett regeringsbeslut som innebär att en myndighet skulle inleda sin verksamhet ett visst datum inte kunde anses utgöra en oförutsedd omständighet som innebär synnerlig brådska.⁹⁵ Regeringsbeslut som innebär en kort tidshorisont utgör alltså inte per automatik att det anses vara frågan om synnerlig brådska i den meningen att en myndighet får använda sig av direktupphandling.⁹⁶

6.4.2 Tidsfrister vid övriga upphandlingsförfaranden

Det måste vara frågan om en så synnerlig brådska att det inte är möjligt för myndigheten att använda sig av något annat ordinarie förfarande. Detta får betecknas som ett långtgående krav eftersom annonseringstiden kan kortas ned så långt som till 10 eller 15 dagar vid användande av ett påskyndat förfarande i enlighet med 11 kap. 10 § LOU. En upphandlande myndighet måste alltså visa att inte ens ett förfarande med en annonseringstid på 10 dagar hade varit möjlig i det enskilda fallet.⁹⁷

6.4.3 Absolut nödvändig anskaffning

Det tredje kriteriet innebär att anskaffandet ska vara absolut nödvändigt. Peedu menar att det i princip innebär ”tvingande hänsyn till allmänintresset”, hänsyn som skydd för allmän ordning, allmän hälsa och allmän säkerhet samt människors och djurs hälsa och liv.⁹⁸ Det ska hur som helst handla om att en upphandling kan tillgodose ett omedelbart behov eller att den åtgärdar en tillfällig brist till dess att mer stabila lösningar kan komma på plats, till exempel ramavtal. Det får med andra ord inte handla om kontrakt som löper över flera år eller som löser annat än högst tillfälliga kriser.⁹⁹ I ett avgörande från 2019 har Högsta Förvaltningsdomstolen klargjort att direktupphandling på grund av synnerlig brådska inte får användas för att förhindra att ett trängande behov uppstår i en obestämd

⁹⁵ HFD 2017 ref. 66.

⁹⁶ Sundstrand, UrT 1/2020, s. 21 f.

⁹⁷ Sundstrand, UrT 1/2020, s. 24 f.

⁹⁸ Peedu, UrT 4/2016, s. 273.

⁹⁹ Sundstrand, UrT 1/2020, s. 25.

framtid, det ska röra sig om ett behov som faktiskt har uppstått eller kan förväntas uppstå inom en snar framtid.¹⁰⁰

6.4.4 Orsakssamband

Det måste finnas ett orsakssamband mellan de omständigheter som inte kunnat förutses och den synnerliga brådska som uppstått. Orsakssambandet mellan inträffad händelse och behovet av den vara eller tjänst som anskaffas måste vara direkt på så sätt att behovet uppstår först när den aktuella händelsen är ett faktum och anskaffandet får inte avse att täcka eventuella behov efter det att händelsen upphört.¹⁰¹ Karin Peedu hänvisar, som ett exempel, till ett tolkningsmeddelande från EU-kommissionen där det klargjordes att det under flyktingkrisen 2015 inte kunde råda någon tvekan om orsakssambandet mellan den stora ökningen i antalet asylsökanden och kravet på att tillgodose deras behov.¹⁰²

¹⁰⁰ HFD 2019 ref. 65, punkt 47.

¹⁰¹ Sundstrand, UrT 1/2020, s. 27 f.

¹⁰² Peedu, UrT 4/2016, s. 273.

7 Analys

Det står klart att direktupphandling finns till för att förenkla vissa inköp för upphandlande myndigheter. Det skulle bli allt för tungrott och kostnadsineffektivt om vartenda lite inköp var tvunget att konkurransutsättas. Direktupphandling lämpar sig ypperligt för mindre köp över disk eller liknande. Nu förhåller det sig dock så att direktupphandling får användas även för inköp som kan betraktas som allt annat än ringa. Direktupphandling får som tidigare nämnts användas i tre typer av undantagsfall, om upphandlingens värde uppgår till högst 615 312 kronor, om det föreligger förutsättningar för att använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 6 kap. 12-19 §§ LOU eller om det föreligger synnerliga skäl. Utan att ha någon statistik att luta mig mot vågar jag drista mig till att detta öppnar upp för ett relativt stort utnyttjande av direktupphandlingsförfarandet. Nog kan det utan att spekuleras allt för mycket antas att en upphandlande myndighet som till exempel en kommun gör ett stort antal inköp för under 600 000 kr på ett år. Att det inte förs någon statistik kring direktupphandlingar trots det relativt nyligen införda dokumentationskravet för direktupphandlingar över 100 000 kronor menar jag är en svaghet i regleringen. Jag menar att det blir en fråga att bedöma om ändamålen helgar medlen. Är det rimligt att det finns ett så här oreglerat förfarande, är det rimligt att myndigheter kan upphandla i princip formlost upp till lite mer än 600 000 kronor årligen? Det blir svårt att bedöma eftersom vi inte vet någonting om omfattningen. Det kan vara så att direktupphandling omsätter miljardbelopp varje år, detta vet vi inte exakt men nog kan det argumenteras för att det skulle kunna införas hårdare regleringar om så skulle vara fallet.

Vidare menar jag att ytterligare en inneboende svaghet i reglerna kring direktupphandling är att reglernas syfte inte finns tydligt motiverade i något färskt förarbete. Möjligheten till direktupphandling infördes som nämnts 1973 och motiverades i förarbetena till den upphandlingskungörelse som då

infördes. När Sverige sedan gick med i EU och fick unionsrättens upphandlingsregler i knät tänkte regeringen först lämna upphandlingar utanför det direktivstyrda området helt utanför ÄLOU eftersom den inte ansåg att det fanns anledning att reglera den mindre upphandlingen, den ståndpunkten omvärderades dock relativt snabbt. Någon mer utförlig motivering till varför direktupphandling är bra och vad det är gjordes inte. Det förefaller som att direktupphandlingsförfarandet bara har fått hänga med utan att det ägnats så mycket tankeverksamhet. Direktupphandling förefaller ha blivit styvmoderligt behandlat under början på 1990-talet, vilket i och för sig kan förstås – EU inträdet bidrog till ett massivt inflöde av ny unionsrätt som skulle implementeras i den svenska lagstiftningen så den lagstiftande makten hade säkerligen viktigare saker att engagera sig i. På senare år har dock saker gjorts, nya regler om bland annat dokumentationskrav och beslutande om riktlinjer för upphandlande myndigheter har införts. Detta menar jag i grunden är bra eftersom det till viss del styr upp direktupphandlingen. Samtidigt ställer jag mig ändå frågande till vad regeringen vill med direktupphandlingen egentligen, ska det vara ett mer oreglerat område som ger myndigheter svängrum att göra mindre inköp utan en massa byråkrati eller ska det regleras hårdare? Jag frågar mig även här om ändamålen helgar medlen? Det hade varit betydligt enklare att svara på om reglernas syfte hade varit utförligare motiverade. Som det är nu måste vi titta tillbaka på förarbeten som har snart 50 år på nacken. Det är knappast någon överdrift att säga att samhället och affärslivet förändrats en hel del på den tiden. Jag menar därmed att reglerna kring direktupphandling inte är tillfredsställande motiverade och att det därför är svårt att bedöma om reglerna lever upp till sitt syfte.

Angående begreppet synnerlig brådska står det klart att det är ett nålsöga som myndigheter måste igenom för att kunna genomföra en direktupphandling motiverad av tidsnöd. De fyra kriterierna för synnerlig brådska visar på att det ställs stora krav på en myndighet som hävdar synnerlig brådska. Detta tycker jag är helt och hållet rimligt. Det finns all anledning att ställa höga krav på att våra upphandlande myndigheter sköter

och planerar sin verksamhet på ett adekvat sätt. Allt annat vore orimligt och ett enormt slöseri med skattepengar. Trots detta är det en inte alls ovanlig argumentation i domstol att myndigheten hamnat i tidsnöd. I min, förvisso högst översiktliga, genomgång av praxis har jag endast funnit ett fall där domstolen godtagit en sådan argumentation. Naturligtvis måste det finnas flera men det antal mål där domstolen underkänner argumentationen är i absolut majoritet. När inte ens regeringsbeslut som innebär mycket korta tidsfrister för myndigheter accepteras framstår det tydligt att det ställs höga krav på myndigheters planerande av verksamheten. Å andra sidan är domstolarna förlåtande om det handlar om anskaffande av varor som är viktiga ”på riktigt” – när det rör sig om ”tvingande hänsyn till allmänintresset”. Denna förmildrande omständighet är fullt rimlig, hur dålig en myndighets planering än varit så måste det kunna göras undantag när det gäller liv och död.

8 Käll- och litteraturförteckning

Tryckta källor

Offentligt tryck

Propositioner

Prop. 1992/93:88	<i>Om offentlig upphandling</i>
Prop. 1993/94:78	<i>Frågor om offentlig upphandling</i>
Prop. 2001/02:142	<i>Ändringar i lagen om offentlig upphandling, m.m.</i>
Prop. 2006/07:128	<i>Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster</i>
Prop. 2009/10:180	<i>Nya rättsmedel på upphandlingsområdet</i>
Prop. 2013/14:133	<i>Direktupphandling</i>

Statens offentliga utredningar

SOU 1971:88	<i>Offentlig upphandling – regler och riktlinjer för stat och kommun</i>
-------------	--

Myndighetspublikationer

Riksrevisionsverkets föreskrifter (1986:612) till upphandlingsförordningen (1986:366).

Konkurrensverket rapport 2019:3, *Statistik om offentlig upphandling 2019*.

Litteratur

Falk, Jan-Erik (2020), *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*, 4 uppl., Jure förlag.

Jareborg, Nils, *Rättsdogmatik som vetenskap*, SvJT 2004, s. 1-10.

Kleineman, Jan, *Rättsdogmatisk metod*, s. 21-45, i Nääv, Maria och Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 2 uppl., Studentlitteratur.

Lindahl Toftegaard, Eva, *Offentlig upphandling – LOU och upphandlingsprocessen*, 2 uppl., Studentlitteratur.

Pedersen, Kristian (2019), *Upphandlingens grunder*, 5 uppl., Jure förlag

Peedu, Karin (2016), *Direktupphandling på grund av synnerlig brådska*, UrT 4/2016, s. 270-278.

Sundstrand, Andrea, *Upphandling i tider av synnerlig brådska*, UrT 1/2020, s. 15-29.

Övrigt

Regeringskansliet, *Sveriges väg till EU-medlemskap*,
<<https://www.regeringen.se/sa-styrs-sverige/regeringens-arbete-pa-eu-niva/sveriges-vag-till-eu-medlemskap/>>, [Besökt: 2020-11-24]

Konkurrensverket, ”*Ansökningar och domar upphandlingskadeavgift*”,
<<https://www.konkurrensverket.se/upphandling/tillsyn/upphandlingskadeavgift/ansokningar-om-upphandlingskadeavgift/>>, [Besökt: 2021-01-04]

9 Rättsfallsförteckning

Högsta förvaltningsdomstolen

HFD 2017 ref. 66

HFD 2019 ref. 65