



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Julia Jönsson

Direktupphandling vid synnerlig
brådska – är det flexibla förfarandet
rättssäkert?

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet

15 högskolepoäng

Handledare: Sandra Ahrén

Termin: VT23

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING.....	3
FÖRKORTNINGAR	5
1 INLEDNING	6
1.1 Bakgrund.....	6
1.2 Syfte och frågeställningar	6
1.3 Avgränsningar	7
1.4 Metod, perspektiv och material	8
1.5 Forskningsläge.....	11
1.6 Disposition.....	11
2 INTRODUKTION TILL OFFENTLIG UPPHANDLING	12
2.1 Offentlig upphandling	12
2.2 EU-rätt	13
2.3 Principer för upphandling	14
3 DIREKTUPPHANDLING	15
3.1 Allmänt om direktupphandling	15
3.2 När direktupphandling får användas	16
3.3 Direktupphandling vid synnerlig brådska	17
3.3.1 Allmänt om synnerlig brådska	17
3.3.2 Brådskan får inte tillskrivas eller förutses av den upphandlande myndigheten	17
3.3.3 Omöjligt att följa tidsfristerna för ett sedvanligt förfarande.....	19
3.3.4 Anskaffningen är absolut nödvändig.....	19
3.3.5 Kausalitet.....	20
3.4 Kontrollfunktioner för direktupphandling	21
3.4.1 Överprövning av direktupphandling.....	21
3.4.2 Upphandlingsskadeavgift.....	22
4 RÄTTSSÄKERHET	24
4.1 Inledning	24

4.2	Teorier om rättssäkerhet	24
4.3	Rättssäkerhet i denna uppsats	25
5	ANALYS	26
5.1	Tillämpningsområdet för direktupphandling vid synnerlig brådska 26	
5.2	Rättssäkerheten i förfarandet	26
5.2.1	Vikten av rättssäkerhet	26
5.2.2	Förutsebarhet	27
5.2.3	Fungerande kontrollfunktioner	29
5.3	Förslag på de lege ferenda	30
5.4	Slutsats	32
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	34

Summary

Public procurement concerns how the public sector should act when making purchases and therefore has a great impact on the national economy. Fundamental societal functions such as healthcare and education are supported through public procurement. Because these purchases are made using tax revenue, citizens have an interest in ensuring that the procedure is conducted properly. Moreover, suppliers have an interest in making sure that the procedure is legally certain since a contract award decision leads to a large revenue.

Direct award is an exception from the usual procurement process that is significantly faster and more flexible than the ordinary process. There are almost no formal requirements for a direct award. The purpose of direct award is to make quick purchases possible for procurements of lower values. Direct award may be applied in some specific situations whereof one is in case of exceptional urgency. Direct award in case of exceptional urgency may be used when it is not possible to follow the deadlines that apply to other procurement proceedings.

If a contracting authority acts in violation of procurement rules, suppliers may apply for an appeal of the contract award decision and the Swedish Competition Authority may apply for a procurement fine.

The purpose of this thesis is to research the regulations regarding direct award in case of exceptional urgency and to what extent contracting authorities can use this exception. Additionally, the thesis aims to examine whether the procedure for direct award in case of exceptional urgency is legally certain. Furthermore, the thesis intends to analyse the process from a *de lege ferenda* perspective.

In the thesis it is asserted that the scope of direct award in case of exceptional urgency is narrow but unclear. It requires extraordinary circumstances and the need must be immediate. Additionally, it is stated in the thesis that the legal certainty of the procedure for direct award in case of exceptional

urgency is inadequate. This due to the low predictability of the procedure and the difficulty in applying control functions. Finally, it is declared in the thesis that increased legal certainty can be fulfilled by imposing more requirements such as mandatory publication of a contract notice or a requirement for the Swedish Competition Authority to apply for procurement fine in all cases of illegal direct award of contract.

Sammanfattning

Offentlig upphandling handlar om hur den offentliga sektorn ska agera vid inköp och har därmed en betydande påverkan på samhällsekonomin. Essentiella samhällsfunktioner som exempelvis sjukvård och skolor tillgodoses genom offentlig upphandling. Eftersom inköpen görs via skattemedel har samhällsmedborgare ett intresse av att förfarandet går rätt till. Vidare har leverantörer ett intresse av att förfarandet är rättssäkert då ett tilldelningsbeslut innebär en stor intäkt.

Direktupphandling är ett undantag från det sedvanliga upphandlingsförfarandet som är betydligt snabbare och mer flexibelt än det reguljära förfarandet. Nästintill inga formkrav finns för direktupphandling. Syftet med direktupphandling är att kunna göra snabba köp vid upphandlingar av lägre värden. Direktupphandling får tillämpas i vissa uppräknade situationer varav en är vid synnerlig brådska. Direktupphandling vid synnerlig brådska får tillämpas när det inte är möjligt att hålla de tidsfrister som gäller för övriga upphandlingsförfaranden.

Om en upphandlande myndighet agerar i strid med upphandlingsreglerna kan leverantörer ansöka om överprövning av tilldelningsbeslutet och Konkurrensverket kan ansöka om upphandlingsskadeavgift.

Syftet med uppsatsen är att undersöka regelverket kring direktupphandling vid synnerlig brådska samt vilket utrymme upphandlande myndigheter har att tillämpa undantaget. Vidare syftar uppsatsen till att utreda om förfarandet för direktupphandling vid synnerlig brådska är rättssäkert. Dessutom syftar uppsatsen till att analysera förfarandet ur ett de lege ferenda perspektiv.

I uppsatsen konstateras att tillämpningsområdet för direktupphandling vid synnerlig brådska är smalt men otydligt. Det ska röra sig om extraordinära omständigheter och behovet måste vara omedelbart. Vidare framgår i uppsatsen att rättssäkerheten i förfarandet för direktupphandling vid synnerlig brådska är bristande. Detta då förutsebarheten i förfarandet är låg och kontrollfunktionerna är svårtillämpade. Slutligen framhålls i uppsatsen att

ökad rättssäkerhet kan uppnås genom att fler krav införs som exempelvis obligatorisk annonsering eller krav på att Konkurrensverket måste ansöka om upphandlingsskadeavgift vid alla otillåtna direktupphandlingar.

Förkortningar

EU	Europeiska unionen
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
EU-kommissionen	Europeiska kommissionen
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
JT	Juridisk Tidskrift
Kap.	Kapitel
LOU	Lag (2016:1145) om offentlig upphandling
Prop.	Proposition
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
UrT	Upphandlingsrättslig Tidskrift

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Offentlig upphandling är det förfarande den offentliga sektorn använder för att göra inköp. Även om det inte är något vi reflekterar över vardagligen så berör offentliga upphandlingar oss alla. Offentliga upphandlingar tillgodoser viktiga samhällsfunktioner som exempelvis sjukvård och skolor. Inom Europeiska unionen (EU) utgör offentliga upphandlingar cirka 16 procent av EU:s BNP vilket klargör att det utgör en stor del av marknaden. Eftersom inköpen görs via skattemedel har samhällsmedborgare ett intresse av att förfarandet går rätt till. Vidare har leverantörer ett intresse av att förfarandet är rättssäkert då det innebär en stor intäkt att bli vald som leverantör.¹

Direktupphandling är ett undantag från det sedvanliga upphandlingsförfarandet och är betydligt snabbare och mer flexibelt än det reguljära förfarandet.² Direktupphandling får tillämpas i ett flertal olika situationer.³ I följande framställning har jag valt att undersöka direktupphandling vid synnerlig brådska då det ofta åberopas av upphandlande myndigheter.⁴ Konkurrensverket rapporterar även regelbundet om otillåtna direktupphandlingar med anledning av synnerlig brådska.⁵ Tillämpningsområdet för direktupphandling vid synnerlig brådska är därför intressant att undersöka och det kan ifrågasättas om det flexibla förfarandet är rättssäkert.

1.2 Syfte och frågeställningar

Processen kring offentliga upphandlingar är strikt reglerad. För direktupphandling vid synnerlig brådska finns det dock undantag som gör förfarandet betydligt enklare än den sedvanliga processen. Detta gör sannolikt undantaget lockande att tillämpa. Syftet med den här uppsatsen är att

¹ Lindahl Toftegaard (2020) s. 22–23.

² Se avsnitt 3.1.

³ Se avsnitt 3.2.

⁴ Wendelsson och Sällfors (2021) s. 54.

⁵ <https://www.konkurrensverket.se/sok/?query=synnerlig%20br%C3%A5dska&page=2>.

undersöka regelverket kring direktupphandling vid synnerlig brådska och vilket utrymme upphandlande myndigheter har att använda undantaget. Vidare syftar uppsatsen till att utreda om förfarandet för direktupphandling vid synnerlig brådska enligt gällande rätt är rättssäkert. Dessutom syftar uppsatsen till att analysera förfarandet ur ett de lege ferenda perspektiv.

Frågeställningarna är följande: Vad innebär direktupphandling med anledning av synnerlig brådska? Är direktupphandling vid synnerlig brådska ett rättssäkert förfarande? Om inte, hur borde lagen se ut för att förfarandet ska vara rättssäkert?

1.3 Avgränsningar

Då uppsatsen är begränsad till sitt omfång är vissa avgränsningar nödvändiga. I det följande finns endast en kort och övergripande introduktion av grunderna i offentlig upphandling med de för uppsatsen viktigaste aspekterna. Dessutom beskrivs i uppsatsen endast förfarandet för direktupphandling vid synnerlig brådska djupgående då detta är framställningens fokus. Andra upphandlingsförfaranden nämns endast kort.

I uppsatsen behandlas endast lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) då det är den huvudsakliga lagstiftningen. Detta trots att fler regelverk, som exempelvis lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, är relevanta.

Framställningen ger exempel på rättspraxis för illustration men någon utförlig undersökning av rättspraxis på området görs p.g.a. bristande utrymme inte. Dessutom behandlas i uppsatsen inte underrättspraxis eftersom endast överinstansernas praxis bedöms vara av intresse.

I uppsatsen utreds p.g.a. det begränsade omfånget endast direktupphandling vid synnerlig brådska ur en rättssäkerhetsaspekt. Det finns andra aspekter, som exempelvis effektivitet, som endast berörs i framställningen i den mån det är relevant för analysen.

Det finns ett flertal teorier om vad begreppet rättssäkerhet innebär (se avsnitt 4.2). I framställningen utgår jag från att rättssäkerhet innebär förutsebarhet och fungerande kontrollfunktioner (se avsnitt 4.3). Dessutom undersöks i uppsatsen endast rättssäkerhet ur samhällsmedborgarnas och leverantörernas perspektiv då de förefaller mest intressanta.

Eftersom utrymmet är begränsat berörs i framställningen endast de mest fundamentala delarna av EU-rätten. Unionsrätten är central för regelverket kring offentliga upphandlingar men då svenska myndigheter måste följa EU-rätten görs bedömningen på ett liknande sätt inom nationell rätt som inom unionsrätten. Dessutom görs inom offentlig upphandling en skillnad mellan direktivstyrda och icke-direktivstyrda områden. Då direktupphandling vid synnerlig brådska är ett icke-direktivstyrt område regleras det främst i nationell rätt. EU:s instanser har dock gett viss vägledning kring vad synnerlig brådska innefattar vilket berörs i framställningen. Vad rör praxis från Europeiska unionens domstol (EU-domstolen) ges i uppsatsen p.g.a. bristande utrymme endast tydliggörande exempel, men någon grundlig genomgång görs inte.

Vid kontrollfunktioner för direktupphandling (se avsnitt 3.4) berörs p.g.a. uppsatsens begränsade omfång inte leverantörers rätt till skadestånd. Överprövning av direktupphandling samt upphandlingsskadeavgift utreds eftersom de förefaller mest relevanta för uppsatsens syfte.

1.4 Metod, perspektiv och material

För att besvara uppsatsens frågeställningar krävs att gällande rätt avseende direktupphandling vid synnerlig brådska klargörs samt att teorier om innebörden av rättssäkerhet utreds. Dessutom krävs att de lege ferenda undersöks. Således tillämpas den traditionella rättsdogmatiska metoden i framställningen. Den rättsdogmatiska metoden har sin utgångspunkt i en konkret problemställning och innebär att svar söks i lagstiftning, rättspraxis, lagförarbeten och doktrin.⁶ Den rättsdogmatiska metoden kan användas för

⁶ Nääv och Zamboni (2021) s. 21–23.

att beskriva rättsläget (de lege lata) men även för att kritisera rättsläget och föreslå ändringar (de lege ferenda).⁷ Vad gäller de lege ferenda kan metoden i uppsatsen även definieras som rättsanalytisk.⁸ Utifrån rättskällorna undersöks i uppsatsen direktupphandling vid synnerlig brådska och innebörden av rättssäkerhet. Sedan sker en analys kring gällande rätt och de lege ferenda som grundar sig på tidigare presenterade fakta. Vid en diskussion kring tillämpningsområdet av en rättsregel är den rättsdogmatiska metodens argumentation stram, medan vid en diskussion om de lege ferenda är en friare argumentation tillåten.⁹ I uppsatsens deskriptiva delar är framställningen rigid, medan det i analysen förs en kritisk och granskande diskussion.

Vid besvarandet av frågeställningarna tillämpas ett kritiskt perspektiv. En kritiskt inriktad rättsdogmatik innebär att en undersökning sker av den rättsdogmatiska lösningen, dess följder och alternativa lösningar.¹⁰ Ett likadant kritiskt perspektiv tillämpas i denna framställning då frågeställningarna kräver att rättsläget utreds samt att det förs en kritisk diskussion kring gällande rätt och de lege ferenda.

Uppsatsens material består till största del av de traditionella rättskällorna lagstiftning, lagförarbeten, rättspraxis och doktrin. Vid en rättsdogmatisk metod studeras rättskällorna med beaktande av att lagstiftning och prejudikat har auktoritet medan lagförarbeten och doktrin utgör komplement.¹¹ Enligt rättsdogmatiken är doktrin essentiell eftersom den ökar övriga rättskällors legitimitet.¹² I uppsatsen används doktrin för att förklara och analysera övriga rättskällor. Det finns en mängd doktrin inom offentlig upphandling men avseende direktupphandling vid synnerlig brådska är doktrinen begränsad. Den doktrin som används i framställningen anses mest relevant för uppsatsens syfte. Olika typer av doktrin används vilket skapar en bredd i informationen och risken för desinformation minskar. Hälften av författarna till doktrinen är professorer, docenter eller universitetsadjunkter som exempelvis Eva Lindahl

⁷ Nääv och Zamboni (2021) s. 24 samt s. 36.

⁸ Sandgren (2021) s. 50–54.

⁹ Nääv och Zamboni (2021) s. 30.

¹⁰ Nääv och Zamboni (2021) s. 35.

¹¹ Nääv och Zamboni (2021) s. 33.

¹² Nääv och Zamboni (2021) s. 27.

Toftegaard och Aleksander Peczenik. Den andra hälften utgörs av jurister och en upphandlingschef. Att inte alla författare är framstående professorer kan ses som en brist i trovärdigheten. Däremot får det anses ge en nyans till diskussionen. Jan Kleineman hävdar även i *Juridisk metodlära* att det vid en rättsdogmatisk metod inte är vem som uttalat något som är avgörande, utan att analysens inre logik är det väsentliga.¹³ Skrifter har olika vetenskaplig tyngd men då doktrinen stämmer överens innehållsmässigt påverkar inte detta uppsatsen. Dessutom är all doktrin som använts för att besvara frågeställningarna publicerad på trovärdiga ställen som exempelvis i Upphandlingsrättslig tidskrift (UrT). Vidare förefaller all doktrin vara skriven i forsknings- eller utbildningssyfte.

Utöver doktrin används lagstiftning, propositioner, rättspraxis från prejudikatinstanserna samt Statens offentliga utredningar (SOU) för att besvara frågeställningarna. Eftersom lagstiftning och prejudikat enligt den rättsdogmatiska metoden har auktoritet behöver de inte någon närmare förklaring. Förarbetena och SOU används för att tolka och analysera innehållet i lagstiftningen och prejudikaten. Utöver de traditionella rättskällorna har information om tolkning av synnerlig brådska hämtats från en vägledning från Europeiska kommissionen (EU-kommissionen). Viss statistik har även hämtats från Konkurrensverkets hemsida för att få inblick i antalet rapporterade otillåtna direktupphandlingar.

Majoriteten av uppsatsens material är nytt men vissa av källorna avseende rättssäkerhet är gamla. Exempelvis utgavs *Rätten och förnuftet* år 1988 och *Om rättssäkerhet* publicerades i Svensk Juristtidning år 1990. Dock kvarstår teorier om innebörden av rättssäkerhet eftersom de inte blir föråldrade på samma sätt som exempelvis information om innebörden av en rättsregel. Informationen i doktrinen är därför relevant.

¹³ Nääv och Zamboni (2021) s. 33.

1.5 Forskningsläge

Inom området offentlig upphandling finns en del forskning. Viktiga författare inom offentlig upphandling är bl.a. Jan-Erik Falk och Eva Lindahl Toftegaard. Forskningen avseende direktupphandling vid synnerlig brådska är dock begränsad och består mestadels av artiklar publicerade i UrT. I övrigt utgör lagstiftningen och tillhörande propositioner de främsta rättskällorna för direktupphandling vid synnerlig brådska. Området är därför i behov av ytterligare forskning.

Vad avser innebörden av rättssäkerhet är bl.a. Åke Frändberg, Aleksander Peczenik, Josef Zila och Per Olof Ekelöf framstående författare i ämnet. Forskningen gällande innebörden av rättssäkerhet är riklig men har haft uppehåll under de senaste 20 åren.

1.6 Disposition

Uppsatsen inleds med en introduktion till offentlig upphandling där upphandlingens mest centrala delar presenteras. Därefter följer en utredning om vad direktupphandling innebär med fokus på direktupphandling vid synnerlig brådska. För att kunna besvara frågeställningarna följer sedan ett kapitel om innebörden av rättssäkerhet. Uppsatsen avslutas med en analys som besvarar frågeställningarna mot bakgrund av underlaget i uppsatsen.

2 Introduktion till offentlig upphandling

2.1 Offentlig upphandling

Den offentliga sektorn är på åtskilliga områden den största köparen av varor, tjänster och byggtjänster. Exempelvis köper den offentliga sektorn försvarsmateriel, medicinsk utrustning och konsulttjänster. Offentlig upphandling handlar om hur offentliga verksamheter ska agera vid inköp och har därmed en betydande påverkan på samhällsekonomin. Upphandlingsförfarandet är detaljreglerat. En av de viktigaste upphandlingslagarna är LOU.¹⁴ Upphandlingslagarna reglerar alltifrån hur den upphandlande myndigheten ska ange föremålet för inköp till hur valet av leverantörer ska ske.¹⁵ Syftet med upphandlingslagarna är bl.a. att förhindra diskriminering och gynnande av vissa leverantörer. Dessutom syftar regelverket till att främja en effektiv konkurrens och uppfylla vissa samhällsrelaterade mål som exempelvis sociala hänsyn och miljöhänsyn.¹⁶ Vidare strävar reglerna kring offentliga upphandlingar efter att tillförsäkra en ändamålsenlig och kostnadseffektiv hantering av offentliga medel.¹⁷ Eftersom offentlig upphandling omfattar stora belopp utgör det ett riskområde för korruption och mutbrott. Det finns även en risk att personer som arbetar med offentliga upphandlingar har finansiella eller personliga intressen i enskilda avtal vilket kan göra dem jäviga.¹⁸

Den upphandlande myndigheten kan välja mellan olika upphandlingsförfaranden. Vad som krävs för att få tillämpa de olika förfarandena skiljer sig åt men upphandlingens värde är ofta avgörande. En upphandling kan genomföras med eller utan föregående annonsering. Vid ett förfarande med föregående annonsering får alla intresserade leverantörer möjlighet att delta i förhandlingen genom att lämna in en ansökan.

¹⁴ Pedersen (2019) s. 18–19.

¹⁵ Lindahl Toftegaard (2020) s. 20.

¹⁶ Pedersen (2019) s. 31.

¹⁷ Lindahl Toftegaard (2020) s. 21.

¹⁸ SOU 2011:73 s. 161.

Exempelvis ska föregående annonsering ske vid öppna och selektiva förfaranden.¹⁹ Annonser ska enligt 10 kap. 5 a § LOU publiceras i en särskild annonsdatabas. Vid ett förfarande utan föregående annonsering vänder sig den upphandlande myndigheten direkt till en leverantör.²⁰ Föregående annonsering är viktigt för att leverantörer ska kunna konkurrera om upphandlingskontrakt då de annars inte får kännedom om upphandlingen.²¹ Huvudregeln är att all upphandling ska annonseras men undantag får göras vid bl.a. direktupphandling (se avsnitt 3).²²

2.2 EU-rätt

Den svenska upphandlingsrätten bygger på unionsrätten.²³ Då Sverige är medlem i EU finns en skyldighet för svenska upphandlande myndigheter att beakta EU:s regelverk i upphandlingsprocessen.²⁴ EU har utfärdat flertalet upphandlingsdirektiv som huvudsakligen innehåller procedurregler för upphandlingsförfarandet.²⁵ Upphandlingsdirektiven syftar till att främja fri rörlighet för varor och tjänster inom EU samt till att uppnå vissa samhälleliga mål. Direktiven underlättar för leverantörer som vill erbjuda varor, tjänster eller byggtreprenader åt en upphandlande myndighet i ett annat EU-land.²⁶

Vissa områden inom offentlig upphandling saknar styrning av EU-direktiv. Det gäller främst upphandlingar som inte når upp till vissa tröskelvärden.²⁷ På de icke-direktivstyrda områdena gäller dock fortfarande de grundläggande unionsrättsliga principerna som stadgas i Fördraget om Europeiska unionen när det finns ett gränsöverskridande intresse.²⁸ Exempelvis ingår här principen om fri rörlighet för varor och tjänster samt etableringsfriheten.²⁹ Dessutom gäller på områden utan direktivstyrning vissa

¹⁹ Lindahl Toftegaard (2020) s. 96–98.

²⁰ Lindahl Toftegaard (2020) s. 96–98.

²¹ Prop. 2015/16:195 s. 598.

²² Prop. 2015/16:195 s. 290.

²³ Prop. 2015/16:195 s. 285.

²⁴ Falk (2020) s. 19.

²⁵ Falk (2020) s. 26.

²⁶ Pedersen (2019) s. 22–23.

²⁷ Falk (2020) s. 25.

²⁸ Prop. 2015/16:195 s. 289.

²⁹ Prop. 2015/16:195 s. 297.

upphandlingsprinciper som EU-domstolen utvecklat (se avsnitt 2.3). I övrigt får medlemsländerna vanligen själva reglera upphandlingar i nationell rätt på de icke-direktivstyrda områdena.³⁰ Direktupphandling (se avsnitt 3) är ett exempel på ett upphandlingsförfarande som faller utanför det direktivstyrda området.³¹

2.3 Principer för upphandling

Det finns fem allmänna rättsprinciper som styr hur en offentlig upphandling ska genomföras. Principerna framgår av 4 kap. 1 § LOU och är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, proportionalitet, öppenhet och ömsesidigt erkännande. EU-domstolen har utvecklat principerna i sin dömande verksamhet och principerna utgör vägledning för hur upphandlingsreglerna ska tillämpas. Syftet med principerna är att främja fri rörlighet, fri etableringsrätt och effektiv konkurrens.³² Vidare ställer principerna minimikrav på rättssäkerhet och affärsmässighet.³³

Principen om icke-diskriminering stadgar att det är förbjudet att diskriminera en leverantör p.g.a. nationalitet. Den upphandlande myndigheten får inte efterfråga något som endast svenska leverantörer kan uppfylla.³⁴ Likabehandlingsprincipen föreskriver att alla leverantörer ska behandlas lika och ges samma förutsättningar. Proportionalitetsprincipen innebär att kraven som ställs vid upphandlingen måste vara nödvändiga och effektiva. Öppenhetsprincipen stadgar att den offentliga upphandlingen ska vara förutsebar och transparent. Exempelvis medför denna princip krav på att upphandlingen annonseras samt att uppgifter offentliggörs.³⁵ Principen om ömsesidigt erkännande innebär att handlingar från utländska myndigheter ska erkännas. Till exempel ska certifikat och intyg från utländska myndigheter godtas.³⁶

³⁰ Lindahl Toftgaard (2020) s. 50.

³¹ Prop. 2015/16:195 s. 289–290.

³² Lindahl Toftgaard (2020) s. 49–51.

³³ Prop. 2021/22:5 s. 164.

³⁴ Lindahl Toftgaard (2020) s. 52.

³⁵ Pedersen (2019) s. 31–32.

³⁶ Lindahl Toftgaard (2020) s. 64.

3 Direktupphandling

3.1 Allmänt om direktupphandling

Direktupphandling är enligt 19 a kap. 1 § LOU ett förfarande för tilldelning av kontrakt eller ingående av ramavtal utan krav på att den upphandlande myndigheten först informerar om sin avsikt att upphandla genom en annons om anbudsinfordran. Syftet med direktupphandling är att kunna göra snabba köp vid upphandlingar av lägre värden.³⁷ Direktupphandling kan avse köp över disk men även köp som föregås av långvarig kontakt och jämförelser mellan olika leverantörer.³⁸ Den upphandlande myndigheten får själv välja hur den vill genomföra direktupphandlingen.³⁹ Förutom kravet på skriftligt kontrakt är förfarandet vid direktupphandling i princip helt oreglerat. Utmärkande för direktupphandling är att den upphandlande myndigheten inte behöver annonsera eller konkurrensutsätta upphandlingen.⁴⁰ Den upphandlande myndigheten måste emellertid välja sin leverantör på en objektiv och affärsmässig grund.⁴¹ Dock är det möjligt för en upphandlande myndighet att gynna en leverantör i en direktupphandling genom att inte ta kontakt med någon annan. Om det bara finns ett anbud är det svårt att hävda att likabehandling inte sker.⁴² Vidare är kraven på skriftlighet vid direktupphandling låga. Offerter och anbud får vara muntliga och krav på skriftlig dokumentation av upphandlingsprocessen finns först om upphandlingen överstiger 100 000 kronor.⁴³ Däremot stadgar 19 a kap. 15 § LOU att en upphandlande myndighet alltid måste besluta om riktlinjer för direktupphandling. Det finns dock inget rättsligt krav på att myndigheten ska följa riktlinjerna.⁴⁴

Upphandlingsprinciperna (se avsnitt 2.3) måste alltid följas vid en direktupphandling enligt 19 a kap. 8 § LOU. Högsta förvaltningsdomstolen

³⁷ Lignell (2022) s. 53.

³⁸ Pedersen (2019) s. 94–95.

³⁹ HFD 2018 ref. 60.

⁴⁰ Prop. 2021/22:5 s. 149.

⁴¹ SOU 2018:44 s. 277.

⁴² Lignell (2022) s. 58.

⁴³ Lindahl Toftegaard (2020) s. 197.

⁴⁴ Prop. 2021/22:5 s. 173.

(HFD) fastslog i HFD 2018 ref. 60 att upphandlingsprinciperna gäller alla upphandlingsförfaranden men att principernas betydelse beror på faktorer i det enskilda fallet som exempelvis upphandlingens värde och föremålet för kontraktet. Däremot konstaterade HFD att det råder en bred handlingsfrihet för upphandlingsprinciperna vid direktupphandling jämfört med vid andra upphandlingsförfaranden.⁴⁵

3.2 När direktupphandling får användas

Eftersom direktupphandlingar begränsar konkurrensen regleras det detaljerat i 19 a kap. LOU i vilka situationer det är tillåtet att direktupphandla. Bestämmelserna om direktupphandling ska tillämpas restriktivt. Vidare har den upphandlande myndigheten alltid bevisbördan för att omständigheter föreligger som gör direktupphandling tillåtet.⁴⁶

Enligt 19 a kap. 2 § LOU får direktupphandling användas om värdet av upphandlingen beräknas understiga 700 000 kronor. Detta brukar kallas direktupphandling till låga värden.⁴⁷ Vidare stadgas i 19 a kap. 3 § LOU att direktupphandling får tillämpas om det vid en upphandling enligt 19 kap. LOU inte lämnats några lämpliga anbud. Dessutom får enligt 19 a kap. 4 § LOU direktupphandling användas om det endast lämnats in ogiltiga eller oacceptabla anbud. Detta beror vanligen på att anbuden inte motsvarar ställda minimikrav.⁴⁸ Utöver detta framgår av 19 a kap. 5 § LOU att det är tillåtet att använda direktupphandling vid synnerlig brådska, om förhållandena är sådana att det är tillåtet att använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering eller om det finns synnerliga skäl. Slutligen är det enligt 19 a kap. 6 § LOU möjligt att använda direktupphandling i vissa situationer där ett behov uppstått till följd av att en allmän förvaltningsdomstol handlägger ett mål eller beslutar att upphandlingen ska göras om eller rättas. Detta för att förhindra att befintliga avtal hinner löpa ut om en handläggning i domstol drar ut på tiden och att myndigheten då står utan avtal under en viss tid.⁴⁹ Eftersom

⁴⁵ HFD 2018 ref. 60.

⁴⁶ Lindahl Toftegaard (2020) s. 198–199.

⁴⁷ Prop. 2021/22:5 s. 149.

⁴⁸ Prop. 2021/22:5 s. 157.

⁴⁹ Prop. 2021/22:5 s. 158.

det är möjligt att direktupphandla utan något särskilt skäl vid värden under 700 000 kronor enligt 19 a kap. 2 § LOU följer att andra möjligheter att direktupphandla avser värden över 700 000 kronor.

3.3 Direktupphandling vid synnerlig brådska

3.3.1 Allmänt om synnerlig brådska

Direktupphandling vid synnerlig brådska regleras i 19 a kap. 5 § 1 LOU och kan tillämpas när det krävs ett snabbt agerande av den upphandlande myndigheten.⁵⁰ Bestämmelsen får enligt 19 a kap. 5 § andra stycket LOU endast tillämpas om värdet av upphandlingen understiger tröskelvärdena som anges i 5 kap. 1–2 §§ LOU eller avser en viss tjänst enligt bilaga 2 till LOU.

Synnerlig brådska uppstår främst i två situationer. Dels vid en överprövning som den upphandlande myndigheten måste planera för, dels vid händelser likt force majeure som den upphandlande myndigheten inte kan planera för.⁵¹ Vad gäller överprövning förutsätts i regel den upphandlande myndigheten planera för överprövning i första instans.⁵² För att direktupphandling vid synnerlig brådska ska kunna tillämpas krävs att fyra rekvisit är uppfyllda (se avsnitt 3.3.2–3.3.5).

3.3.2 Brådskan får inte tillskrivas eller förutses av den upphandlande myndigheten

I 19 a kap. 5 § 1 LOU stadgas att ett av rekvisiten för att tillämpa bestämmelsen om synnerlig brådska är att brådskan inte beror på omständigheter som kan tillskrivas eller förutses av den upphandlande myndigheten. För att brådskan ska vara tillräckligt oförutsebar ska det röra

⁵⁰ Peedu (2016) s. 272.

⁵¹ Peedu (2016) s. 270.

⁵² SOU 2015:12 s. 213.

sig om extraordinära förhållanden. Omständigheterna ska nästintill ha karaktären av force majeure, exempelvis epidemier eller naturkatastrofer, för att anses tillräckligt oförutsedda. Dessutom får brådskan inte bero på bristande planering av den upphandlande myndigheten. Kraven på upphandlande myndigheters planering av den löpande organisationen är höga. Den upphandlande myndigheten förutsätts redan i det brådskande skedet planera för behov framöver.⁵³

Exempelvis uttalade EU-kommissionen under 2015 att asylkrisen samma år var tillräckligt oförutsebar för att synnerlig brådska skulle kunna tillämpas. Den kraftiga ökningen av asylsökande i EU var en omständighet som inte kunde förutses av upphandlande myndigheter.⁵⁴ Vidare konstaterade EU-kommissionen i en vägledning att covid-19-krisen skapade synnerlig och oförutsägbar brådska. Andelen covid-19-patienter som behövde läkarvård ökade drastiskt vilket betraktades som oförutsebart.⁵⁵

HFD fastslog i HFD 2017 ref. 66 att ett regeringsbeslut om att en myndighet vid en viss tidpunkt ska starta sin verksamhet inte var en oförutsedd omständighet så som avses vid synnerlig brådska. Domstolen framhöll att beslutet satt myndigheten under press men att detta inte berättigade avsteg från föregående annonsering.⁵⁶ Vidare kan inte heller tidsfrister uppsatta av regionala myndigheter eller den upphandlande myndigheten själv utgöra grund för synnerlig brådska.⁵⁷

Enligt EU-domstolen föreligger inte synnerlig brådska om en upphandlande myndighet länge känt till de omständigheter som gör upphandlingen nödvändig. Exempelvis ansåg inte EU-domstolen i domen Kommissionen mot Italien att synnerlig brådska förelåg vid en lavinfara då myndigheten haft kännedom om risken för laviner i tre månader innan de påbörjade

⁵³ Peedu (2016) s. 271–275.

⁵⁴ Peedu (2016) s. 272.

⁵⁵ EU-kommissionens meddelande ”Vägledning från Europeiska kommissionen om användningen av reglerna om offentlig upphandling i nödsituationen i samband med covid-19-krisen”, 2020/C 180 I/01, EUT C 108I, 1.4.2020 s. 1–5.

⁵⁶ HFD 2017 ref. 66.

⁵⁷ Sundstrand (2020) s. 21–22.

entreprenaden.⁵⁸ Vidare ansåg EU-domstolen i domen *Kommissionen mot Spanien* att en upphandling av en byggentreprenad i Madrid på grund av tillströmning av nya studenter inte var tillräckligt för att åberopa synnerlig brådska eftersom ökningen av studenter var känd sedan flera år tillbaka.⁵⁹

3.3.3 Omöjligt att följa tidsfristerna för ett sedvanligt förfarande

Ett av rekvisiten för direktupphandling vid synnerlig brådska är enligt 19 a kap. 5 § 1 LOU att det inte är möjligt att genomföra en annonspliktig upphandling enligt 19 kap. LOU. Direktupphandling vid synnerlig brådska ska tillämpas när det inte är möjligt att hålla de tidsfrister som gäller för ett sedvanligt förfarande.⁶⁰ I 19 kap. LOU finns en omfattande reglering av upphandlingsförfarandet. Exempelvis finns krav på föregående annonsering och krav på att leverantörer ska ges skälig tid att inkomma med anbud.⁶¹ Huruvida tidsfristerna som gäller i ett sedvanligt förfarande är tillräckliga måste bedömas i det enskilda fallet. Synnerlig brådska får aldrig tillämpas om det tar längre tid än vad ett sedvanligt förfarande hade gjort.⁶²

3.3.4 Anskaffningen är absolut nödvändig

Av 19 a kap. 5 § 1 LOU framgår att ett rekvisit för direktupphandling vid synnerlig brådska är att anskaffningen av det som upphandlas är absolut nödvändigt. EU-kommissionen fastslog i en vägledning att det ska röra sig om ett omedelbart behov. Vidare ska direktupphandlingen åtgärda en temporär brist tills den upphandlande myndigheten hittar stabila lösningar.⁶³ Synnerlig brådska kan därför inte åberopas vid avtal som ska löpa under flera

⁵⁸ C-107/92 *Kommissionen mot Italien*, EU:C:1993:344.

⁵⁹ C-24/91 *Kommissionen mot Spanien*, EU:C:1992:134.

⁶⁰ Prop. 2015/16:195 del 2 s. 999.

⁶¹ 19 kap. 6 § LOU; 19 kap. 11 § LOU.

⁶² EU-kommissionens meddelande ”Vägledning från Europeiska kommissionen om användningen av reglerna om offentlig upphandling i nödsituationen i samband med covid-19-krisen”, 2020/C 180 I/01, EUT C 108I, 1.4.2020 s. 1–5.

⁶³ EU-kommissionens meddelande ”Vägledning från Europeiska kommissionen om användningen av reglerna om offentlig upphandling i nödsituationen i samband med covid-19-krisen”, 2020/C 180 I/01, EUT C 108I, 1.4.2020 s. 1–5.

är eller berör bestående situationer.⁶⁴ Dessutom får avtalet inte vara mer omfattande eller långvarigt än vad situationen kräver.⁶⁵ Som absolut nödvändigt avses exempelvis skydd för allmän säkerhet, allmän ordning och allmän hälsa. Vidare omfattar absolut nödvändighet människors och djurs liv och hälsa. Exempel på saker som ansetts absolut nödvändiga i svensk praxis är fritidshem, skolskjuts och livsmedel till skolor.⁶⁶

HFD ansåg i HFD 2019 ref. 65 att det är anskaffningen i sig, dvs. kontraktsföremålet, som ska vara absolut nödvändigt. Vidare konstaterade HFD att direktupphandling p.g.a. synnerlig brådska endast får åberopas då trängande behov redan har uppstått eller kan förväntas uppstå inom kort.⁶⁷

3.3.5 Kausalitet

För att 19 a kap. 5 § 1 LOU ska vara tillämplig krävs ett orsakssamband mellan brådskan och den oförutsebara omständigheten. Exempelvis uttalade EU-kommissionen att det vid asylkrisen 2015 förelåg ett tydligt orsakssamband mellan ökningen av asylsökanden och kravet på att tillgodose asylsökandenas behov.⁶⁸ Vidare ansåg EU-kommissionen att det fanns en tydlig kausalitet mellan covid-19-pandemin och behovet av hälso- och sjukvård.⁶⁹ Orsakssambandet mellan behovet av viss vara eller tjänst och inträffad händelse måste sannolikt vara direkt. Behovet uppstår inte förrän händelsen har inträffat eller är på väg att inträffa. Dessutom ska upphandlingen inte täcka behov som uppstår efter att händelsen upphört.⁷⁰

⁶⁴ Sundstrand (2020) s. 25.

⁶⁵ Wendelsson och Sällfors (2021) s. 54.

⁶⁶ Sundstrand (2020) s. 26.

⁶⁷ HFD 2019 ref. 65 p. 46–47.

⁶⁸ Peedu (2016) s. 273.

⁶⁹ EU-kommissionens meddelande ”Vägledning från Europeiska kommissionen om användningen av reglerna om offentlig upphandling i nödsituationen i samband med covid-19-krisen”, 2020/C 180 I/01, EUT C 108I, 1.4.2020 s. 1–5.

⁷⁰ Sundstrand (2020) s. 28.

3.4 Kontrollfunktioner för direktupphandling

Om en upphandlande myndighet agerar i strid med upphandlingsreglerna kan leverantörer ansöka om överprövning och Konkurrensverket kan ansöka om upphandlingsskadeavgift.⁷¹

3.4.1 Överprövning av direktupphandling

Allmän förvaltningsdomstol kan enligt 20 kap. 4 § 1 LOU överpröva en upphandling om en leverantör som anser sig ha lidit skada eller kunna komma att lida skada ansöker om prövning. Av 20 kap. 6 § LOU framgår att domstolen då kan besluta att upphandlingen ska göras om eller rättas till. Däremot får en upphandling enligt 20 kap. 6 § andra stycket LOU inte överprövas efter det att avtal ingåtts mellan en leverantör och myndigheten. Då kan leverantören i stället begära att avtalet ogiltighetsförklaras enligt 20 kap. 4 § 2 LOU.⁷² En upphandlande myndighet kan vid direktupphandling välja att frivilligt annonsera upphandlingen och då inträder en avtalsspärr på tio dagar då utomstående leverantörer som anser sig lidit skada eller kan komma att lida skada kan ansöka om överprövning av myndighetens tilldelningsbeslut.⁷³ När avtalsspärren löpt ut kan kontraktet inte ogiltigförklaras. En annonsering garanterar avtalets orubblighet och ökar leverantörers insyn.⁷⁴ Om den upphandlande myndigheten däremot väljer att inte annonsera direktupphandlingen inträder ingen avtalsspärr och avtal kan ingås med leverantören direkt. Då hinner utomstående leverantörer inte ansöka om överprövning av upphandlingen men avtalet kan alltid ogiltigförklaras.⁷⁵ Vidare stadgas i 20 kap. 14 § LOU att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet är uppfyllda om det kan motiveras med

⁷¹ Lindahl Toftegaard (2020) s. 211.

⁷² Prop. 2021/22:5 s. 177.

⁷³ 19 a kap. 9 § LOU; 20 kap. 3 § LOU.

⁷⁴ Lindahl Toftegaard (2020) s. 208.

⁷⁵ Prop. 2021/22:5 s. 135.

tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Detta avser exempelvis skydd för människors liv, skydd för folkhälsan, konsumentskydd och miljöskydd.⁷⁶

Om inte en olovlig direktupphandling skett är det svårt att sanktionera en överträdelse av upphandlingsprinciperna. Om den upphandlande myndigheten inte annonserar upphandlingen hinner inte leverantörer överklaga tilldelningsbeslutet och överprövning av avtalets giltighet är enligt 20 kap. 13 a § LOU begränsat till avsaknad av direktupphandlingsgrund.⁷⁷ Inför revideringen av LOU som trädde i kraft 2022 diskuterades om det skulle införas en möjlighet att ogiltigförklara avtal p.g.a. att upphandlingsprinciperna ej följts. Regeringen framhöll att det skulle innebära ökad rättssäkerhet för leverantörer men att intresset av effektivitet och kontinuitet väger tyngre.⁷⁸

3.4.2 Upphandlingsskadeavgift

Konkurrensverket utövar tillsyn över offentliga upphandlingar.⁷⁹ I 21 kap. 1–2 §§ LOU stadgas att om en upphandlande myndighet ingår ett kontrakt med en leverantör utan föregående annonsering när det är förbjudet, s.k. otillåten direktupphandling, får Konkurrensverket ansöka om att myndigheten ska betala en upphandlingsskadeavgift. Vidare kan upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § LOU utdömas om ett avtal får bestå p.g.a. tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Till skillnad från vid överprövning finns enligt 21 kap. 1 § LOU inget krav på att någon leverantör lidit skada vid upphandlingsskadeavgift. Av 21 kap. 5 § andra stycket LOU framgår att avgift inte ska utdömas i ringa fall samt att avgiften får efterskänkas om det finns synnerliga skäl. Dessutom är avtalet som ingåtts fortfarande giltigt när den upphandlande myndigheten döms att betala upphandlingsskadeavgift.⁸⁰

Syftet med upphandlingsskadeavgift är att förebygga otillåtna upphandlingar. Enligt en rapport från Konkurrensverket följer många myndigheter inte

⁷⁶ Prop. 2009/10:180 s. 362.

⁷⁷ Lignell (2022) s. 56–57.

⁷⁸ Prop. 2021/22:5 s. 177.

⁷⁹ 22 kap. 1 § LOU; Prop. 2021/22:5 s. 175.

⁸⁰ Falk (2020) s. 478.

upphandlingsreglerna. Dessutom finns sannolikt ett stort mörkertal av otillåtna upphandlingar som aldrig kommer till Konkurrensverkets kännedom.⁸¹

⁸¹ Prop. 2009/10:180 s. 181–182.

4 Rättssäkerhet

4.1 Inledning

Rättssäkerhet är ett mångtydigt begrepp som kan definieras på ett flertal olika sätt.⁸² I följande avsnitt finns en redogörelse för några teorier om vad rättssäkerhet innebär och slutligen en definition av vad jag avser med rättssäkerhet i denna uppsats.

4.2 Teorier om rättssäkerhet

Aleksander Peczenik, professor i allmän rättslära, menar att rättssäkerhet innebär krav på förutsebarhet. Det är viktigt att det är möjligt att göra prognoser för sitt framtida handlande och att det finns en enhetlighet i beslutsfattandet.⁸³ Vidare anser Peczenik att förutsebarhet uppnås genom att beslut har förankring i rättsnormerna, vilket ofta består av lagstöd. Fortsättningsvis framhåller Peczenik att detaljerad lagstiftning tenderar att ha hög förutsebarhet men sakna möjlighet att beakta etiska hänsyn. Generalklausuler kan i stället beakta fler omständigheter men det finns en risk att besluten blir svåra att förutse.⁸⁴ Vidare skiljer Peczenik mellan formell och materiell rättssäkerhet. Peczenik menar att materiell rättssäkerhet är en avvägning mellan olika etiska värden och förutsebarhet. Exempel på etiska värden är rätten till domstolsprövning och rätten till en oavhängig domstol. Peczenik framhåller att formell rättssäkerhet utgörs av förutsebarhet och att förutsebarheten kan behöva ge vika i en avvägning mot andra etiska värden.⁸⁵

Josef Zila, professor i straffrätt, håller med Peczenik och menar att rättssäkerhet innefattar förutsebarhet och enhetlighet i rättsliga beslut. Vidare inbegriper rättssäkerhetsbegreppet enligt Zila ett krav på att den offentliga makten utövas under lagarna. Fortsättningsvis framhåller Zila att det i svensk litteratur förekommer en skiljelinje mellan de som anser att rättssäkerhet endast handlar om individens rättsliga garantier gentemot den offentliga

⁸² Frändberg (2000) s. 269.

⁸³ Peczenik (1988) s. 17.

⁸⁴ Peczenik (1988) s. 48–49.

⁸⁵ Peczenik (1995) s. 90–95.

makten och de som menar att rättssäkerhet även innefattar den offentliga maktens skyldighet att se till att rättigheter följs. Vidare lyfter Zila att rättssäkerhet kan innefatta krav på att den offentliga makten underkastar sig rättsordningens regler och att makten på något sätt kontrolleras.⁸⁶

Åke Frändberg, professor i allmän rättslära, instämmer med Peczenik och Zila i att rättssäkerhetsbegreppet innebär förutsebarhet i rättsliga situationer. Förutsebarheten innebär enligt Frändberg tydliga och pålitliga svar i rättssystemet samt skydd från godtycke. För rättssäkerhet krävs enligt Frändberg att det finns klara och adekvata regler, att reglerna är lättillgängliga för allmänheten samt att rättstillämpare följer reglerna lojalt. Däremot ifrågasätter Frändberg Peczeniks uppdelning av formell och materiell rättssäkerhet då Frändberg menar att även andra värden, som exempelvis likhet inför lagen, är formella och kan behöva ge vika för etiska värden.⁸⁷

4.3 Rättssäkerhet i denna uppsats

I denna framställning används ett rättssäkerhetsbegrepp som innebär förutsebarhet och fungerande kontrollfunktioner. Jag har valt förutsebarhet då det enligt alla författarna är grundläggande för rättssäkerheten. Vidare har jag valt fungerande kontrollfunktioner eftersom jag utifrån det författarna skrivit drar slutsatsen att fungerande kontrollfunktioner är centralt för rättssäkerheten. Exempelvis nämner Zila att rättssäkerhet kan innefatta ett krav på att den offentliga makten kontrolleras och Frändberg menar att det för rättssäkerhet krävs att rättsregler följs. Efterlevnaden tillgodoses enligt min mening med fungerande kontrollfunktioner.

⁸⁶ Zila (1990) s. 284–292.

⁸⁷ Frändberg (2000) s. 269–275.

5 Analys

5.1 Tillämpningsområdet för direktupphandling vid synnerlig brådska

Utifrån informationen i avsnitt 3.3 kan slutsatsen dras att kraven är höga för att tillämpa direktupphandling vid synnerlig brådska. För att brådskan inte ska kunna tillskrivas eller förutses av den upphandlande myndigheten krävs att det rör sig om extraordinära omständigheter. Dessutom ställs höga krav på den upphandlande myndighetens planering. Praxis från HFD och EU-domstolen tyder på en restriktiv tillämpning av rekvisitet. Vad gäller möjligheten att hålla tidsfristerna vid ett sedvanligt förfarande framgår att en bedömning måste ske i varje enskilt fall vilket tillåter en friare värdering. Rekvisitet absolut nödvändigt bedöms däremot restriktivt och anses endast uppfyllt om det rör sig om ett omedelbart behov vid en temporär brist. När det i doktrin ges exempel på vad som anses som absolut nödvändigt används dock väldigt allmänna begrepp. Exempelvis stadgas att skydd för allmän ordning och allmän hälsa är absolut nödvändigt. De vaga begreppen gör det svårt att förstå vad som krävs för att rekvisitet ska vara uppfyllt. För att tillämpa direktupphandling vid synnerlig brådska krävs även att det finns ett orsakssamband mellan brådskan och den oförutsebara händelsen. Kausaliteten ska vara direkt och förefaller enligt mig relativt lättbedömd. Sammanfattningsvis kan det konstateras att det är aningen otydligt vad som avses med direktupphandling vid synnerlig brådska men att förfarandet ska tillämpas restriktivt.

5.2 Rättssäkerheten i förfarandet

5.2.1 Vikten av rättssäkerhet

Det är essentiellt att förfarandet för direktupphandling vid synnerlig brådska är rättssäkert då offentliga upphandlingar har stor påverkan på

samhällsekonomin. Det är sannolikt lockande för upphandlande myndigheter att tillämpa direktupphandling eftersom förfarandet är flexibelt. Direktupphandlingar vid synnerlig brådska avser värden över 700 000 kronor (se avsnitt 3.2). Det rör sig alltså om stora belopp skattemedel och det är viktigt att hanteringen går rätt till. Den upphandlande myndighetens agerande påverkar både leverantörer och samhällsmedborgare. Leverantörer har ett intresse av att förfarandet är rättssäkert då det innebär en stor intäkt för dem att bli valda som leverantörer. Vidare har samhällsmedborgare ett intresse av att processen är rättssäker eftersom det är av vikt för dem att skattemedel används kostnadseffektivt och ändamålsenligt. Emellanåt förefaller det dock nödvändigt att göra en avvägning mellan rättssäkerhet och andra intressen som exempelvis effektivitet.

5.2.2 Förutsebarhet

För att ett förfarande ska vara rättssäkert måste det vara förutsebart. I sammanhanget innebär det att allmänheten och leverantörer kan förutse hur den upphandlande myndigheten kommer agera. Att tillämpningsområdet för direktupphandling vid synnerlig brådska är oklart leder till en låg förutsebarhet då det är svårt att förutse om undantaget är tillämpligt i en situation.

Vid direktupphandling vid synnerlig brådska finns inga formkrav för förfarandet mer än att kontraktet ska vara skriftligt (se avsnitt 3.1). Då förutsebarhet kännetecknas av bl.a. enhetlighet i beslutsfattande och förankring i rättsnormer får det anses vara en brist i rättssäkerheten att knappt några regler finns uppställda för förfarandet. Enligt min mening leder avsaknaden av formkrav sannolikt till att upphandlingarna går väldigt olika till samt att det är svårt för allmänheten och leverantörer att veta vad de ska förvänta sig. Detta tyder på en låg rättssäkerhet.

I begreppet förutsebarhet ligger även att godtycklighet inte ska förekomma. Vid direktupphandling vid synnerlig brådska ställs inga krav på annonsering eller konkurrensutsättning (se avsnitt 3.1). Den upphandlande myndigheten kan vända sig direkt till en leverantör, vilket öppnar upp för att den

upphandlande myndigheten kan välja sin leverantör godtyckligt. Eftersom offentliga upphandlingar utgör ett riskområde för korruption och jäv (se avsnitt 2.1) är risken att godtycklighet förekommer inte obetydlig. Exempelvis är det tänkbart att den upphandlande myndigheten gynnar ett lokalt företag eller ett företag vars ägare myndighetens anställda känner. Det finns dock krav på att den upphandlande myndigheten ska välja sin leverantör på objektiv och affärsmässig grund. Eftersom direktupphandling vid synnerlig brådska alltid överstiger 100 000 kronor finns även ett krav på skriftlig dokumentation vid upphandlingen (se avsnitt 3.1). Dokumentationen ger sannolikt incitament för den upphandlande myndigheten att välja sin leverantör på objektiv grund då allmänheten har insyn. Det kan konstateras att det finns en risk att godtycklighet förekommer vid direktupphandling vid synnerlig brådska men denna risk bör enligt mig inte överdrivas. Eventuell godtycklighet gör att skattemedel används mindre effektivt och att leverantörer blir orättvist behandlade.

Upphandlingsprinciperna gäller för direktupphandling vid synnerlig brådska och hade kunnat bidra till ökad förutsebarhet då de ställer krav på bl.a. likabehandling och öppenhet (se avsnitt 2.3). Emellertid har HFD slagit fast att det råder bred handlingsfrihet i detta avseende vilket gör det svårt att förutse hur en upphandlande myndighet kommer att tillämpa principerna i det enskilda fallet. Upphandlingsprinciperna får dock antas utgöra viss vägledning för den upphandlande myndigheten, vilket kan bidra till viss förutsebarhet. Däremot är det enligt min mening tveksamt hur väl exempelvis öppenhetsprincipen följs vid direktupphandling vid synnerlig brådska eftersom det inte finns krav på föregående annonsering. Enligt mig finns även brister vad avser likabehandlingsprincipen då en upphandlande myndighet kan vända sig till endast en leverantör. Om bara en är inblandad är det svårt att hävda att leverantörer behandlats olika. Däremot kan det ifrågasättas om inte utomstående leverantörer blivit missgynnade. Sammanfattningsvis är det enligt min bedömning svårt att hävda att upphandlingsprinciperna leder till ökad förutsebarhet.

5.2.3 Fungerande kontrollfunktioner

För att ett förfarande ska vara rättssäkert uppställs krav på fungerande kontrollfunktioner. Att både leverantörer och Konkurrensverket kan vidta åtgärder mot olovliga direktupphandlingar ökar rättssäkerheten då det blir en dubbel kontroll av de upphandlande myndigheterna. Vidare är det den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att direktupphandlingen är tillåten vilket sannolikt motiverar myndigheten att följa upphandlingsreglerna.

För överprövning av en direktupphandling vid synnerlig brådska krävs att en utomstående leverantör är aktiv och ansöker om att överprövning ska ske (se avsnitt 3.4.1). Det kan dock vara kostsamt för leverantörer att driva ärenden vilket sannolikt gör att ekonomiskt svaga leverantörer avstår. Detta tyder på en brist i kontrollfunktionerna.

Avtal får inte ha ingåtts mellan den upphandlande myndigheten och den utvalda leverantören för att överprövning ska kunna ske. Då avtal vanligen ingås direkt vid direktupphandling är möjligheterna till överprövning begränsade till de fall då den upphandlande myndigheten frivilligt annonserar upphandlingen. Även då har en utomstående leverantör dock endast tio dagar på sig att ansöka om överprövning. Möjligheten att få en direktupphandling vid synnerlig brådska överprövad förefaller enligt min bedömning därför liten. Detta visar på en brist i kontrollfunktionerna. Vidare är det i princip omöjligt att sanktionera överträdelser av upphandlingsprinciperna vid direktupphandling (se avsnitt 3.4.1) vilket enligt min mening gör upphandlingsprinciperna tandlösa.

Om en utomstående leverantör ansöker om att få avtalet mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör ogiltigförklarat finns en ventil som stadgar att avtalet får bestå om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse (se avsnitt 3.4.1). I detta allmänintresse omfattas mångtydiga värden som exempelvis skydd för miljö och konsumenter, vilket öppnar upp för att många avtal kan tillåtas. Om ett avtal får bestå p.g.a. tvingande hänsyn

till ett allmänintresse kan dock upphandlingsskadeavgift utdömas vilket kan bli ekonomiskt kännbart för den upphandlande myndigheten.

För att upphandlingsskadeavgift ska kunna utdömas krävs initiativ från Konkurrensverket. Dessutom är ansökningsen frivillig för Konkurrensverket vid otillåtna direktupphandlingar (se avsnitt 3.4.2). För upphandlingsskadeavgift uppställs inget krav på att leverantör lidit skada, vilket leder till att fler situationer omfattas. Vid beslut om upphandlingsskadeavgift finns dock en ventil som stadgar att upphandlingsskadeavgift inte ska utkrävas vid ringa fall eller om det finns synnerliga skäl. Dessutom är avtalet mellan den upphandlande myndigheten och leverantören fortfarande giltigt. Vidare är det enligt mig tveksamt om upphandlingsskadeavgiften skapar incitament att följa upphandlingsreglerna då det är myndigheten och inte personen bakom beslutet som måste betala ersättningen.

Även om kraven för att tillämpa direktupphandling vid synnerlig brådska är höga verkar kontrollfunktionerna innehålla ett flertal ventiler som gör att avtal får bestå. Ventilernas roll ska inte överdrivas men i vissa fall gör de kontrollfunktionerna tandlösa. Dessutom förutsätter kontrollfunktionerna initiativ från utomstående leverantörer eller Konkurrensverket. Ett sådant initiativ kan inte garanteras vilket tyder på svaga kontrollfunktioner och en bristande rättssäkerhet. Det kan därutöver antas att det finns ett mörkertal av otillåtna direktupphandlingar som aldrig kommer till utomstående leverantörers eller Konkurrensverkets kännedom. Höga krav och förespråkande av restriktiv tillämpning av direktupphandling vid synnerlig brådska saknar enligt mig betydelse om det inte finns fungerande kontrollfunktioner för olovliga direktupphandlingar. Ineffektiva kontrollfunktioner gör att allmänheten inte får någon garanti på att skattemedel används korrekt och leverantörer tillåts bli orättvist behandlade.

5.3 Förslag på de lege ferenda

Direktupphandling vid synnerlig brådska är viktigt för att upphandlande myndigheter i brådskande situationer ska kunna tillgodose viktiga

samhällsfunktioner. Däremot är det enligt mig tveksamt om direktupphandling vid synnerlig brådska är ett rättssäkert förfarande då det finns ett flertal brister i förutsebarheten och kontrollfunktionerna är svårtillämpade.

För att öka förutsebarheten och därmed stärka rättssäkerheten hade tydligare och mer objektiva kriterier för när en situation klassificeras som synnerlig brådska kunnat införas. Ett tydliggörande från lagstiftaren av vad som omfattas av undantaget hade därför behövts. Att Konkurrensverket regelbundet rapporterar om otillåtna direktupphandlingar med anledning av synnerlig brådska visar på att undantaget är svårtillämpat i praktiken.

Fortsättningsvis hade kraven på efterlevnad av upphandlingsprinciperna kunnat skärpas då principerna enligt mig skapar förutsebarhet. Det är i dagsläget oklart vilken roll upphandlingsprinciperna spelar vid en direktupphandling då HFD stadgat att det råder bred handlingsfrihet.

Dessutom hade det för att öka förutsebarheten kunnat ställas fler krav på förfarandet för direktupphandling vid synnerlig brådska. Exempelvis hade det kunnat införas ett krav på obligatorisk annonsering i likhet med den nu frivilliga annonseringen enligt 19 a kap. 9 § LOU. Detta hade ökat öppenheten i processen och fler leverantörer hade fått kännedom om upphandlingen. Vidare hade utomstående leverantörer fått en större chans att hinna ansöka om överprövning av tilldelningsbeslutet eftersom en avtalsspärr inträder. Ett av rekvisiten för direktupphandling vid synnerlig brådska är att tidsfristerna i 19 kap. LOU inte hinns med (se avsnitt 3.3.3). Mitt förslag avser därför endast annonsering. De övriga kraven som ställs i 19 kap. LOU bör inte bli tillämpliga. För att inte urholka syftet med direktupphandling bör det även röra sig om en enkel form av annonsering som inte gör förfarandet långsamt.

För att öka rättssäkerheten för leverantörer och samhällsmedborgare är det centralt att kontrollfunktionerna stärks. Hela regleringen riskerar enligt min mening att förlora sin legitimitet om upphandlingsreglerna inte följs i praktiken. Exempelvis hade det kunnat införas krav på att Konkurrensverket måste ansöka om upphandlingsskadeavgift vid alla otillåtna

direktupphandlingar. Vidare hade det kunnat införas en rapporteringsskyldighet för leverantörer till Konkurrensverket när direktupphandlingar utförs. Detta hade gjort Konkurrensverket uppmärksam på när direktupphandlingar sker vilket hade stärkt kontrollfunktionerna. Mot förslagen måste dock vägas att mer skattemedel hade behövt tillskjutas till Konkurrensverket för att uppfylla dessa funktioner.

Vidare hade ventilerna i lagstiftningen som låter otillåtna avtal bestå kunnat begränsas. Dock måste beaktas att ventilerna i lagstiftningen sannolikt bidrar till att sanktionerna blir proportionerliga i de enskilda fallen.

Mot en ökad rättssäkerhet måste vägas att syftet med direktupphandling vid synnerlig brådska är att kunna göra snabba köp vid brådskande situationer. Om fler formkrav införs finns en risk att syftet urholkas då förfarandet blir långsammare. Dessutom får inte byråkratin gå så långt att processen kostar mer än upphandlingens värde. Ett mer detaljerat regelverk hade stärkt rättssäkerheten men det är viktigt att nödvändiga samhällsfunktioner tillgodoses i akuta situationer. I extremt brådskande situationer kan därför rättssäkerheten behöva ge vika för andra överordnade intressen. Det måste enligt mig dock ske en rimlig balans mellan behovet av snabba åtgärder och rättssäkerhet.

5.4 Slutsats

Sammanfattningsvis var uppsatsens syfte att utreda innebörden av direktupphandling vid synnerlig brådska samt vilket utrymme upphandlande myndigheter har att tillämpa undantaget. Vidare var syftet att undersöka om förfarandet för direktupphandling vid synnerlig brådska är rättssäkert och, om inte, hur lagen borde vara för att uppnå ett rättssäkert förfarande. Slutsatsen är att direktupphandling vid synnerlig brådska har ett smalt men otydligt tillämpningsområde. Vad gäller rättssäkerheten i förfarandet för direktupphandling vid synnerlig brådska är den på det stora hela svag. Förutsebarheten i förfarandet är låg och kontrollfunktionerna är svårtillämpade. För att uppnå rättssäkerhet i förfarandet hade fler krav kunnat uppställas. Exempelvis hade det kunnat införas obligatorisk annonsering eller

krav på att Konkurrensverket ansöker om upphandlingsskadeavgift vid alla otillåtna direktupphandlingar. I extremt brådskande situationer kan dock rättssäkerheten behöva ge vika för andra överordnade intressen.

Käll- och litteraturförteckning

Källor

Offentligt tryck

Utredningsbetänkanden

SOU 2011:73 På jakt efter den goda affären – analys och erfarenheter av den offentliga upphandlingen.

SOU 2015:12 Överprövning av upphandlingsmål m.m.

SOU 2018:44 Möjligt, tillåtet och tillgängligt – förslag till enklare och flexiblare upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål.

Propositioner

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

Prop. 2015/16:195 Nytt regelverk om upphandling.

Prop. 2018/19:142 Statistik på upphandlingsområdet.

Prop. 2021/22:5 Ett förenklat upphandlingsregelverk.

Europeiska kommissionen

EU-kommissionens meddelande – Vägledning från Europeiska kommissionen om användningen av reglerna om offentlig upphandling i nödsituationen i samband med covid-19-krisen, 2020/C 180 I/01, EUT C 108I, 1.4.2020 s. 1–5.

Rättsfall

Högsta förvaltningsdomstolen

HFD 2017 ref. 66.

HFD 2018 ref. 60.

HFD 2019 ref. 65.

Europeiska unionens domstol

C-24/91 *Kommissionen mot Spanien*, EU:C:1992:134.

C-107/92 *Kommissionen mot Italien*, EU:C:1993:344.

Litteratur

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

Frändberg, Åke (2000), 'Om rättssäkerhet'. *JT* 2000/01 s. 269–280.

Lignell, Elias (2022), 'De grundläggande rättsprinciperna vid direktupphandling'. *UrT* 2/2022 s. 47–66.

Lindahl Toftgaard, Eva (2020), *Offentlig upphandling – LOU och upphandlingsprocessen*. 2 uppl., Lund: Studentlitteratur AB.

Nääv, Maria och Zamboni, Mauro (2021), *Juridisk metodlära*. 2 uppl., Lund: Studentlitteratur AB.

Peczenik, Aleksander (1988), *Rätten och förnuftet – En lärobok i allmän rättslära*. 2 uppl., Stockholm: Norstedts Förlag.

Peczenik, Aleksander (1995), *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*. Stockholm: Fritzes Förlag AB.

Pedersen, Kristian (2019), *Upphandlingens grunder – en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*. 5 uppl., Stockholm: Jure Förlag AB.

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

Sandgren, Claes (2021), *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod, argumentation och språk*. 5 uppl., Stockholm: Norstedts Juridik.

Sundstrand, Andrea (2020), 'Upphandling i tider av synnerlig brådska'. *UrT* 1/2020 s. 15–29.

Wendelsson, Daniel och Sällfors, Kristoffer (2021), 'Undantagen från upphandlingsskyldigheten'. *UrT* 2/2021 s. 35–71.

Zila, Josef (1990), 'Om rättssäkerhet'. *SvJT* 1990 s. 284–305.

Övrigt

Elektroniska källor

Konkurrensverket, <<https://www.konkurrensverket.se/sok/?query=synnerlig%20br%C3%A5dska&page=2>> (hämtad 2023-05-10).