



JURIDISKA FAKULTETEN

VID LUNDS UNIVERSITET

Vlora Makolli

När tiden är essensen -
en studie av upphandling vid
synnerlig brådska

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet

30 högskolepoäng

Handledare: Vilhelm Persson

Termin för examen: Period 2 VT2023

Innehåll

SUMMARY	4
SAMMANFATTNING	5
FÖRORD	6
FÖRKORTNINGAR	7
1 INLEDNING	8
1.1 Introduktion	8
1.2 Syfte och frågeställningar	9
1.3 Metod och material.....	10
1.4 Avgränsning	11
1.5 Disposition	12
2 DET RÄTTSLIGA RAMVERKET	13
2.1 EU:s primärrätt	13
2.2 EU-rättsliga principer	14
2.2.1 Likabehandlingsprincipen.....	15
2.2.2 Icke-diskrimineringsprincipen	16
2.2.3 Öppenhetsprincipen	16
2.2.4 Proportionalitetsprincipen.....	17
3 DET UPPHANDLINGSRÄTTSLIGA RAMVERKET	18
3.1 Upphandlingens annonseringsplikt och tidsfrister	18
3.2 Förhandlat förfarande utan föregående annonsering	19
3.3 Direktupphandling.....	21
4 TOLKNING AV SYNNERLIG BRÅDSKA	24
4.1 Förhandlat förfarande utan föregående annonsering	24
4.1.1 Omständigheter som tillskrivs den upphandlande myndigheten ..	25
4.1.2 Omständigheter som inte kan förutses	26
4.1.3 Synnerlig brådska.....	34
4.1.4 Absolut nödvändig anskaffning	39
4.1.5 Kausalitet	42

4.2	Direktupphandling.....	43
4.3	Sammanfattande reflektioner.....	44
5	OTILLÅTNA AVTAL	47
5.1	Överprövning av avtals giltighet.....	47
5.2	Otillåten direktupphandling.....	48
5.3	Tvingande hänsyn till ett allmänintresse	50
5.3.1	Översikt.....	50
5.3.2	Tolkning - avtal som inte får bestå	52
5.3.3	Tolkning - avtal som får bestå	56
5.4	Sammanfattande reflektioner.....	62
6	AVSLUTNING	64

Summary

The exception for extraordinary urgency is primarily evident through the strict interpretation by the European Court of Justice (ECJ). It's so strict that it has never been invoked in any of the Court's cases.

The fundamental rule in procurement law mandates that tenders must be advertised. This is rooted in the principles of open access for all suppliers with the intent to ensure free competition and the movement of goods and services within the EU's single market. However, exceptions to this rule do exist. In cases of extraordinary urgency, the advertisement step can be bypassed, directly awarding a contract to a supplier. Moreover, there are instances where no extraordinary urgency is present, but the public interest demands the contract be maintained.

This paper addresses the following questions:

- What criteria need to be met for the exception of extraordinary urgency to be invoked?
- Under what circumstances can a procured contract be retained even if the exception for extraordinary urgency doesn't apply?

A review of legal precedents reveals that the exception for extraordinary urgency is applied very restrictively. No case in the ECJ has indicated the circumstances under which this exception could be invoked, suggesting the requirements are stringent.

However, even if no extraordinary urgency is evident, a contract can still be preserved if the public interest demands it. This is the case in special situations when the contract is pivotal for a crucial societal function.

In conclusion, there's a need to clarify these exceptions. The aim is to ensure the interpretation and application of these exceptions are consistent, and that Swedish legal practice aligns with the intentions and interpretations of EU law regarding these exceptions.

Sammanfattning

Huvudregeln i upphandlingrätt är att upphandlingar ska annonseras. Detta grundar sig i principerna om att upphandlingar ska vara öppna för alla leverantörer att söka för att principerna om fri konkurrens och fri rörlighet av varor och tjänster i den inre marknaden ska säkerställas. Emellertid finns det undantag från denna huvudregel. Vid synnerlig brådska finns det möjlighet att frånga annonseringsskyldigheten och därmed tilldela en leverantör ett kontrakt direkt. Det finns även situationer där synnerlig brådska inte föreligger men där allmänintresset tvingar ett avtal att bestå.

Uppsatsen besvarar följande två frågeställningar:

- Under vilka förutsättningar kan undantaget om upphandling vid synnerlig brådska tillämpas?
- Under vilka omständigheter kan ett upphandlat avtal fortsätta bestå även om undantaget om synnerlig brådska inte är tillämpligt?

Genom en analys av rättspraxis visar rättsfall att undantaget om synnerlig brådska tillämpas restriktivt. I EU-domstolen finns inget rättsfall som tyder på förutsättningar då undantaget kan tillämpas. Beviskraven är alltså höga.

Utrymme ges dock när synnerlig brådska inte föreligger. Vid dessa situationer finns det ett utrymme att ändå tillåta ett avtal bestå när allmänintresset kräver det. Det gäller vid exceptionella situationer när avtalet är nödvändigt för att uppfylla ett behov av en samhällsfunktion.

Uppsatsens slutsats är att det finns ett behov av att klargöra båda dessa undantag. Detta för att säkerställa att tolkning och tillämpning av undantagen inte lämnar något utrymme för osäkerhet, och att svensk rättstillämpning stämmer överens med EU-rättens avsikter och tolkningar av undantagen

Förord

När jag nu sätter punkt för detta examensarbete står jag på tröskeln till avslutningen av juristprogrammet. Detta avslut representerar inte bara en akademisk bedrift, utan också avslutningen på ett fantastiskt äventyr fyllt med lärdomar, utmaningar och personlig utveckling.

Ett stort tack till min handledare, Vilhelm Persson, som med sin kunskap och vägledning bistått mig med värdefulla råd och synpunkter genom uppsatsens olika skeden.

Till min familj, som har visat en oerhörd förståelse och stöd när jag valt att dyka ner i böckerna i stället för att delta i familjemiddagar, semestrar och andra stunder som vi värderar högt. Er kärlek och era uppoffringar har varit en konstant källa till motivation. Faleminderit shume!

Slutligen, mitt innerliga tack till KG, som alltid ser och påminner mig om den styrka och storhet jag bär inom mig, särskilt under de stunder då jag inte ser det själv.

Lund, augusti 2023

Vlora Makolli

Förkortningar

EU	Europeiska unionen
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
EU-fördraget	Fördraget om Europeiska unionen
EUf-fördraget	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
EUT	Europeiska unionens officiella tidning
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
Kommissionen	Europeiska kommissionen
LOU	Lag (2016:1145) om offentlig upphandling
LUF	Lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna
Prop.	Proposition till riksdagen
SOU	Statens offentliga utredningar
Upphandlingsdirektivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG

1 Inledning

1.1 Introduktion

Offentliga verksamheter i Sverige förvärvar varor och tjänster genom upphandlingar till ett årligt värde av över 800 miljarder kronor, vilket motsvarar nästan en sjättedel av Sveriges BNP. Dessa upphandlingar innebär en betydande ekonomisk interaktion mellan den offentliga och den privata sektorn och involverar omfattande resurser.¹

Syftet med de upphandlingsrättsliga direktiven är att främja den fria rörligheten och konkurrensen på marknaden.² En sund konkurrens gynnar både upphandlande myndigheter och företagen på marknaden. Genom att öka konkurrensen får upphandlande myndigheter tillgång till såväl ett större antal lösningar som lösningar till lägre kostnader och bättre kvalitet. En indikator på konkurrensnivån kan vara antalet inkomna anbud per upphandling. Ju fler anbud som lämnas in, desto mer främjas konkurrensen.³

Emellertid finns det möjligheter för upphandlande myndigheter att frånga konkurrensen enligt bestämda undantag. Detta är möjligt antingen via en *s k upphandling utan föregående annonsering* eller en *direktupphandling*. Vid tillämpning av dessa undantag upphör kravet för upphandlande myndigheter att offentligt annonsera upphandlingen och i stället ges möjlighet att direkt tilldela ett kontrakt till en valfri leverantör.⁴ Vid sådana situationer har upphandlande myndigheter ett utrymme för skönsmässiga bedömningar i jämförelse med de mer reglerade förfaranden som tillämpas vid ordinarie upphandlingar.

Denna typ av förfarande, jämfört med ordinarie förfaranden, innebär betydligt mindre tidsbörda och administrativt arbete. Vid annonserade upphandlingar krävs normalt sett en längre framförhållning på 65 dagar för anbudsinlämning och utvärdering av anbud. Om upphandlingen skulle bli föremål för överprövning tar det i genomsnitt ytterligare 2,8 månader för handläggning av ärendet i förvaltningsrätten.⁵ I synnerhet vid akuta situationer blir denna typ av förfarande ett relevant alternativ då det sällan är möjligt att tillämpa annonserade upphandlingsförfaranden. Genom att genomföra en *upphandling utan föregående annonsering vid synnerlig brådska* eller *direktupphandling vid synnerlig brådska* kan myndigheter snabbare och smidigare tillgodose sina behov. I praktiken kan både direktupphandling och förhandlat förfarande utan föregående annonsering anses vara likvärdiga då båda möjliggör en direkt

¹ Upphandlingsmyndigheten “Nationella upphandlingsrapporten” 2023, s. 6.

² Direktiv 2014/24/EU, beaktandesats 1.

³ Prop. 2015/16:195 s. 292 & Upphandlingsmyndigheten 2023, s. 43.

⁴ Upphandlingsmyndigheten, “Förhandlat förfarande utan föregående annonsering”

⁵ Konkurrensverket 2021, s 10.

tilldelning av kontrakt till en specifik leverantör utan att genomgå en fullständig konkurrensutsättning genom offentlig annonsering.⁶

Ett av de undantag som återopas oftast av upphandlande myndigheter är just undantaget om synnerlig brådska.⁷ Samtidigt anses otillåtna direktupphandlingar vara en av de allvarligaste överträdelserna av unionsrätten på upphandlingsrätten på grund av att den medför allvarliga konsekvenser för konkurrensen och den fria rörligheten.⁸

En ökad användning av undantaget kan innebära en minskning av andelen annonserade upphandlingar. Under år 2022 minskade de annonserade upphandlingarna med knappt 7 procent jämfört med år 2021.⁹ Direkttilldelning av kontrakt har fått kritik från leverantörer. Den huvudsakliga grunden för kritiken är att ökade möjligheter för direkttilldelningar av kontrakt kan cementera befintliga avtalsrelationer och begränsa andra företags möjligheter att komma in på den offentliga marknaden. Detta leder till en försämrad konkurrenssituation, bristande transparens och ökad risk för korruption.¹⁰

Mot bakgrund av det förhållande mellan det faktum att undantaget återopas oftast och är samtidigt en av de allvarligaste överträdelserna av unionsrätten, är det av betydelse att undersöka förutsättningarna under vilka direkttilldelning av kontrakt kan tillämpas vid synnerlig brådska samt under vilka förutsättningar sådana kontrakt kan bestå trots att synnerlig brådska inte föreligger.

1.2 Syfte och frågeställningar

Denna uppsats har som huvudsakligt syfte att, genom en analys av unionsrättsliga och nationella rättskällor, undersöka tolkningsutrymmet och tillämpningen av undantaget för synnerlig brådska genom en analys av både unionsrättsliga och nationella rättskällor. Studien fokuserar på upphandlingar utan föregående annonsering vid synnerlig brådska med värden som överstiger tröskelvärdena för direktupphandling. Studien kommer också att beröra direktupphandling vid synnerlig brådska med värden som understiger tröskelvärdena. Vidare kommer studien även att undersöka under vilka omständigheter som ett upphandlat avtal kan bestå trots att undantaget om synnerlig brådska inte är tillämpligt.

Mot bakgrund av syftet ska uppsatsen behandla följande frågeställningar:

⁶ Wendelsson & Sällfors 2021, s 59.

⁷ Wendelsson & Sällfors 2021, s 54.

⁸ Art.3 p.3 EU-fördraget. Prop. 2009/10:180 s 197.

⁹ Upphandlingsmyndigheten, "Färre offentliga upphandlingar annonseras".

¹⁰ Prop. 2021/22:5, s 164.

- Under vilka förutsättningar kan undantaget om upphandling vid synnerlig brådska tillämpas?
- Under vilka omständigheter kan ett upphandlat avtal fortsätta bestå även om det undantaget om synnerlig brådska inte är tillämpligt?

1.3 Metod och material

För att besvara frågeställningarna och uppfylla syftet kommer uppsatsen utgöra en rättsvetenskaplig undersökning utifrån den rättsdogmatiska metoden med målet att rekonstruera en systematiserad bild av gällande rätt – *de laga lata*.¹¹ Metoden är ett sätt att genom beskrivning, systematisering, analys och tolkning av rättsliga normer ge klarhet i det aktuella rättsläget. Detta görs genom en noggrann granskning av vedertagna rättskällor såsom lagstiftning, förarbeten, rättspraxis och doktrin.¹²

Med anledning av att upphandlingsområdet är direktivstyrt och tillämpas både i EU-domstolen och den svenska rätten, är interaktionen nivåerna däremellan av betydande vikt klagörande av den gällande rätten. EU-rätten är överordnad den nationella rätten och har företräde. Ett EU-rättsligt perspektiv på den rättsdogmatiska metoden – *den EU-rättsliga metoden* – innebär att de rättskällor som används för att fastställa gällande rätt är primärrätten som utgörs av EU:s fördrag och sekundärrätten som består av direktiv, förordningar, beslut, allmänna rättsprinciper och EU-domstolens praxis. Även doktrin kommer att användas för att skapa en förståelse av rättsläget.¹³ EU-rättens natur skiljer sig från den svenska rättskällevärdet genom att det ges stor betydelse åt rättspraxis och allmänna principen. I EU-rätten har EU-domstolens praxis en framträdande roll och detta återspeglas genom omfattande referenser till tidigare rättsfall i EU-domstolens avgöranden.¹⁴

Uppsatsen kommer att främst fokusera på direktiv 2014/24/EU¹⁵ och dess tillämpning inom området för synnerlig brådska. Direktivet antogs i februari 2014 och gäller fortfarande. De första direktiven om offentlig upphandling antogs år 1970 med syfte att skapa en transparens kring offentliga kontrakt. Under efterföljande år har en rad nya direktiv inom området för offentlig upphandling antagits i syfte att harmonisera den inre marknaden och därigenom främja en förbättrad konkurrens vid offentliga upphandlingar genom att skapa lika möjligheter för företag verksamma i den inre marknaden att delta i anbudsproceduren.¹⁶ Enligt artikel 288 FEUF är direktiv bindande för varje

¹¹ Sandgren 2018, s 45.

¹² Hellner 2001, s 24. Kleineman 2018, s 21. Jareborg 2004, s 8.

¹³ Hettne & Otken Eriksson 2011, s 24.

¹⁴ Bernitz & Kjellgren 2014, s 194f.

¹⁵ Direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

¹⁶ Steinicke & L Vesterdorf 2019, s 320f.

medlemsstat som den är riktat till när det gäller det önskade resultatet som ska uppnås. Det är emellertid upp till de nationella myndigheterna att bestämma den specifika formen och tillvägagångssättet för att genomföra direktivet. I Sverige har direktivet implementerats i Lagen om offentlig upphandling (härefter LOU) vilken kommer att behandlas i uppsatsen med tillhörande förarbeten, rättspraxis och doktrin.

I denna uppsats är doktrin av stor betydelse eftersom den erbjuder vetenskapliga analyser och tolkningar av rätten. Detta blir särskilt viktigt för att täcka den kunskapslucka som finns inom upphandlingsrätten där det finns få domstolsavgöranden att tillgå. Särskilt relevant är det inom området som behandlar synnerlig brådska där det finns få och äldre avgöranden från EU-domstolen samt enstaka fall från Högsta förvaltningsdomstolen. Av samma skäl har jag ägnat särskild uppmärksamhet åt flera kammarrättsavgöranden på grund av att de, trots att de inte har prejudicerande verkan, är ändå relevanta att diskutera fram till dess att Högsta förvaltningsdomstolen avkunnar en dom. Kammarrättsavgöranden beaktas eftersom de belyser hur begreppet synnerlig brådska tolkas och tillämpas i praktiken. Genom detta kan vi få en djupare förståelse för de aktuella rättsliga frågorna som rör synnerlig brådska och möjliga argumentationslinjer inom området. Med detta sagt är det nödvändigt att analysera kammarrättsavgöranden med vid försiktighet i relation till vad som är gällande rätt.

1.4 Avgränsning

Först och främst förutsätter uppsatsen att läsaren har grundläggande kunskaper i upphandlingsrätt. Detta innebär att någon grundläggande information om upphandlingsrätten kommer inte att ges. Endast den information som är nödvändig för uppfyllandet av uppsatsens syfte och besvarandet av frågeställningarna kommer att redogöras för.

I denna uppsats är frågeställningarna tydligt definierade och fungerar som ram för ämnet som kommer att behandlas. Uppsatsen kommer främst att utgå ifrån direktiv 2014/24/EU och lag (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Trots att en ingående redogörelse för bestämmelserna i lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF) och lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK) inte har gjorts så innebär det inte att de inte aktualiseras i några av de rättsfall som har analyserats i uppsatsen. Då synnerlig brådska även regleras i 6 kapitel 8 § LUF och 15 kapitel 6 § LUK är stora delar av resonemang applicerbara även i LUF och LUK.

Uppsatsen kommer inte att gå in på förhandlade förfaranden utan föregående annonsering på grund av andra skäl än de om synnerlig brådska. Exempelvis är tekniska skäl eller konstnärliga skäl inte av relevans för uppsatsen. Upp-

satsen kommer heller inte att beröra konsekvenserna av en otillåten upphandling såsom offentligrättsliga sanktioner, upphandlingskadeavgift eller leverantörers rätt till skadestånd. Detta är i och för sig ett sätt för lagstiftaren att kompensera för undantagets tillämpning och därmed avvika från annonseringsskyldigheten och hade varit relevant i relation till principerna och hur dessa upprätthålls genomgående i upphandlingsrätten.

1.5 Disposition

Uppsatsen är indelad i sex kapitel. För att förstå vad upphandlingsrätten grundar sig på och hur undantagen som ska behandlas i uppsatsen förhåller sig till upphandlingsrättens grund, redogörs för primärrätten och EU-rättsliga principer.

I kapitel tre presenteras det upphandlingsrättsliga ramverket. I detta kapitel ges en ingående redovisning av direkttilldelningar av kontrakt genom förhandlade förfaranden utan föregående annonsering och direktupphandlingar.

I kapitel fyra besvaras den första frågeställningen gällande förutsättningarna för undantaget om synnerlig brådska och dess tillämpning. Kapitlet introducerar undantaget om synnerlig brådska och hur detta undantag har tolkats av EU-domstolen och svensk rätt i olika rättsfall. Genomgående i kapitlet diskuteras och analyseras rättsfallen i relation till varandra. I detta kapitel presenteras även direktupphandling vid synnerlig brådska. Kapitlet avslutas med sammanfattande reflektioner.

Kapitel fem besvarar den andra frågeställningen gällande när ett avtal fortsatt kan bestå trots att synnerlig brådska inte föreligger. Även här startar kapitlet med en introduktion av undantaget om tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Här definieras begreppet och tolkas mot bakgrund av EU-domstolens rättspraxis. I ett senare delavsnitt analyseras hur tvingande hänsyn till ett allmänintresse har tolkats framför allt av kammarrätterna i Sverige. Även här avslutas kapitlet med sammanfattande reflektioner.

Uppsatsen avslutas med kapitel sex som kort besvarar frågeställningarna och ger avslutande reflektioner om rättsläget.

2 Det rättsliga ramverket

För nationella offentliga myndigheter består det gemensamma rättsliga ramverket för offentlig upphandling delvis av europarättsliga och delvis av nationella regler. I följande avsnitt ska EU:s primärrätt och de grundläggande europarättsliga principerna att behandlas. Principerna som framhålls i detta avsnitt är grunden till upphandlingsrättens bestämmelser och påverkar tolkningen av dessa.

2.1 EU:s primärrätt

All EU-rätt inklusive upphandlingsrätten härleds från EU:s primärrätt som är grunden för EU:s rättsordning. Primärrätten består av EU-fördraget, EUF-fördraget, EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna samt grundläggande rättsprinciper som återfinns i EU-domstolens avgöranden. Det finns inte några specifika bestämmelser i fördragen som direkt reglerar offentlig upphandling, dock utgör EUF-fördraget den primära grunden för offentlig upphandling på europeisk nivå. De främsta bestämmelserna som är relevanta för upphandlingsområdet är artiklarna om fri rörlighet¹⁷ vilka utgör grunden för den rättsliga befogenheten för antagandet av upphandlingsdirektiven. Vidare är även artikel 18 i EUF-fördraget betydelsefull för upphandlingsområdet då den behandlar förbud mot diskriminering på grund av nationalitet.

Bestämmelserna i EU-fördraget är betydelsefulla för upphandlingsområdet av två anledningar. För det första tillämpas bestämmelserna i EU-fördraget på de upphandlingar som inte regleras av.¹⁸ För dessa typer av upphandlingar utgör EU-fördragen tillsammans med allmänna EU-rättsliga principer den rättsliga grunden.¹⁹ Det som är rättsligt intressant i denna situation är EU-rättens omfång i ett icke-direktivstyrt område. I målet *Teleaustria*²⁰ fastslog EU-domstolen att oavsett om upphandlingar omfattas av upphandlingsdirektivet är de upphandlande myndigheterna skyldiga att i allmänhet följa de grundläggande bestämmelserna i fördraget och i synnerhet följa principen om icke-diskriminering på grund av nationalitet.

För det andra tillämpas bestämmelserna i EU-fördraget på de upphandlingar som regleras av upphandlingsdirektivet. För dessa upphandlingar utgör EU-fördragen tillsammans med upphandlingsdirektivet den rättsliga grunden.²¹ Det som är rättsligt intressant i denna situation är EU-fördragets samspel

¹⁷ De relevanta bestämmelserna är art. 34 (fri rörlighet för varor), art. 45 (fri rörlighet för arbetstagare), art. 49 (etableringsrätt), art. 56 (frihet att tillhandahålla gränsöverskridande tjänster) och art. 63 (fri rörlighet för kapital). Steinicke & Vesterdorf 2018, s. 4f.

¹⁸ Steinicke & L Vesterdorf 2018, s. 5.

¹⁹ Steinicke & L Vesterdorf 2018, s. 5.

²⁰ C-324/98, *Telaustria* och *Telefonadress*, 2000.

²¹ Steinicke & L Vesterdorf 2018, s. 5.

med upphandlingsdirektivet. I målet *Dundalk*²² fastslog EU-domstolen att det faktum att den upphandlande myndigheten angav en irländsk standard som specifikation i stället för en internationell standard, utgjorde en överträdelse av artikel 34 EUF-fördraget.

2.2 EU-rättsliga principer

Inom upphandlingen måste upphandlande myndigheter iaktta vissa EU-rättsliga principer.²³ Principerna har sitt rättsliga ursprung i EU:s funktionsfördrag och har kodifierats i upphandlingsdirektivet.²⁴ För svenskt vidkommande återfinns principerna i 4 kap 1 § LOU. Principerna är följande: likabehandling, icke-diskriminering, proportionalitet, öppenhet och ömsesidigt erkännande. Uppräkningen av principerna i paragraferna är dock inte en uttömmande lista på vilka EU-rättsliga principer en upphandlande myndighet ska ta hänsyn till vid en offentlig upphandling, men dessa fem är de som har störst betydelse och som framgår i LOU.²⁵ Principen om ömsesidigt erkännande kommer dock inte att behandlas med anledning av att den inte är relevant för uppsatsens frågor.

Principerna ska gälla för upphandlingar både inom direktivens tillämpningsområde och utanför när de har införlivats i den svenska nationella lagstiftningen.²⁶ EU-domstolen har i en rad rättsfall uttalat att dessa principer ska gälla vid all offentlig upphandling.²⁷ Även i svenska förarbeten har principernas roll uppvärderats genom att där ange att principerna ska genomsyra alla delar av offentlig upphandling.²⁸ Det är främst EU-domstolen som bestämmer innebörden och tolkningen av principerna genom sina avgöranden.²⁹ Rättsprinciperna fungerar främst som riktlinjer för tolkning av förfarandebestämmelser inom upphandlingen.³⁰ Trots att en upphandling inte strider mot någon förfarandebestämmelse, kan den vara otillåten om den strider mot principerna.³¹ Målet med principerna är att säkerställa en effektiv och rättvis konkurrens om offentliga kontrakt.³²

²² C-45/87 Kommissionen mot Irland.

²³ Direktiv 2014/24/EU art. 18.1 och skäl 1. 4 kap. 1 § LOU.

²⁴ Direktiv 2014/24/EU, skäl 1.

²⁵ Sundstrand 2012, s 43.

²⁶ LOU. Jfr. HFD 2018 ref. 6.

²⁷ C-470/99 Concordia Bus, 2002. C-234/03 Contse. Jfr Arrowsmith 2014, s 883.

²⁸ Se Prop. 2006/07:128, s 153, 156.

²⁹ Bernitz & Kjellgren 2018 s 97-98.

³⁰ Sundstrand 2012, s 42.

³¹ Asplund m.fl., 2012, s 36.

³² C-21/03 Fabricom 2005, p 26-27.

2.2.1 Likabehandlingsprincipen

Likabehandlingsprincipen innebär att lika fall ska behandlas lika, och att olika fall ska behandlas olika.³³ Genom åren har principen kontinuerligt utvecklats och blivit en av de mest betydelsefulla principerna inom unionsrätten. Principen har spelat en central roll i tolkningen av EU-rätten genom att den ofta nämns och refereras till i EU-domstolens rättspraxis.³⁴ I upphandlingsrätten kommer principen till uttryck genom att samtliga leverantörer ska ges lika förutsättningar i en upphandling och att varken en positiv eller en negativ särbehandling av leverantörer får ske.³⁵ Syftet med principen är primärt att garantera att en effektiv konkurrenssituationen mellan anbudsgivare upprätthålls, så att det bästa anbudet väljs.³⁶ Principen har betydelse under hela upphandlingsförfarandet³⁷ och gäller såväl vid utarbetning, inlämnande och utvärdering av anbud i relation till de uppställda tilldelningskriterierna.³⁸

Principen är tillämplig på alla möjliga leverantörer oavsett storlek, organisationsform och liknande faktorer³⁹, under förutsättning att det inte finns *objektivt godtagbara skäl* för att behandla leverantörerna olika.⁴⁰ Objektivt godtagbara skäl som motiverar särbehandling av leverantörer är exempelvis när det är administrativt nödvändigt att göra så. Detta ska dock ha stöd i upphandlingsdirektivet. Ett exempel är förhandlat förfarande utan föregående annonsering på grund av synnerlig brådska. Denna tillåter den upphandlande myndigheten att tilldela ett kontrakt till endast en leverantör utan att konkurrensutsätta upphandlingen.⁴¹

Rent konkret innebär principen att alla potentiella anbudsgivare ska ges likvärdig tillgång till relevant information. På samma sätt måste alla anbudsgivare ha samma möjligheter att till exempel klargöra eller komplettera sina anbud, samt följa samma regler såsom kvalifikationskrav och tidsbegränsningar.⁴²

³³ Falk 2020, s 109.

³⁴ C-106/83 Sermide p. 28. Se även Reichel 2006, s 213f & Sundstrand 2012, s 43.

³⁵ C-21/03 & C-34/03 Förenade målen.

³⁶ C-243/89 Kommissionen mot Danmark, p 33 & C-496/99 Succhi di Frutta, p 110.

³⁷ C-16/98 Kommissionen mot Frankrike, p 103-109.

³⁸ C-470/99 Universale-Bau p 91. Se även Asplund m.fl., 2012, s 192. Sundstrand 2012, s. 44.

³⁹ C-357/06 Frigerio Luigi & C., p 22.

⁴⁰ C-21/03 och C-34/03 Förenade målen, p.27, p. 42. Se även Sundstrand 2012, s 43 & Hettne 2008, s 122.

⁴¹ Falk 2020, s 109f.

⁴² Falk 2020, s 110.

2.2.2 Icke-diskrimineringsprincipen

Principen innebär ett förbud mot all diskriminering av leverantörer på grund av nationalitet.⁴³ Principen har inte många skillnader med likabehandlingsprincipen. Medan likabehandlingsprincipen har ett mer omfattande tillämpningsområde för alla typer av diskriminering, omfattar icke-diskrimineringsprincipen endast diskriminering på grund av nationalitet.⁴⁴ Enligt principen ska den upphandlande myndigheten behandla leverantörer från andra orter på samma sätt som företag från den egna kommunen.⁴⁵ Det är följaktligen inte tillåtet att ge företräde åt vissa leverantörer baserat på deras geografiska områden eller att favorisera lokalt producerade varor genom att uppställa krav som uppenbart endast kan uppfyllas av leverantörer från samma ort.⁴⁶

Även indirekt diskriminering är förbjuden enligt denna princip. Det innebär exempelvis att krav på leveranstider som är oskäligt korta kan vara förbjudna om de i praktiken hindrar leverantörer från att delta i upphandlingen. Däremot kan det finnas krav som vid en första anblick kan verka ha en diskriminerande effekt, men som ändå är sakligt motiverade. Ett exempel på detta kan vara att skolmaten som ska levereras måste vara varm. Trots att detta krav kan innebära att leverantörer som inte är lokala har svårare att uppfylla det, kan det ändå finnas en saklig anledning till att kravet ställs.⁴⁷

2.2.3 Öppenhetsprincipen

Öppenhetsprincipen, även känd som transparensprincipen, innebär att upphandlingsprocesser ska genomsyras av öppenhet och förutsebarhet. Bakgrunden till principens strävan av transparens är att den möjliggör efterlevnad av principen om likabehandling och principen om icke-diskriminering. Genom principen säkerställs att upphandlingar genomförs på ett sätt som främjar konkurrens på marknaden, och möjliggör kontroll av förfarandets opartiskhet.⁴⁸

Detta innebär att öppenhet förutsätts existera när upphandlingen, dess villkor och upphandlingsförfarandet är eller kan vara tillgänglig och synlig för varje potentiell anbudsgivare. Principen handlar om öppenhet avseende två olika situationer. För det första krävs att upphandlingen publiceras eller etableras på annat lämpligt sätt, för att alla intressenter ska ha möjlighet att konkurrera om uppdraget. Detta sker genom annonsering av upphandlingar. För det andra avser öppenheten upphandlingsförfarandet och upphandlingsmyndighetens

⁴³ Med nationalitet avses medborgarskap, etableringsland eller verksamhetsland. Se prop. 2006/07:128, s 155. Pedersen 2019 s 30.

⁴⁴ Falk 2020, s 45.

⁴⁵ C-31/87 Beentjes.

⁴⁶ C-360/89 Kommissionen mot Italien & C-328/96 Kommissionen mot Österrike. Se även prop. 2006/07:128, s 155.

⁴⁷ Falk 2020, s 111.

⁴⁸ C-324/98 Telaustria och Telefonadress. Se även Sundstrand 2012, s 46 & Steinicke & L Vesterdorf 2019, s 319.

skyldighet att vara transparent med hur förfarandet kommer att genomföras.⁴⁹ Öppenhetsprincipen måste alltså följas under varje steg i upphandlingsprocessen.⁵⁰ Rent konkret innebär det att information som är relevant för upphandlingen inte får hemlighållas, att upphandlingen annonseras offentligt innan tilldelning av kontrakt och att förfrågningsunderlagen tillhandahålls så långt det är möjligt. Dessutom ska leverantörerna som har deltagit i anbuds-förfarandet informeras om resultatet av upphandlingen.⁵¹ Anbudsgivarna ska heller inte ha det svårt att förstå innebörden av de olika kriterierna i förfrågningsunderlaget.⁵²

2.2.4 Proportionalitetsprincipen

Proportionalitetsprincipen tar sikte på balansen mellan medel och mål. Att ta hänsyn till proportionalitetsprincipen innebär att upphandlande myndigheter inte ska ställa andra eller högre krav än vad som är nödvändigt för att uppnå syftet med kraven.⁵³ Åtgärderna som vidtas av medlemsstaterna ska alltså vara både nödvändiga och lämpliga, med hänsyn till det som eftersträvas.⁵⁴ De får heller inte vara oproportionerliga i förhållande till allmännyttan.⁵⁵ Det får således inte finnas andra mindre inskränkande åtgärder som kan uppnå samma resultat.⁵⁶ Upphandlingens art och värde ska beaktas och vara i proportion till villkoren för upphandlingen.⁵⁷ Högsta förvaltningsdomstolen har framfört att en bedömning baserad på proportionalitetsprincipen sker utifrån följande kriterier:

”En proportionalitetsprövning sker vanligen i tre steg. Det första innefattar frågan om åtgärden är ägnad att tillgodose det avsedda ändamålet. Det andra steget utgörs av en prövning av om den är nödvändig för att uppnå det avsedda ändamålet. Till sist bedöms om den fördel som det allmänna vinner står i rimlig proportion till den skada som åtgärden förorsakar berörda enskilda intressen”⁵⁸

⁴⁹ Steinicke & L Vesterdorf 2019, s 320f.

⁵⁰ C-87/94 Kommissionen mot Belgien, p 54.

⁵¹ Prop. 2006/07:128, s 155.

⁵² Rosén Andersson m.fl. 2020, s 266.

⁵³ C-213/07 Michaniki, p 48.

⁵⁴ Sundstrand 2012, s 49.

⁵⁵ Hartley 2010, s 151f.

⁵⁶ C-55/94 Gebhard, p 37.

⁵⁷ C-538/07 Assitur, p. 21 och 23.

⁵⁸ HFD 2016 ref. 37.

3 Det upphandlingsrättsliga ramverket

3.1 Upphandlingens annonseringsplikt och tidsfrister

Huvudregeln i ett upphandlingsförfarande är att det föreligger en skyldighet att annonsera upphandlingen innan tilldelning av kontrakt.⁵⁹ Annonsering utgör ett av de mest väsentliga stegen inom ramen för offentlig upphandling.⁶⁰ Genom annonsering ges alla leverantörer som önskar möjlighet att ansöka om eller lämna anbud.⁶¹

Med kravet på annonsering kommer också krav på tidsfrister som måste beaktas. Tidsfristerna avser den tid som leverantörer har på sig för att komma in med anbudsansökningar eller anbud och bestäms, inom vissa ramar, av den upphandlande myndigheten. Särskilt ska hänsyn tas till hur komplicerad upphandlingen är och hur lång tid som leverantörerna kan antas behöva för att ta fram konkurrenskraftiga anbudsansökningar eller anbud.⁶² Tidsfristerna är olika för olika förfaranden. Exempelvis ska tidsfristen för att komma in med anbud i ett öppet förfarande vara minst 35 dagar från den dag då annonseringen gjordes.⁶³ Tidsfristerna som anges är minimifrister och är alltså de kortaste tillåtna tiderna.⁶⁴

Om den upphandlande myndigheten har tidsbrist och inte kan följa de angivna tidsfristerna i kapitlets bestämmelser så har den möjlighet att tillämpa ett påskyndat förfarande. Ett påskyndat förfarande innebär att tiden för att inhämta anbud förkortas till mellan 10-15 dagar beroende på vilket förfarande som väljs av den upphandlande myndigheten.⁶⁵ En annan tidsfrist som bör uppmärksammas och måste beaktas är den period som infaller efter tilldelningsbeslutet, den så kallade *avtalsspärren*. Avtalsspärren är en period på 10-15 dagar då den upphandlande myndigheten inte får ingå i avtal med den vinnande leverantören och ger möjlighet till andra leverantörer att under denna tid överpröva beslutet.⁶⁶ Avtalsspärren gäller från den dag då den upphand-

⁵⁹ 10 kap. 1 § LOU.

⁶⁰ Wendelsson & Sällfors 2021, s 37.

⁶¹ Asplund m.fl. 2012, s 20.

⁶² 11 kap. 1 § LOU.

⁶³ 11 kap. 2 § LOU.

⁶⁴ Prop. 2015/16:195 s 636.

⁶⁵ 11 kap. 10 § LOU.

⁶⁶ 20 kap. 1 § LOU.

lande myndigheten skickar en underrättelse om tilldelningsbeslut till anbudsgivarna med information om vilket beslut som har fattats samt skälen till beslutet.⁶⁷

De angivna tidsfristerna utgör som nämnt minimifrister och det är vanligtvis nödvändigt med längre tid för att genomföra ett upphandlingsförfarande. Tidsfristerna varierar beroende på vilken vara eller tjänst som ska upphandlas, vilket förfarande som ska användas, kontraktets omfattning i tid och resurser, vilket resultat den upphandlande myndigheten strävar efter att uppnå samt om upphandlingen blir föremål för överprövning.⁶⁸ En rapport från Upphandlingsmyndigheten visar att under år 2019 var den genomsnittliga tiden för att lämna anbud 35 dagar medan den genomsnittliga handläggningstiden för att utvärdera anbudet var 30 dagar. Sammantaget var den totala tidsåtgången 65 dagar.⁶⁹ Det bör noteras att denna uppskattning inte tar hänsyn till tiden som krävs för planering av upphandlingen såsom framtagning av förfrågningsunderlag, framtagning av annonser samt för avtalsspärren och den tid som det kan ta vid en eventuell överprövning av upphandlingen. I en rapport från Konkurrensverket framhålls att den genomsnittliga handläggningstiden vid överprövning av en upphandling hos förvaltningsrätten är cirka 2,8 månader.⁷⁰ Under år 2020 överprövades 7,6 procent av de annonserade upphandlingarna.⁷¹ Detta tyder på att handläggningstiden är betydelsefull och bör beaktas.

3.2 Förhandlat förfarande utan föregående annonsering

Bestämmelserna om förhandlat förfarande härrör från upphandlingsdirektivet som har genomförts i LOU. Bestämmelserna är således direktivstyrda och ligger inom EU-rättens tillämpningsområde.⁷² Som huvudregel gäller bestämmelserna för offentliga upphandlingar vars värde överstiger tröskelvärdena som fastställts. För år 2023 är tröskelvärdet för upphandling av varor och tjänster enligt LOU 1 456 476 kronor för statliga myndigheter. För övriga upphandlande myndigheter är tröskelvärdet 2 236 731 kronor.⁷³

Det finns två typer av förhandlade förfaranden – förhandlat förfarande med föregående annonsering och förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Den förra, förhandlat förfarande med föregående annonsering avser det

⁶⁷ 12 kap. 12 § LOU.

⁶⁸ Prop. 2015/16:195 s. 636ff.

⁶⁹ Konkurrensverket & Upphandlingsmyndigheten 2020, s. 62.

⁷⁰ Konkurrensverket 2021, s 10.

⁷¹ Konkurrensverket 2021, s 8.

⁷² Prop. 2015/16:195 s. 300-303. För icke-direktivstyrda bestämmelser se avsnitt 3.3.

⁷³ Upphandlingsmyndigheten, ”Tröskelvärden och direktupphandlingsgränser”.

förfarande där en upphandlande myndighet bjuder in ett antal utvalda leverantörer att förhandla om deras anbud.⁷⁴ Det är dock den senare som ska behandlas i denna uppsats. Genom detta förfarande kan den upphandlande myndigheten förhandla fram ett kontrakt med en eller flera leverantörer genom direkt kontakt och utan annonsering.⁷⁵

Det förhandlade förfarandet utan föregående annonsering tillåter generellt den upphandlande myndigheten att frånga från den upphandlingsrättsliga skyldigheten att öppna upp för konkurrens. Förfarandet är därför endast tillämpligt på ett antal begränsade situationer vilka anses vara strikt nödvändiga.⁷⁶ Givet anledningarna som anges i upphandlingsdirektivet, framgår det att upphandlingsförfarandet potentiellt kan medföra negativa konsekvenser för konkurrensen och därför bör det endast tillämpas vid "mycket exceptionella omständigheter".⁷⁷ Dessa omständigheter regleras i upphandlingsdirektivet och är sådana där användningen av upphandlingsförfarande med föregående annonsering⁷⁸ inte är möjlig eller lämplig. Det kan till exempel handla om situationer när den upphandlande myndigheten på grund av skydd av ensamrätt, tekniska skäl eller konstnärliga skäl vänder sig endast till en leverantör. En annan sådan situation är den då en upphandlande myndighet inte har möjlighet följa de tidsfrister som en annonsering innebär och då behöver tilldela ett kontrakt utan annonsering på grund av synnerlig brådska.⁷⁹

Enligt upphandlingsdirektivet ges upphandlande myndigheter möjlighet att använda sig av förfarandet förutsatt att det har införlivats i nationell rätt. Medlemsstaterna har således frihet att besluta om upphandlingsmyndigheterna ska ha möjlighet att använda sig av detta förfarande och vid vilka situationer, som specificerats i upphandlingsdirektivet, förfarandet kan tillämpas.⁸⁰

EU-domstolen har fastställt två principer som ska styra tillämpningen av förfarandet. Principerna motiveras av att förfarandet avviker från de EU-rättsliga principerna om konkurrensutsättning. Den första principen är att förfarandet ska tillämpas och tolkas restriktivt.⁸¹ Den andra principen är att den upphandlande myndigheten har bevisbördan för att visa att omständigheterna som utgör skäl för tillämpning av förfarandet är tillräckliga för att omfattas av undantaget.⁸² Bevisen som tillhandahålls av den upphandlande myndigheten

⁷⁴ 6 kap. 4 § LOU. Se även Upphandlingsmyndigheten, "Förhandlat förfarande med föregående annonsering".

⁷⁵ Arrowsmith 2014, s 1061.

⁷⁶ Arrowsmith 2014, s 1062.

⁷⁷ Direktiv 2014/24/EU, p 50.

⁷⁸ Avser öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering

⁷⁹ C-340/02 Kommissionen mot Frankrike, p.37- 38, C-20/01 Kommissionen mot Tyskland, p.58.

⁸⁰ Arrowsmith 2014, s 1062.

⁸¹ C-26/03 Stadt Halle, C-340/02 Kommissionen mot Frankrike, p. 37-38 & C-28/01 Kommissionen mot Tyskland, p 58.

⁸² C-199/85 Kommissionen mot Italien, p 14. C-71/92 Kommissionen mot Spanien p. 36. C-385/02 Kommissionen mot Italien, p 19, 37.

måste vara detaljerade till sin karaktär⁸³ och innehålla dokumenterad information om anledningen till valet av förfarande. I rättsfallet *Kommissionen mot Italien* framhöll domstolen att det inte är tillräckligt att den upphandlande myndigheten anger att arbetena är komplicerade och vanskliga som ett argument för att tilldela kontraktet till en enda leverantör.⁸⁴

Förfarandet ger utrymme för upphandlande myndigheter att förhandla direkt med potentiella leverantörer genom att kraven på offentliggörande, tidsfrister, ett minimiantal tillfrågade kandidater och andra krav slopas helt. Kommissionen pekar på i sin vägledning att inga delar av förfarandet regleras på EU-nivå och rent konkret innebär det att den upphandlande myndigheten kan genomföra en direkt tilldelning så länge det är fysiskt och tekniskt genomförbart.⁸⁵

Det finns dock ett krav i unionsrätten på att en upphandlande myndighet som genomfört ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering ska dokumentera detta i en individuell rapport var skälen till val av förfarande ska framgå.⁸⁶

3.3 Direktupphandling

Direktupphandling är det upphandlingsförfarande som är minst reglerat genom att det inte är direktivstyrt. Denna typ av upphandlingsförfarande, där värdet ligger under tröskelvärdet enligt LOU, faller under medlemsstaternas nationella exklusiva behörighet. Det innebär att det är medlemsstaterna själva som har befogenhet och ansvar att fastställa och reglera dessa upphandlingar inom sina egna nationella ramar.⁸⁷ Det huvudsakliga skälet till att dessa upphandlingar inte omfattas av EU-direktiven är att de anses vara av mindre ekonomisk vikt och därmed har en begränsad påverkan på den gränsöverskridande handeln inom EU.⁸⁸ Eftersom syftet med upphandlingsdirektivet är att främja en enhetlig och öppen marknad, är det inte nödvändigt att tillämpa samma strikta regler på direktupphandlingar.⁸⁹

Direktupphandling undantas exempelvis från formkraven som uppställs för de ordinarie förfaranden som tagits upp under avsnitt 3.2 såsom annonseringsplikt och krav på att följa tidsfrister.⁹⁰ Det enda formkrav som finns är

⁸³ C-385/02 *Kommissionen mot Italien*.

⁸⁴ C-385/02 *Kommissionen mot Italien*, p 6-56.

⁸⁵ Europeiska kommissionen 2020, s 2.

⁸⁶ 84.1 f i direktiv 2014/24/EU genomförd i 12 kap. 16 § 1 st 4 p. LOU.

⁸⁷ Prop. 2021/22:5, s. 77 f. & 81 ff

⁸⁸ Sundstrand 2012, s. 100.

⁸⁹ SOU 2018:44, s. 278. Se även HFD 2018 ref. 60.

⁹⁰ 19a kap. 1 § LOU.

att kontraktet ska vara skriftligt.⁹¹ Upphandlande myndigheter åtnjuter därmed en betydande handlingsfrihet vid direktupphandlingar.⁹² Enligt LOU åligger det den upphandlande myndigheten att utöva sin handlingsfrihet genom att antingen genomföra en konkurrensutsättning eller avstå från en sådan i samband med inköp. Om en konkurrensutsättning beslutas, kan det utföras med mindre formella krav jämfört med de förfaranden som kräver offentlig annonsering. Exempelvis kan det ske via en *frivillig förhandsinsyn* som är ett meddelande med avsikten att informera om att den upphandlande myndigheten avser att tilldela ett kontrakt.⁹³ Det finns heller ingen begränsning i möjligheten att använda muntlig kommunikation.⁹⁴ De upphandlande myndigheterna har alltså ett stort handlingsutrymme när det gäller hur konkurrensutsättningen ska ske, men handlingsfriheten begränsas av de EU-rättsliga principerna som gäller även vid direktupphandling.⁹⁵ Vidare har upphandlande myndigheter en skyldighet att besluta om riktlinjer för direktupphandling.⁹⁶ Syftet med dessa är att den upphandlande myndigheten ska se över sina rutiner och använda upphandlingar på ett strategiskt sätt. Innehållet i riktlinjerna bestäms således av den upphandlande myndigheten som har heller inget rättsligt krav på sig att följa dem.⁹⁷ Riktlinjerna kan exempelvis innehålla ställningstaganden till hur och i vilka situationer direktupphandlingar bör konkurrensutsettas, hur myndigheten ska arbeta för att tillgodose kraven på de grundläggande principerna eller hur arbetet mot korrupcion kan främjas.⁹⁸

Det finns vissa situationer som tillåter att en upphandling genomförs utan att följa ordinarie konkurrensutsettande kraven. För att använda direktupphandling måste värdet på upphandlingen vara längre än direktupphandlingsgränsen på 700 000 kronor.⁹⁹ Förfarandet kan även tillåtas vid andra situationer såsom synnerlig brådska, synnerliga skäl och vid behov till följd av en överprövningsprocess. Vid dessa fall får upphandlingens värde inte överstiga tröskelvärdet.¹⁰⁰

Utöver vad som angetts ovan, finns det ytterligare några förfaranderegler. För det fall en upphandlande myndighet har begärt in anbud från fler än en leverantör ska denne skriftligen underrätta alla deltagande leverantörer om sitt tilldelningsbeslut.¹⁰¹ Vidare finns även ett krav på dokumentation vid direktupphandlingar över 100 000 kronor. Vid bedömningen av behovet av doku-

⁹¹ 1 kap. 15 § LOU. Se även: Prop. 2021/22:5, s. 148.

⁹² Se HFD 2018 ref. 60.

⁹³ 19 a kap. 9 §. LOU. Prop. 2021/22:5, s. 171 f.

⁹⁴ SOU 2018:44, s. 365.

⁹⁵ 19 a kap. 8 § LOU. Se även: HFD 2018 ref. 60.

⁹⁶ 19 a kap. 15 § LOU.

⁹⁷ Prop. 2021/22:5, s. 173.

⁹⁸ Prop. 2013/14:133, s. 27f. Se även Forsberg 2019, s. 478f.

⁹⁹ 19 a kap. 2 § LOU. Se även: Prop. 2021/22:5, s. 149ff.

¹⁰⁰ 19 a kap. 5-6 §§ LOU.

¹⁰¹ 19 a kap. 10 § LOU.

mentation och administrativt merarbete, har lagstiftaren här bedömt att insynens värde överväger det administrativa merarbete som följer med dessa bestämmelser.¹⁰²

¹⁰² 19 a kap. 11-12 §§ LOU. Se även: prop. 2021/22:5, s. 166 ff.

4 Tolkning av synnerlig brådska

4.1 Förhandlat förfarande utan föregående annonsering

Tidsfristerna som behöver hållas vid förfaranden med föregående annonsering kan ibland skapa problem för upphandlande myndigheter som är i ett akut behov att anskaffa en produkt eller tjänst.¹⁰³ Möjligheten att använda förhandlat förfarande på grund av synnerlig brådska vid upphandlingar över tröskelvärdena finns reglerat i 6 kap. 15 § LOU. Bestämmelsen anger följande

”En upphandlande myndighet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det, på grund av synnerlig brådska som beror på omständigheter som inte kan tillskrivas och inte har kunnat förutses av myndigheten, är omöjligt att hålla de tidsfrister som gäller vid öppet eller selektivt förfarande eller vid förhandlat förfarande med föregående annonsering, och anskaffningen är absolut nödvändig.”

Det går alltså att utläsa tre rekvisit ur paragrafen som ska vara uppfyllda och som dessutom ger utrymme för tolkning. Rekvisiten är kumulativa och måste uppfyllas för att undantaget ska gälla.¹⁰⁴ Rekvisiten är följande:

- omständigheterna i fallet ska inte kunna tillskrivas och har inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten,
- det är omöjligt för den upphandlande myndigheten att hålla sig inom ramarna för tidsfristerna som gäller vid upphandlingsförfaranden med föregående annonsering, och
- anskaffningen är absolut nödvändig.

Vidare finns ett indirekt rekvisit om att det måste finnas ett orsakssamband mellan omständigheterna och det behov som anskaffningen ska uppfylla. Således ska rekvisiten uppfyllas kumulativt.¹⁰⁵

Som konstaterats i avsnitt 3.2 ska förfarande utan föregående annonsering och därmed även denna bestämmelse tolkas restriktivt¹⁰⁶ och tillämpas i undantagsfall.¹⁰⁷

¹⁰³ Arrowsmith 2014, s. 1072.

¹⁰⁴ C-275/08 Kommissionen mot Tyskland.

¹⁰⁵ C-394/02 Kommissionen mot Grekland, p. 40, C-107/92 Kommissionen mot Italien, p. 12 & C-318/94 Kommissionen mot Tyskland, p. 14.

¹⁰⁶ C-275/08 Kommissionen mot Tyskland. C-26/03 Stadt Halle p. 46.

¹⁰⁷ C-275/08 Kommissionen mot Tyskland. Europeiska kommissionen 2020, s. 2.

4.1.1 Omständigheter som tillskrivs den upphandlande myndigheten

Det första rekvisitet som ska behandlas är när synnerlig brådska ”beror på omständigheterna som inte kan tillskrivas [...] myndigheten”.¹⁰⁸ Det är få avgöranden från EU-domstolen som behandlar tolkningen av omständigheter som tillskrivs den upphandlande myndigheten.¹⁰⁹ Vad som åsyftas med ”omständigheter som inte kan tillskrivas [...] myndigheten” är att själva brådskan inte får ha orsakats av den upphandlande myndigheten utan ska ha orsakats av utomstående omständigheter som inte är hänförliga till den upphandlande myndigheten. Bristande planering är exempelvis hänförlig till den upphandlande myndigheten och anses därför vara möjlig att förutse.¹¹⁰

Fallet *kommissionen mot Tyskland*¹¹¹ handlade om en betydande ekonomiskt viktig muddringsverksamhet för regionen vilken kommissionen förde talan mot. Den upphandlande myndigheten hävdade att regeringen i Wester-Ems beviljade tillstånd för muddringsprojektet sent, vilket resulterade i att myndighetens planer för muddringen blev försenade. På grund av den fastställda tidsgränsen för muddringsarbetet inför ett kommande fartygs leverans, var myndigheten tvungen att genomföra en upphandling utan föregående annonsering. EU-domstolen bedömde dock att den omständighet att en instans, som ska godkänna ett projekt, inkommer med invändningar vilka den har rätt till, utgör en omständighet som hade kunnat förutses av den upphandlande myndigheten redan under handläggningen hos regeringen. Domstolen ansåg alltså att det som ska bedömas är om en händelse borde ha kunnat förutses av myndigheten och inte om myndigheten faktiskt förutsåg den. Det senare är irrelevant i bedömningen. Den upphandlande myndigheten hade således inte rätt att genomföra upphandlingen utan föregående annonsering.

I fallet *kommissionen mot Grekland*¹¹² gjorde Grekland gällande att upphandling utan föregående annonsering var nödvändig med anledning av att det grekiska ministeriet för miljö, planering och offentliga arbeten hade uppställt tidsfrister som skulle vara omöjliga att följa. EU-domstolen tydliggjorde dock att frister som ställs upp av en annan myndighet utgör en förutsebar omständighet i förfarandet för godkännande av projektet. Omständigheten att det var nödvändigt att utföra de aktuella arbetena inom de frister som uppställts av den behöriga myndigheten för miljökonsekvensbedömningar ansågs inte utgöra synnerlig brådska. Den upphandlande myndigheten hade alltså kunnat annonsera upphandlingen före förfarandet med miljökonsekvensbedömning dvs. cirka 3 år innan fristerna som fastställts av ministeriet hade löpt ut.

¹⁰⁸ LOU 6 kap. 15 §.

¹⁰⁹ Sundstrand 2020, s 19.

¹¹⁰ Prop. 2006/07:128 s. 327. Se även Peedu 2016, s. 271.

¹¹¹ C-318/94 Kommissionen mot Tyskland.

¹¹² C-394/02 Kommissionen mot Grekland.

Ytterligare ett avgörande från EU-domstolen som behandlar frågan om omständigheter kan tillskrivas eller vara hänförliga till myndigheten är *kommissionen mot Italien*¹¹³. I fallet gjorde Italien gällande att det var brådskande att färdigställa arbeten för att undvika en ökning av risken för översvämning på grund av ofullbordade arbeten. EU-domstolen fastställde i sitt avgörande att den upphandlande myndigheten hade tilldelat kontrakt avseende arbete för skydd mot översvämningar till samma leverantörer sedan tiotals år tillbaka. Vidare var det redan planerat från början att arbetet skulle genomföras i flera etapper medan finansiering blev tillgänglig. Mot bakgrund av det, fastslog domstolen att eventuell brådska var hänförlig till den egna organisationen inte externa omständigheter. I och med den slutsatsen var undantagsbestämmelsen inte tillämplig.

Även i Sverige har HFD dömt i fråga om tolkningen av rekvisitet. Fallet gällde regeringen som i november år 2010 beslutade att tillsätta en utredare med uppdraget att förbereda bildandet av en ny myndighet, Statens servicecenter. Ett år senare fattade regeringen beslutet att utredare skulle vidta nödvändiga åtgärder för att myndighetens verksamhet skulle sätta igång redan efter 7 månader, den 1 juni 2012. Den 30 maj 2012 gav utredaren i uppdrag till revisions- och konsultföretaget PwC, genom direktupphandling utan föregående annonsering, att sköta verksamheten på grund av att personal för att öppna upp verksamheten saknades. HFD hävdade dock att brådska att ha personal på plats senast den 1 juni 2012 uppstod på grund av regeringens beslut som tog med för kort varsel. Ett sådant beslut beror inte på en oförutsedd omständighet som inte kan tillskrivas regeringen, utan det beror på regeringen. Mot bakgrund av detta utgör omständigheterna inte tillräckligt starka skäl för att fallet ska falla under undantagets tillämpning.¹¹⁴

Utifrån ovan rättsfall kan konstateras att beslut från regeringen om att vissa tidsfrister ska följas eller handläggningsfördröjningar från myndigheter är inte att anses vara omständigheter som inte kan tillskrivas den upphandlande myndigheten.

4.1.2 Omständigheter som inte kan förutses

Det andra rekvisitet att beakta handlar om vilka omständigheter som krävs för att anses vara ”oförutsedda av den upphandlande myndigheten” och därmed omfattas av undantaget. De situationer som har varit aktuella är krissituationer i form av olika mänskliga katastrofer såsom naturkatastrofer och flyktingvågor.¹¹⁵ Emellertid har ny praxis utvecklats av svenska domstolar, vilket ännu inte har prövats av EU-domstolen. Detta gäller specifikt situationer där upphandlande myndigheter befinner sig mitt i en överprövningsprocess och

¹¹³ C-385/02 Kommissionen mot Italien.

¹¹⁴ HFD 2017 ref. 66.

¹¹⁵ Sundstrand 2020, s 22.

därmed försätts i synnerlig brådska. Dessa två kategorier av oförutsedda omständigheter kommer att diskuteras mer utförligt i delavsnitten nedan.

4.1.2.1 *Extraordinära händelser*

Följande rättsfall handlade inte om en humanitär kris, men visar på vad som inte utgör en förutsebar omständighet. I *Kommissionen mot Spanien*¹¹⁶ skulle en fakultet tilldela ett kontrakt om utbyggnation av högskolebyggnaden. De genomförde en upphandling utan föregående annonsering och tilldelade kontraktet direkt till en leverantör med hänvisning till synnerlig brådska. Omständigheterna som låg till grund för brådskan innefattade ett ökande antal studenter tillsammans med en ny årskull, som resulterade i ett brådskande behov av utbyggnad av fakulteten. Lokalerna var helt otillräckliga för att ta emot det stora antal nya studenter som förväntades från terminsstarten. EU-domstolen kom fram till att denna omständighet inte kunde betraktas som oförutsebar då det ökande antalet elever hade varit ett långvarigt problem och att en ny årskull för terminen var en förutsebar händelse. Rättsfallet visar att en upphandlande myndighet inte kan tillämpa undantaget när inträffandet av en oförutsebar händelse kunde ha förutsetts genom analys av historiska data.

I ett annat fall *Kommissionen mot Italien*¹¹⁷ var Italien tvunget att köpa helikoptrar för att bekämpa skogsbränder och gjorde gällande att det var ett fall av synnerlig brådska. Målet avgjordes inte på sakfrågan av EU-domstolen på grund av att målet avvisades, men generaladvokaten Jacobs gjorde en intressant analys värt att ta upp. Enligt generaladvokaten var det obestridligt att omständigheten - utbrott av skogsbränder – kunde utgöra skäl för synnerlig brådska då det var en sådan extraordinär händelse som kunde skapa ett behov av brandsläckningsutrustning om de inte redan fanns tillhanda. Kommissionen argumenterade dock för att skogsbränder om sommaren är ett regelbundet återkommande fenomen i hela Sydeuropa och utgör därmed förutsebara händelser. Brådskan att inskaffa utrustning för att bekämpa dem beror därför på de italienska myndigheternas agerande och inte på oförutsebara omständigheter som kan tillskrivas någon eller något annat. Generaladvokaten Jacobs delade kommissionens uppfattning om att återkommande skogsbränder inte är att betraktas som oförutsedda händelser, men att det de vid vissa år kan öka i sådan exceptionell intensitet eller omfattning att det är motiverat att anse dem som oförutsedda. I detta fall överträffade skogsbränderna under den sommaren de värsta tänkbara prognoserna. Enligt generaladvokatens mening kan exceptionella skogsbränder på grund av anmärkningsvärda väderförhållanden inte anses vara förutsebara.¹¹⁸

¹¹⁶ C-24/91 Kommissionen mot Spanien.

¹¹⁷ C-525/03 Kommissionen mot Italien.

¹¹⁸ Generaladvokats Jacobs yttrande i C-525/03 p. 61-68. Se även Steinicke & L Vesterdorf 2019, s 437.

Praxis från EU-domstolen visar att för att omfattas av undantaget om synnerlig brådska måste omständigheterna vara extraordinära händelser. Peedu menade att undantaget ska användas vid händelser som liknar sådana vid force majeure.¹¹⁹ Utifrån ovan nämnda resonemang är villkoren för tillämpning av undantaget så stränga att även extraordinära omständigheter såsom naturkatastrofer kan vara förutsebara när de är återkommande.

I början av hösten år 2010 ökade antalet asylsökande i Sverige kraftigt. I ett fall från kammarrätten i Jönköping hade Migrationsverket tilldelat ett boendekontrakt till en leverantör genom direktupphandling utan föregående annonsering. Migrationsverket hävdade att den kraftiga asylvågen i början på hösten inte hade kunnat förutses. I första instans dömde förvaltningsrätten till nackdel för Migrationsverket med motiveringen att det rimligen måste krävas att myndigheten har en planering för den situation som inträffar om prognoserna visar fel exempelvis att prognoser om avtagande flyktingströmmar snarare är tilltagande flyktingströmmar. Kammarrätten instämde inte med förvaltningsrätten och anförde att den verksamhet som Migrationsverket bedrev med mottagande av asylsökande kan snabbt variera i omfattning och styrs av faktorer som är externa som myndigheten inte kan kontrollera. Trots att prognoser har gjorts hävdade domstolen att verksamheten ändå ska betraktas som svårplanerad. Med anledning härom dömde kammarrätten att omständigheterna i fallet omfattades av undantaget.¹²⁰ Resonemanget i detta fall överensstämmer med resonemanget som generaladvokaten Jacobs anförde i omnämnda fallet Kommissionen mot Italien. Jacobs menade i fallet att en förutsebar händelse kan bli oförutsebar om den är av sådan ökade intensitet att den blir oförutsebar. Även i föreliggande fall har vi att göra med förutsebara händelser – flyktingströmmar – som på grund av sitt tilltagande blev en oförutsebar händelse.

Bara några månader efter, i april 2011, genomförde Migrationsverket en liknande direktupphandling på grund av synnerlig brådska, som senare avgjordes i Kammarrätten i Jönköping. I detta fall dömde kammarrätten till nackdel för Migrationsverket som motiverade sin upphandling med skälet att behovet av boendeplatser kvarstod från hösten 2010 till följd av det stora antalet asylsökande. Kammarrätten hävdade dock att omständigheterna inte kan anses omfattas av undantaget då myndighetens behov av boendeplatser har under en lång tid varit större än antalet boendeplatser. Förhållandena var alltså kända under en lång tid, från hösten 2010 till våren 2011, och har vidare förutsett behovet av boendeplatser i prognoser som har presenterats till regeringen. Således har myndigheten haft möjlighet att planera för behovet. Mot bakgrund av detta dömde kammarrätten att omständigheterna denna gång inte omfattades av undantaget.¹²¹

¹¹⁹ Peedu 2016, s 270.

¹²⁰ Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2972-11.

¹²¹ Kammarrätten i Jönköping, mål nr 1181-12.

Enligt Peedu dömer domstolarna utifrån en ögonblicksbild.¹²² Det tidigare rättsfallet visar en ögonblicksbild på en myndighet som ska ta emot en ökande flyktingström och som är i brådskande behov av snabba processer, medan det senare rättsfallet visar en bild på en myndighet som har skaffat sig erfarenheter och kunskaper av tillståndet och som därmed inte kan använda sig av undantaget längre. Det avgörande tycks vara tidpunkten för upphandlingens genomförande. En händelse kan vara oförutsedd initialt, men efter lite erfarenhet, tid och kunskap om händelsen och dess utveckling är den inte lika oförutsedd längre och omfattas därmed inte av undantaget.

Möjligheten till att upphandla utan föregående annonsering under flyktingvågor i Europa stöttades även av Europakommissionen genom deras vägledning under hösten 2015. I rapporten beskrev EU-kommissionen möjligheten till att använda denna typ av upphandling då det omedelbara behovet som uppstod på grund av oförutsedda flyktingströmmar kunde utgöra händelser av synnerlig brådskande. Det var alltså den plötsliga ökningen av flyktingar som ansågs uppfylla kravet på oförutsebarhet och inte själva faktumet att flyktingar sökte skydd.¹²³

Ytterligare vägledning för att definiera omständigheter som inte kan förutses publicerades av EU-kommissionen med anledning av covid-19, I denna framkom att bristen på skyddsutrustning och andra medicintekniska medel med anledning av pandemin var ett brådskande behov som i praktiken innebar att upphandlande myndigheter behöver agera snabbt. I vägledningen konstaterades att situationen med covid-19-krisen innebar synnerlig och oförutsägbar brådskande.¹²⁴ Med anledning av detta fanns enligt vägledningen möjligheter för myndigheter att vara så flexibla som möjligt med att köpa in varor och tjänster genom att kontakta potentiella uppdragstagare och det enda som kunde begränsa en direkt tilldelning ”fysiskt eller tekniskt av faktisk tillgänglighet och leveranshastighet”.¹²⁵ Det är värt att notera att vägledningarna från EU-kommissionen inte har prejudicerande verkan och därför kan informationen inte anses vara gällande rätt. Det är emellertid en indikation till medlemsstaternas upphandlande myndigheter om att det är möjligt att använda sig av undantaget med anledning av pandemin.

4.1.2.2 *Överprövningsprocesser*

Som nämnts så har en praxis vad gäller synnerlig brådskande under situationer av överprövningsprocesser utvecklats av svenska domstolar. Denna situation uppstår när en upphandlande myndighet har genomfört en upphandling genom ett av de ordinarie förfarandena som sedan överklagas till domstolen. Detta leder till att den upphandlande myndigheten hamnar i ett läge där den

¹²² Peedu 2016, s 270.

¹²³ Europeiska kommissionen 2015, s 7ff.

¹²⁴ Europeiska kommissionen, 2020, s 1f.

¹²⁵ Europeiska kommissionen 2020, s 2.

måste genomföra en upphandling utan föregående annonsering på grund av den synnerliga brådskan.

Denna typ av situation avgjordes i högsta förvaltningsdomstolen som skapade prejudikatet om att överprövningsprocesser kan utgöra en oförutsedd omständighet. HFD 2019 ref. 65 gällde ett mål om telefonitjänster där 75 kommuner hade via Kommunförbundet Skåne genomfört under juni 2016 en upphandling om ramavtal för fast och mobil telefoni. Det befintliga ramavtalet med Telenor skulle löpa ut den 15 oktober 2017. Ramavtalsupphandlingen som genomfördes i juni 2016 tilldelades Telia och blev kort därefter föremål för överprövning i både förvaltnings- och kammarrätt. Under tiden som överprövningen pågick och tiden för det befintliga ramavtalets utgång närmade sig, genomförde de upphandlande myndigheterna i början på oktober tillfälliga upphandlingar utan föregående annonsering på grund av synnerlig brådska. Målet i detta fall handlade just om dessa upphandlingar och huruvida förutsättningarna för synnerlig brådska var uppfyllda. De tillfälliga avtalen som de upphandlande myndigheterna hade ingått i skulle gälla tills att ett ramavtal kunde avtalas. Kammarrätten anförde i sin bedömning i målet att den annonserade upphandlingen av ramavtal som påbörjades i juni 2016 skedde i tillräckligt god tid i relation till när det befintliga ramavtalet med Telenor skulle sluta gälla den 15 oktober 2017. Det är en tidsperiod på mer än 18 månader från att upphandlingen av ramavtalet påbörjades till att det befintliga ramavtalet upphörde att gälla. Att överprövningsprocessen skulle ta så lång tid var inte något som kunde förutses av de upphandlande myndigheterna och därför dömde domstolen att den brådska som uppkom i början av oktober 2017 har berott på den oförutsedda omständigheten – den utdragna överprövningsprocessen.

Flera kammarrättsavgöranden har genomgått prövning både före och efter att högsta förvaltningsdomstolens prejudikat har fastställts. Med tanke på detta kommer det som följer att fokusera på rättsfall vid synnerlig brådska med överprövningsprocessen som omständighet. Dessutom kommer analysen att granska när överprövningsprocessen kan ses som en förutsägbar omständighet och när så inte är fallet.

I ett rättsfall från kammarrätten i Stockholm¹²⁶ som skulle bedöma om synnerlig brådska hade förelegat framhölls fyra viktiga datum att ha i beaktan när man ska avgöra om den brådska som har uppstått beror på brister hos myndighetens bristande planering eller en omständighet som inte kunde förutses. I målet genomförde myndigheten en upphandling för ett ramavtal med sista anbudsdag den 11 oktober 2020 och tilldelningsbeslut den 14 oktober 2020. Den 30 november 2020 skulle det tidigare ramavtalet utgå och det nya ramavtalet behövde ingås den 1 december. Kammarrätten beslutade att sex veckor mellan tilldelningsbeslut och ramavtalets upphörande var för kort tid

¹²⁶ Kammarrätten i Stockholm, mål nr 1699-21.

då myndigheten inte beräknat tiden det tar för en överprövning av den ordinarie upphandlingen.

I ett annat rättsfall från kammarrätten i Göteborg¹²⁷ som gällde Region Skånes behov av glukosmätare och diabetesstickor överprövades en upphandling utan föregående annonsering vid synnerlig brådska. Bakgrunden till rättsfallet var att regionen hade ett ramavtal för glukosmätare och diabetesstickor som upphörde den 28 februari 2008. Innan dess genomförde regionen en upphandling för ramavtalet och tilldelningsbeslut skedde den 16 januari 2008, alltså 1 månad och 12 dagar innan det tidigare ramavtalet skulle upphöra. Upphandlingen för ramavtalet överprövades och den 10 juli 2008 kom domstolsbeslutet om att upphandlingen måste göras om. Under överprövningsprocessen genomförde regionen en upphandling utan föregående annonsering på grund av vad de ansåg som en domstolsprövning som hade dragit ut på tiden och därmed satte dem i en situation av synnerlig brådska. Domstolen bedömde dock att den uppkomna brådskan berodde på Region Skånes bristande planering då tidsrymden på sex veckor för domstolsprövning inte var tillräcklig.

I ytterligare ett rättsfall från kammarrätten i Göteborg¹²⁸ överprövades en upphandling utan föregående annonsering om skolskjuts. Bakgrunden till fallet är att den upphandlande myndigheten genomförde en upphandling via ett öppet förfarande den 6 februari 2009 med sista anbudsdag den 2 april 2009. Tilldelningen av upphandlingen skedde den 28 april 2009 och kort därefter den 6 maj överprövades detta. Den 26 maj kom domstolsbeslut om att upphandlingen skulle göras om. På grund av den tidsnöd som uppkommit för kommunen då behovet av skolskjuts behövdes till skolstart den 20 augusti 2009 och den föregående upphandlingen upphörde den 30 juni 2009, träffade den upphandlande myndigheten ett tillfälligt avtal på grund av synnerlig brådska. Kammarrätten anförde i sin dom att upphandlingar av det aktuella slaget och den omfattningen kan komma att överprövas och att det är en omständighet som anses som förutsebar för den upphandlande myndigheten, som därmed måste beakta det i sin planering av upphandlingsförfarandet. I detta fall menade kammarrätten att en tidsperiod från tilldelningsbeslut den 28 april till terminsstart dvs. knappt 4 månader innan skolskjutsen skulle vara i gång, inte var tillräckligt med tid. Synnerlig brådska berodde därmed på kommunens egen bristande planering och överprövningsprocessen var att anses som förutsägbar.

I ett mål rörande hörapparater¹²⁹ anförde kammarrätten likt i ovan rättsfall, att förekomsten av en eventuell överprövningsprocess är en omständighet som myndigheten måste räkna med och ta hänsyn till vid planering av en upphandling. I fallet skedde annonsering den 29 oktober 2009 med sista anbudsdag den 14 december 2009 och avtalsstart skulle inträffa den 15 februari

¹²⁷ Kammarrätten i Göteborg, mål nr 1403-09.

¹²⁸ Kammarrätten i Göteborg, mål nr 784-10.

¹²⁹ Kammarrätten i Göteborg, mål nr 1501-10.

2010. Detta innebär att en period mellan den 14 december till den 15 februari dvs. cirka 2 månader, ansågs heller inte tillräckligt för att överprövningsprocessen skulle anses som oförutsebar.

I ett rättsfall resonerade kammarrätten i Sundsvall¹³⁰ kring gränsen mellan vad som skulle anses som en förutsebar överprövningsprocess och en oförutsebar sådan. Kammarrätten anförde att det i praxis inte ges en entydig bild av hur lång tid en upphandlande myndighet bör avsätta för en eventuell överprövningstidsprocess. I tidigare rättsfall har domstolar beaktat tidsåtgången av en överprövningsprocess i två eller flera instanser.¹³¹ Även Konkurrensverket har yttrat sig om att den upphandlande myndigheten bör beakta tidsåtgången av överprövning i två instanser.¹³² Detta ställningstagande ändrades på grund av att hållningen ansågs vara för restriktiv.¹³³ Kammarrätten anförde i målet att utgångspunkten är att det ska anses vara tillräckligt att en upphandlande myndighet beaktar tidsåtgången för en överprövningsprocess i en instans. Vidare skulle en överprövning som översteg den genomsnittliga tidsåtgången inte anses som en omständighet som var förutsebar. Mot bakgrund av detta ställs högra krav på den upphandlande myndighetens planering och vid beräkning av tidsåtgång ska även upphandlingens art, omfattning och komplexitet beaktas. Den upphandlande myndigheten hade i fallet annonserat upphandlingen den 13 november 2018 med sista anbudsdag den 14 december och tilldelningsbeslut den 12 februari 2019. En slutlig tilldelning skulle behöva vara klar senast i maj eller i början av juni för att kunna avsätta tid för förberedelser innan avtalet skulle kunna vara i gång den 1 augusti. Tidsåtgången för en överprövningsprocess i en instans hade i genomsnitt pågått till mitten av juni från tilldelningsbeslutet den 12 februari. Detta innebär att den upphandlande myndigheten inte hade beaktat den genomsnittliga tidsåtgången för överprövningsprocessen i en instans. Med anledning härom ansågs omständigheten som en förutsebar sådan.

Kammarrätten har vidare i ett annat rättsfall¹³⁴ där den upphandlande myndigheten gjorde en beräkning för att visa att ett annat förfarande inte var tillämpligt, angett att det endast är den genomsnittliga handläggningstiden i förvaltningsrätten på 3,9 månader som ska beaktas i tidsåtgången. Den upphandlande myndigheten hade nämligen beaktat längre tid på cirka 7 månader för att de ansåg att man måste ta hänsyn till att mål överprövas till fler instanser och att den kortaste handläggningstiden för överprövningsprocesser har varit sju månader i de domstolar som eventuellt skulle pröva deras mål. Kammarrätten invände med att framhålla att en myndighet ska utgå från den nationella

¹³⁰ Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 1480-20.

¹³¹ Jämför bl.a. Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 1943-14 och Kammarrätten i Göteborg, mål nr 5455-09.

¹³² Se t.ex. Kammarrätten i Göteborgs mål nr 784-10.

¹³³ Konkurrensverket "Överprövningsutredningens betänkande Överprövning av upphandlingsmål m.m. (SOU 2015:12)".

¹³⁴ Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2308-21.

genomsnittstiden för en överprövning i första instans och inte utgå från genomsnittliga överprövningstider i specifika domstolar. Detta för att skapa en enkel och mer objektiv tillämpning av tolkningen.

Ovan rättsfall visar att ett tidsutrymme på 4 månader mellan tilldelningsbeslut och den tidpunkt som avtalet behövdes antingen slutligt tilldelas till en leverantör så att den kan förbereda inför drift eller faktiskt sätta i gång behöver vara mer än 4 månader. Då ovan rättsfall visar att 3,9 månader är den genomsnittliga tiden för en överprövning i första instans (för år 2019) ska denna beaktas utöver den tid som ska läggas på förberedelser av drift och annat arbete i samband med upphandlingen. Alltså visar rättsfallen att längre tid än 4 månader krävs mellan tilldelningsbeslut och avtalsstart. Emellertid visade rapporten från Konkurrensverket från år 2021 (se avsnitt 3.1) att den genomsnittliga handläggningstiden i förvaltningsrätt är nu 2,8 månader. Med dessa uppdaterade siffror skulle fyra månader likväl kunna anses vara tillräckligt med tid om 1,2 månader till annat arbete med upphandling och drift beroende på upphandlingens komplexitet och art hade varit tillräckligt för den upphandlande myndigheten.

Situationer då överprövningsprocessen har ansetts som oförutsebar har prövats i en rad rättsfall. Av ett fall från kammarrätten i Göteborg¹³⁵ framgår vad en upphandlande myndighet rimligen bör kunna förutse och vilka krav på planering som är rimliga att ställa. Fallet gällde omfattande trafikuppdrag vilket påverkade kammarrättens bedömning som menade att tidsåtgången för en överprövning är svår att beräkna. Kammarrätten menade att överprövningsprocessen var svårberäknad och att en viss tidsrymd eller ett antal månader inte kunde vara av avgörande betydelse för att döma om ett tillfälligt avtal skulle godkännas eller inte. Överskrider överprövningsprocessen genomsnittlig tid betraktas den som en oförutsebar omständighet. I fallet gjordes annonsering av upphandlingen den 19 juni 2008 och den 4 mars 2009 tilldelades kontraktet. Upphandlingen överprövades därefter. En tillfällig upphandling på grund av synnerlig brådska gjordes den 8 juni 2009. Uppdraget behövde genomföras 1 oktober 2009. Mellan tilldelningsbeslutet den 4 mars till den 1 oktober gick mer än 6 månader och mellan 4 mars och den 8 juni gick det strax över 3 månader. Mot bakgrund av detta ansågs synnerlig brådska föreligga.

Ett avgörande från kammarrätten i Sundsvall¹³⁶ visar att en upphandlande myndighet inte hade kunnat förutse att en tvåinstansprövning skulle ta mer än ett år och två månader från det att upphandlingen tilldelades till att kammarrätten avlade sin dom om att upphandlingen behövde göras om. Den fördröjda överprövningsprocessen var därför att anses som oförutsebar av myndigheten på grund av att tilldelningen av kontraktet hade gjorts mer än 18 månader innan det pågående kontraktet skulle löpa ut.¹³⁷

¹³⁵ Kammarrätten i Göteborg, mål nr 5455-09.

¹³⁶ Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 3013-20.

¹³⁷ Tilldelning av kontrakt skedde den 12 februari 2019 medan det pågående kontraktet löpte ut den 1 augusti 2020.

De rättsfall som har diskuterats illustrerar att en överprövningstid på 18 månader, sträckande sig från tilldelningsbeslut till det nuvarande avtalets upphörande, ansågs vara en oförutsebar omständighet. Detta på grund av att den angivna tidsramen överträffade den genomsnittliga tidsperioden för en överprövningsprocess. Dessutom erkändes en sexmånadersperiod mellan tilldelningsbeslut och uppdragets genomförande som en oförutsebar omständighet, då den inte kunde förutses. I det senare scenariot, var emellertid ett antal andra faktorer, inklusive avtalets omfattning och den omfattande planeringstiden för upphandling, betydande för bedömningen. Tillsammans med överprövningstiden ansågs omständigheterna oförutsebara så att synnerlig brådska förelåg.

Vid en analys av dessa rättsfall, kan vi dra slutsatsen att för att en överprövningsprocess ska betraktas som oförutsebar, ska viss tid för upphandlingsplanering, som varierar beroende på upphandlingens omfattning, samt tiden för överprövning vid en instans, ungefär 2,8 månader¹³⁸, beaktas i planeringen av den upphandlande myndigheten. I praktiken innebär detta att det bör finnas en tidsperiod på minst 2,8 månader plus den extra tid som krävs för att planera och förbereda den specifika upphandlingen, mellan tilldelningsbeslutet och genomförandet av upphandlingen.

4.1.3 Synnerlig brådska

Det tredje rekvisitet som ska behandlas i bestämmelsen är när det är ”omöjligt att hålla de tidsfrister som gäller vid öppet eller selektivt förfarande eller vid förhandlat förfarande med föregående annonsering.” Om en upphandlande myndighet under en betydande tidsperiod har haft kännedom om de omständigheter som gav upphov till det nödvändiga behovet av upphandling, har det inte förelegat synnerlig brådska. Under tidsperioden ska myndigheten ha kunnat tillämpa ett påskyndat förfarande.

Efter en genomgång av relevant rättspraxis framträder två distinkta kategorier av resonemang som domstolarna tillämpar när de bedömer rekvisitet ”synnerlig brådska”. EU-domstolen har framför allt fokuserat på frågan om *möjligheten* till genomförbarhet av alternativa förfaranden och har tolkat rekvisitet ordagrant. Det innebär att såvida det finns tillräckligt med tid för att utföra förfaranden baserat på de tidsramar som lagstiftningen fastställer, bör situationen inte betraktas som synnerlig brådska.

Kammarrätterna, å andra sidan, har i sina beslut beaktat andra faktorer som har potential att förlänga de lagstadgade tidsramarna. Dessa beslut antyder att domstolarna utför en mer nyanserad bedömning av genomförandets *lämplighet*, snarare än en strikt tolkning av lagtextens ordalydelse. Således finns det

¹³⁸ Eller vad som anses vara genomsnittlig överprövningstid i förvaltningsrätt för det aktuella året.

en kontrast i bedömningen av rekvisitet ”synnerlig brådska” mellan EU-domstolen och kammarrätterna, vilken tydliggörs i följande avsnitt.

4.1.3.1 *Möjligheten att genomföra andra förfaranden*

För att det ska vara möjligt att betrakta situationen som synnerlig brådska måste tidsfristerna för de sedvanliga förfarandena på minst 30-35 dagar vara omöjliga att följa (se avsnitt 3.1). Det är dock viktigt att alltid göra en bedömning av upphandlingens komplexitet innan val av förfarande.¹³⁹ Vidare är det sällan som förfarandenas längd utgör de minimifrister som anges i bestämmelserna. Detta beror på att bestämmelserna inte beaktar nödvändigt för- och efterarbete i upphandlingsprocessen såsom upprättande av förfrågningsunderlag och utvärdering av anbud.¹⁴⁰

Bestämmelsen om synnerlig brådska hänvisar endast till det öppna, selektiva och förhandlade förfarandet. I doktrin och i rättspraxis har dock även det påskyndade förfaranden på 10-15 dagar beaktats som ett alternativ innan tillämpning av undantaget om synnerlig brådska.¹⁴¹ Tillämpningen av ett påskyndat förfarande förutsätter att det föreligger en tidsbrist.¹⁴² Denna tidsbrist skiljer sig från situationer vid synnerlig brådska. Vid påskyndat förfarande krävs i stället objektiva godtagbara skäl för att motivera att situationen är tillräckligt brådska för att de vanliga tidsfristerna inte kan följas.¹⁴³

I rättsfallet *Kommissionen mot Italien*¹⁴⁴ erhöll en italiensk upphandlande myndighet en rapport som indikerade en omedelbar risk för laviner. Under dessa omständigheter beslutade myndigheten att genomföra en upphandling utan föregående annonsering och tilldela kontraktet för konstruktion av lavinbarriär, grundat på synnerlig brådska. Omständigheterna var sådana att det hade gått mer än tre månader från det att rapporten om den överhängande risken hade mottagits till det att arbetet med uppbyggnad av lavinbarriär påbörjats. EU-domstolen fastslog mot bakgrund av dessa omständigheter att synnerlig brådska inte förelåg då den upphandlande myndigheten hade kunnat genomföra ett påskyndat förfarande inom de tre månaderna.

Även i rättsfallet *Kommissionen mot Tyskland*¹⁴⁵ som gällde ett kontrakt avseende transport av avfall fastslog EU-domstolen att den upphandlande myndigheten skulle ha kunnat tilldela kontraktet genom ett selektivt påskyndat förfarande. Likaså i det omnämnda rättsfallet *Kommissionen mot Spanien*¹⁴⁶

¹³⁹ 11 kap. 1-3 §§ LOU.

¹⁴⁰ Se avsnitt 3.1.

¹⁴¹ 11 kap 10 § LOU. Se även: Arrowsmith 2014, s. 1072f & C-107/92 *Kommissionen mot Italien*.

¹⁴² Prop. 2015/16:195, s 1066.

¹⁴³ Prop. 2015/16:195, s 1066. Direktiv 2014/24/EU beaktandeskäl 46.

¹⁴⁴ C-107/92 *Kommissionen mot Italien*.

¹⁴⁵ C-126/03 *Kommissionen mot Tyskland* p. 22-23.

¹⁴⁶ C-24/91 *Kommissionen mot Spanien* p. 14-15.

där universitetet hade beviljats medel i januari för ett arbete som skulle pågå i sju och en halv månad, och vara klart före terminsstart i oktober, fastställde EU-domstolen att det hade varit möjligt att genomföra ett påskyndat förfarande. Därmed ansåg domstolen att situationer inte var så brådskande att andra förfaranden inte hade kunnat genomföras.

Av EU-domstolens rättspraxis kan vi utläsa både likheter, skillnader och viktiga aspekter som ska beaktas. Likheterna är förekomsten av ett element av brådskande som de upphandlande myndigheterna använder för att försöka motivera att avvika från ordinarie upphandlingsförfaranden. I varje fall betonas möjligheten att använda ett påskyndat förfarande som ett alternativ innan tillämpningen av undantaget om synnerlig brådskande, trots att det handlade om olika situationer och skäl till brådskande. En viktig aspekt utifrån EU-domstolens rättsfall är den betydelse som tidsfördröjningen har. Tidsramen från det att ett problem identifierats till det att ett förfarande påbörjas är avgörande. En fördröjning kan nämligen försvaga möjligheterna till att tillämpa undantaget om synnerlig brådskande. Rättspraxis tyder således på att om fördröjningen är tillräckligt lång så ska påskyndade förfaranden övervägas innan man tillgriper undantaget för synnerlig brådskande.

4.1.3.2 Lämpligheten att genomföra andra förfaranden under en pågående överprövningsprocess

Även kammarrätten i Göteborg har dömt i fråga om det har varit möjligt med ett påskyndat förfarande i stället för en upphandling utan föregående annonsering vid synnerlig brådskande. Målet gällde kommuner som hade gjort en initial ramavtalsupphandling för livsmedel till skolverksamhet, servicehus, daghem osv. Ramavtalsupphandlingen överklagades till förvaltningsrätten som den 10 oktober 2011 dömde i frågan och anförde att upphandlingen skulle göras om genom att förfrågningsunderlaget skulle ändras i enlighet med domen. Förvaltningsrättens dom överklagades därefter till kammarrätten i Göteborg. Under tiden som dom inväntades från kammarrätten publicerade kommunerna den 9 december ett meddelande om frivillig förhandsinsyn om att kontrakt ska tilldelas. Detta gjordes den 21 december utan föregående annonsering med motiveringen att det förelåg synnerlig brådskande.¹⁴⁷

Vid bedömningen om det var möjligt att hålla tidsfristerna genom att genomföra andra förfaranden gjorde kammarrätten gällande att förutom tidsfristerna som anges i bestämmelserna skulle även omständigheter såsom tiden att författa ett justerat eller nytt förfrågningsunderlag, tiden för utvärdering av anbud, inställelsetid för ny leverantör samt tiden för en överprövningsprocess. Då det skulle ta minst 60 dagar för att tillämpa ett förfarande och därefter ytterligare tre månader för leverantören att inställa sig, var det omöjligt att

¹⁴⁷ Kammarrätten i Göteborg, mål nr 1446-1452-12.

tillämpa något av förfarandena. Synnerlig brådska förelåg därmed för kommunerna.¹⁴⁸

En intressant aspekt i detta mål är att kammarrätten bedömer möjligheten att använda alternativa förfaranden på ett betydligt mer liberalt sätt än EU-domstolen. EU-domstolen har tidigare fastlagt att en tidsperiod på tre månader är tillräcklig för att genomföra ett påskyndat förfarande. Kammarrätten å andra sidan beaktade ytterligare faktorer och konstaterade att en tidsfrist på fem månader¹⁴⁹ inte var tillräcklig för att genomföra andra förfaranden. Domstolen beskrev detta som att det ”i princip varit omöjligt att tillämpa något av ovan nämnda förfaranden”. Jag bedömer det snarare som en fråga om lämplighet än möjlighet.

Det är värt att notera att kammarrättens dom inte har prejudicerande värde och inte bör anses som gällande rätt. Det visar dock på att det har uppstått en något mer liberal tolkning av undantaget vid direkttilldelningar av kontrakt under en överprövningsprocess i svenska underinstanser. Visserligen kan en underrätt frångå ett prejudicerande avgörande om den skulle vara förlegad eller ogenomtänkt.¹⁵⁰ I detta fall handlar det snarare om en mer vidsträckt tolkning av undantaget. Tolkningen är således fortsatt oklar.

En annan intressant aspekt i målet är att kommunerna i sin argumentation inkluderar frågan om lämpligheten av ett påskyndat förfarande. De anförde att det skulle vara olämpligt att i princip genomföra samma upphandling med väsentligt samma innehåll som den som genomfördes vid ramupphandlingen och som då var föremål för överprövning. Kommunerna menade att även den aktuella upphandlingen skulle riskera att bli föremål för överprövning genom en eventuell ny förfrågan om ytterligare en upphandlingsprocess. Detta skulle vara besvärligt för leverantörer och medföra kostnader både för anbudsgivare och den upphandlande myndigheten. Även om kammarrätten inte inkluderade kommunernas resonemang om lämplighet i sin motivering är det ändå intressant att diskutera konsekvenserna av överprövningsprocessen på en tillfällig upphandling och hur det kan påverka möjligheterna att tillämpa andra förfaranden. Det är rimligt, precis som kommunerna hävdar, att anta att leverantörerna uppfattar processen som långdragen, besvärlig och kostsam, vilket kan påverka vilka det är som skickar anbud och därmed konkurrensen på marknaden. Strävan efter att uppnå en effektiv konkurrens skulle i sådana fall slå tillbaka och snarare leda till en begränsad marknad där endast de aktörer som har resurser och uthållighet att hantera byråkratiska processer kan delta ge-

¹⁴⁸ Kammarrätten i Göteborg, mål nr 1446-1452-12, s 9. Se även Kammarrätten i Göteborg, mål nr 821-827-12.

¹⁴⁹ Mellan den 10 oktober 2011 då Förvaltningsrätten avkunnade domen och den 1 mars 2022 då ramavtalet löpte ut och ett nytt avtal behövde ingås. Kammarrätten i Göteborg, mål nr 1446-1452-12.

¹⁵⁰ Westberg 2013, s 77.

nom att lämna anbud. En sådan situation är inte förenlig med syftet med offentlig upphandling som är att främja en öppen och konkurrenskraftig marknad.

Emellertid betraktas renodlade ekonomiska skäl typiskt sett inte som skäl som kan anses motivera undantag från skyldigheten att annonsera.¹⁵¹ Det förefaller därför osannolikt att synnerlig brådska skulle kunna föreligga med skälet att den upphandlande myndigheten skulle lida ekonomisk skada genom att behöva följa de ordinarie tidsfristerna.¹⁵² Dock, i ett uppmärksammat polskt rättsfall, som har analyserats i den juridiska doktrinen, bedömde den nationella överklagandenämnden i Polen¹⁵³ att ekonomisk skada var en omständighet som tillät tillämpningen av undantaget om synnerlig brådska. Fallet utgör ett intressant ämne för analys av dess avvikelse från gällande rätt och ger utrymme för en diskussion om hur det skulle se ut om ekonomiska skäl skulle ligga till grund för undantagets tillämpning.

Fallet gällde den polska staden Wroclaw som tilldelades värdskapet för Europamästerskapet i fotboll 2012. I april samma år inledde kommunen en offentlig upphandling för kontraktet att bygga en ny fotbollsarena för evenemanget. Enligt kontraktsvillkoren skulle arenan vara färdigställd före utgången av juni 2021, en tidsram som fastställdes genom ett avtal mellan UEFA och Wroclaw. En försening skulle resultera i att värdskapet överfördes till en annan polsk stad. Den upphandlande myndigheten i Wroclaw tilldelade byggkontraktet genom ett öppet förfarande till en entreprenör. Kontraktet upplöstes dock i december när entreprenören låg tre månader efter schemat. Utan att initiera ett nytt upphandlingsförfarande tilldelades kontraktet i stället till den entreprenör som ursprungligen hamnade på andra plats i upphandlingen. Beslutet att inte initiera ett nytt upphandlingsförfarande motiverades med att det förelåg synnerlig brådska.¹⁵⁴

Nationella överklagandenämnden som behandlade ärendet bedömde att den upphandlande myndigheten hade ingått byggkontrakt i god tro och hade därför ingen anledning att förutse att den skulle behöva avsluta kontraktet. Den första instansen avfärdade ”synnerlig brådska” som ett skäl med argumentet att den upphandlande myndigheten borde ha förutsett en potentiell kontraktsupplösning eftersom kontraktet innehöll klausuler om kontraktsbrott såsom vitesklausuler. Vidare konstaterade den nationella överklagandenämnden att byggförseningar endast är förutsägbara när den upphandlande myndigheten kan hållas ansvarig för förseningen exempelvis på grund av bristande tillsyn. Det framfördes också att det inte fanns tid för att inleda ett nytt förfarande, eftersom det skulle innebära att Wroclaw förlorade värdskapet för EM, vilket skulle medföra enorma finansiella förluster på upp till 400 miljoner euro på grund av att omfattande infrastrukturinvesteringar som redan gjorts i samband med värdskapet. Med anledning av detta beslutades att omständigheterna i fallet föll inom undantaget för synnerlig brådska.¹⁵⁵

¹⁵¹ C-221/12 Belgacom.

¹⁵² Rosén Andersson mfl. 2020, s 380.

¹⁵³ En instans behörig att granska överklaganden i upphandlingsförfaranden.

¹⁵⁴ Motyka-Mojkowski, 2013. Se även: Rosén Andersson mfl. 2020, s 380.

¹⁵⁵ Mojkowski, 2013.

Ovan rättsfall visar att fallet inte är i linje med EU-domstolens praxis och de rekvisit som anges i undantaget. Särskilt kan förutsättningarna om förutsebarhet och synnerlig brådska ifrågasättas i rättsfallet. I ovan rättsfall inkluderades ekonomiska skäl såsom en finansiell förlust på 400 miljoner euro, som skäl för att tillämpa undantaget. Förutom att detta strider mot den gällande rättspraxisen strider hänsyn till ekonomiska skäl även mot EU-fördraget. Upphandlande myndigheter är skyldiga att följa grundläggande friheter såsom likabehandling, icke-diskriminering på grund av nationalitet samt öppenhetsprincipen. Undantaget om synnerlig brådska är en inskränkning av öppenhetsprincipen och en tillåten kränkning ska ha stöd antingen i EU-domstolens praxis eller i direktiven. EU-domstolen har vid många tillfällen fastställt att skäl av ekonomisk natur inte kan accepteras som skäl för inskränkning av en grundläggande frihet från EU-fördraget som upphandlingsrätten grundar sig på. Vidare framförde nationella överklagandenämnden att en tidig uppsägning av det offentliga kontraktet ansågs som en oförutsedd händelse på grund av att den upphandlande myndigheten hade ingått i kontraktet i god tro och hade ingen anledning att förutse det. Ett sådant resonemang skulle innebära en utvidgning av undantagets tillämpningsområde vilket inte är förenligt med direktivets syfte och EU-domstolens rättspraxis.¹⁵⁶

4.1.4 Absolut nödvändig anskaffning

Det fjärde rekvisitet i undantagsbestämmelsen avser anskaffningens absoluta nödvändighet. För att fastställa vad som menas med en anskaffning som är absolut nödvändig kan vägledning tas av upphandlingsdirektivet om vad som avses med tvingande hänsyn till allmänintresset. Här stipuleras att upphandlingsrätten aldrig får hindra ”skydd för allmän ordning, allmän moral och allmän säkerhet, hälsa, att skydda människors och djurs liv eller att bevara växter eller andra miljöåtgärder, i synnerhet med sikte på hållbar utveckling, under förutsättning att åtgärderna överensstämmer med EUF-fördraget”.¹⁵⁷ Enligt Peedu kan vad som utgör något som absolut nödvändigt ta vägledning från begreppet om tvingande hänsyn till allmänintresset.¹⁵⁸ Emellertid menar Sundstrand att det finns ett behov av avgränsningar om när rekvisitet inte är tillämpligt.¹⁵⁹

I enlighet med EU-kommissionens vägledning från år 2020, kan omedelbara behov tillgodoses genom upphandlingar utan föregående annonsering. Det innebär att en åtgärd för att tillfälligt avhjälpa en brist fram till dess att den upphandlande myndigheten identifierar mer bestående lösningar. Sådana lösningar kan till exempel vara ramavtal vilka tilldelas via ordinarie upphandlingsförfaranden.¹⁶⁰ Följaktligen kan kontrakt enligt detta rekvisit inte sträcka

¹⁵⁶ Mojkowski, 2013.

¹⁵⁷ Direktiv 2014/24/EU, beaktandesats 41.

¹⁵⁸ Peedu 2016, s 273.

¹⁵⁹ Sundstrand 2020, s 27.

¹⁶⁰ Europeiska kommissionen 2020, p 2.3.4.

sig över flera år eller ha som syfte att lösa något annat än den avsedda temporära krisen.¹⁶¹ Upphandlingen får till exempel inte tillgodose ett framtida behov så att behovet inte uppstår i en obestämd framtid. Alltså får undantaget endast användas för att lösa ett behov som har uppstått eller kan förväntas uppstå inom kort tid.¹⁶² Om det inte tydligt framgår av avtalsvillkoren att så är fallet kan det vid tolkning av avtalet framstå att en anskaffning kommer att täcka ett större behov än det tillfälliga och på så sätt kringgå reglerna om annonsering. Anskaffningen kan då inte anses som absolut nödvändig.¹⁶³

Enligt Högsta förvaltningsdomstolen i HFD 2019 ref. 65 är det anskaffningen i sig dvs. det som är föremål för kontraktet som ska vara absolut nödvändig för att undantagsbestämmelsen ska tillämpas. Dock innebär detta inte att avtalets innehåll saknar betydelse för bedömningen. I exempelvis ett kammarrättsavgörande från 2016¹⁶⁴ anförde kammarrätten att vid bedömning om det var absolut nödvändigt att tilldela ett kontrakt skulle inte bara bedömas om kontraktsföremålet skolskjutsen varit absolut nödvändig utan även om avtalsvillkoren såsom avtalstid och eventuella förlängningsoptioner var det. Detta för att avgöra om upphandlingen gick utöver det tillfälliga behovet. I fallet var avtalstiden om 10 månader att anses som absolut nödvändig med hänsyn till arten och komplexiteten av den annonserade upphandlingen. Däremot var förlängningsoptionen på 1 månad problematisk eftersom denna kunde förlängas vid obegränsade tillfällen och därför dömde domstolen att förlängningsoptionen och avtalet i sin helhet inte var absolut nödvändigt. Kammarrättens beslut utgör en striktare tolkning av rekvisitet absolut nödvändighet. Med tanke på HFD:s beslut skulle kammarrätten sannolikt ha en mildare tolkning idag gällande vad som anses vara av absolut nödvändighet. Villkoren i avtalet och förlängningsoptionen skulle sannolikt granskas utifrån kriteriet endast om det skulle finnas en anledning att misstänka att avtalet formulerats för att kringgå kravet på annonsering.

I kammarrätten har begreppet absolut nödvändighet behandlats ett flertal gånger, men i högsta förvaltningsdomstolen har begreppet fortfarande inte fått stå i centrum för en bedömning. Med anledning av detta kommer vi att utgå ifrån den tolkning som har gjorts av kammarrätten.

Transporttjänster såsom färdtjänst, sjukresor och skoltransporter har diskuterats i praxis som absolut nödvändiga. I exempelvis ett rättsfall från Högsta förvaltningsdomstolen framhålls att särskild kollektivtrafik såsom de ovan nämnda är sådana tjänster som är av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.¹⁶⁵ Huruvida tolkningen av detta rekvisit och den av tvingande hänsyn

¹⁶¹ Sundstrand 2020, s. 25.

¹⁶² C-328/92 Kommissionen mot Spanien, p. 18 & HFD 2019 ref. 65.

¹⁶³ HFD 2019 ref. 65.

¹⁶⁴ Kammarrätten i Stockholm, mål nr 6421-15.

¹⁶⁵ HFD 2009 ref. 18.

är densamma har dock inte kommenterats av domstolen. I ett kammarrättsavgörande¹⁶⁶ anförde domstolen att skoltransporter är ett exempel på kontraktsföremål som är absolut nödvändig för en kommun att tilldela. I ytterligare ett rättsfall¹⁶⁷ avseende denna kategori av tjänster har domstolen bedömt dem som absolut nödvändiga när det inte funnits några andra avtal som kunnat nyttjas för samma syften. Samtidigt har nödvändighet inte alltid förelagat vid upphandling av persontransporter. Ett exempel på när nödvändighet inte förelåg var vid HFD 2009 ref. 18 där en upphandling utan föregående annonsering genomfördes för ett antal fordon för persontransporter. Absolut nödvändighet förelåg inte i den aktuella situationen med anledning av att myndigheten hade tillräckligt med fordon för transporterna. Vidare i kammarrättsavgörandet gällande skolskjuts¹⁶⁸ var omständigheterna inte heller sådana att absolut nödvändighet förelåg. Kammarrätten bedömde att trots att skyldigheten till skolskjuts är lagreglerad så är det inte en inneboende del av rätten till utbildning och därmed heller inte ett av de skyddsvärda intressena som anges i upphandlingsdirektivets beaktandesats 6.

Upphandlingar av boendeplatser och måltider till det stora antalet nyanlända asylsökande har också ansetts som absolut nödvändiga i väntan på att Migrationsverket skulle tilldela ett ramavtal.¹⁶⁹ Även leverans av livsmedel till skolverksamhet, servicehus och daghem ansågs vara absolut nödvändiga eftersom en avsaknad av leveranserna skulle innebära allvarliga konsekvenser för människors hälsa.¹⁷⁰

I ett rättsfall ansågs basunderhåll av 1 165 km allmänna vägar däribland väg E4 som enligt Trafikverket är en av Sveriges mest trafikerade vägar, som absolut nödvändigt. Detta på grund av att det gällde åtgärder och dygnerunt beredskap som var betydelsefull för framkomligheten och trafiksäkerheten.¹⁷¹ Emellertid ansågs snöröjningstjänster inte vara absolut nödvändiga eftersom kommunen inte kunde bevisa att tjänsten var avgörande för att säkerställa vinterväghållningen.¹⁷² Vidare har kammarrätten anført att avfallshantering skulle kunna anses som absolut nödvändig, men i detta fall när det utgjorde avfallshantering av källsorterade sopor och inte hushållssopor som mer hotande mot miljön, så ansågs det inte som absolut nödvändig.¹⁷³ I en upphandling av flytt- och magasineringstjänster ansåg domstolen att det inte varit absolut nödvändigt med tjänsterna. Kammarrätten anförde att för att det ska anses vara absolut nödvändigt ska det enligt praxis röra sig om en upphandling

¹⁶⁶ Kammarrätten i Stockholm, mål nr 6421-15. Se även Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 1460-15.

¹⁶⁷ Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2096-22.

¹⁶⁸ Kammarrätten i Göteborg, mål nr 784-10.

¹⁶⁹ Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2972-11.

¹⁷⁰ Kammarrätten i Göteborg, mål nr 1446-1452-12.

¹⁷¹ Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2279-15.

¹⁷² Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3759-11.

¹⁷³ Kammarrätten i Stockholms mål nr 2118-16.

av varor eller tjänster av stor samhällsekonomisk betydelse eller av viktig medicinsk art. Det var inte fråga om ett sådant fall här.¹⁷⁴

Sammanfattningsvis, för att en upphandling vid synnerlig brådska ska anses vara absolut nödvändig baseras det inte enbart på vad som upphandlas dvs. upphandlingsföremålet, utan även på de omgivande omständigheterna. Till exempel har transporttjänster i vissa fall bedömts som absolut nödvändiga, medan i andra fall inte gjort det. Det som avgör är alltså hur nödvändigt avtalet är i den specifika situationen. Detta innebär att det i rättspraxis är oklart om vad som utgör en absolut nödvändig anskaffning. En riktlinje är dock att upphandlingen ska uppfylla någon form av allmänintresse.

4.1.5 Kausalitet

Förutom att uppfylla de rekvisit som föreskrivs i undantaget, krävs även att det finns en kausal koppling mellan brådskan och de oförutsedda omständigheterna för att undantaget ska kunna tillämpas. Det innebär att det måste finnas ett orsakssamband mellan den inträffade händelsen och behovet av att skaffa varan eller tjänsten. Behovet av varan eller tjänsten måste vara direkt och uppkomma omedelbart när händelsen är på väg att äga rum eller äger rum.¹⁷⁵ Detta rekvisit är något som framgår indirekt i rättsfallen och är inte ett rekvisit som bokstavligt framkommer i lagtexten.

I kommissionens två tolkningsmeddelanden från år 2015 och år 2020 gällande asylkrisen respektive covid-19 uttalade sig kommissionen om kausalitet på följande sätt:

” När man måste tillgodose de mest omedelbara behoven hos asylsökande inom en mycket kort tidsram kan det rimligen inte finnas något tvivel om orsakssambandet mellan ökningen av asylsökande och kravet på att tillgodose deras behov.”¹⁷⁶

”[...] För att de omedelbara behoven hos sjukhus och hälso- och sjukvårdsinstitutioner ska kunna tillgodoses inom en mycket kort tidsram kan orsakssambandet med covid-19-pandemin rimligen inte betvivlas”¹⁷⁷

Tolkningsmeddelandena visar att upphandlingar som skulle tillgodose omedelbara behov kunde därmed inte ifrågasättas huruvida det fanns ett orsakssamband.

¹⁷⁴ Kammarrätten i Göteborg, mål nr 7469-7472-11.

¹⁷⁵ C-318/94 Kommissionen mot Tyskland, p. 14, C-394/02. Kommissionen mot Grekland, p. 40. C-107/92 Kommissionen mot Italien, p. 12.

¹⁷⁶ Europeiska kommissionen 2015, p. 3.3.

¹⁷⁷ Europeiska kommissionen 2020, p. 2.3.3.

Både i *HFD 2019 ref. 65* och *HFD 2017 ref. 66* nämns kausalitet men endast indirekt utan ett djupare resonemang om rekvisitet. I *HFD 2019 ref. 65* nämns varken ”kausalitet” eller ”orsakssamband” utan i stället kommer det till uttryck genom följande: ”om det på grund av synnerlig brådska, som beror på [min kursivering] omständigheter som inte kan tillskrivas och inte har kunnat förutses av myndigheten [...]”. I *HFD 2017 ref. 66* nämns orsakssamband uttryckligen ”Det krävs att det finns ett *orsakssamband* [min kursivering] mellan de omständigheter som inte kunnat förutses och den synnerliga brådska som uppstått”.

4.2 Direktupphandling

Det som har behandlats fram tills nu har varit inom det direktivstyrda området som styrs först och främst av upphandlingsdirektivet som har kodifierats i LOU. Möjligheten till att upphandla vid synnerlig brådska finns dock även inom det område som inte är direktivstyrt och som i stället regleras direkt i LOU och som benämns som direktupphandling.¹⁷⁸ Detta regleras i kapitel 19a och lyder som följande:

”Direktupphandling får användas om

1. det på grund av synnerlig brådska, som beror på omständigheter som varken kan tillskrivas eller har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten, inte är möjligt att genomföra upphandlingen enligt 19 kap. och anskaffningen är absolut nödvändig,”¹⁷⁹

Bestämmelsen motsvarar bestämmelsen i 6 kap. 15 § LOU om synnerlig brådska. För att bestämmelsen om synnerlig brådska ska kunna tillämpas förutsätts det att en upphandling har ägt rum under tidsnöd orsakad av omständigheter som myndigheten inte själv har kunnat förutse.¹⁸⁰ Tolkningen av bestämmelsen är i princip densamma som för den direktivstyrda bestämmelsen. På samma sätt som vid tolkning för den bestämmelsen ska även denna tolkas restriktivt.¹⁸¹ I förarbeten framgår att det saknas skäl för att ha strängare bestämmelser i den nationella lagstiftningen än vad som gäller vid upphandling över tröskelvärdena. Lagstiftaren menade att för att förenkla dessa upphandlingar skulle motsvarande bestämmelse som den i kapitel 6 om förhandlat förfarande införas i kapitlet för direktupphandlingar.¹⁸²

I samma bestämmelse regleras även direktupphandling på grund av *synnerliga skäl*.¹⁸³ Lagen specificerar inte exakt vad som betraktas som synnerliga skäl, men har ett bredare tillämpningsområde än den om synnerlig brådska.

¹⁷⁸ Se Nord, Lag (2016:1145) om offentlig upphandling 19 a kap. 5 §, Karnov (JUNO).

¹⁷⁹ 19a kap. 5 § p 1.

¹⁸⁰ Rosén Andersson mfl. 2020, s 836.

¹⁸¹ *HFD 2019 ref. 65*. Se även Nord, Lag (2016:1145) om offentlig upphandling 19 a kap. 5 §, Karnov (JUNO).

¹⁸² Prop. 2009/10:180, s 294.

¹⁸³ 19a kap. 5 § p 3.

Vad som kan utgöra synnerliga skäl är huvudsakligen vårdtjänster. Om relationen mellan vårdgivare och patient skulle riskera att bli negativt påverkad om vård inte skulle tillhandahållas, anses detta som ett sådant skäl som faller i tillämpningen av undantaget. Detta kan även vara fallet i situationer där endast ett vårdalternativ finns tillgängligt på grund av patientens specifika vårdbehov såsom en särskild relation till vårdgivaren. Det rör sig följaktligen om personliga skäl som berör vårdgivare och vårdmottagare.¹⁸⁴

4.3 Sammanfattande reflektioner

För att sammanfatta så finns det olika förutsättningar som behöver uppfyllas för respektive rekvisit i undantaget om synnerlig brådska.

Första rekvisitet behandlande omständigheter som inte kunde tillskrivas den upphandlande myndigheten. Utifrån analysen ovan kan följande slutsatser dras:

- *Orsaken till brådskan*
För att rekvisitet ska vara tillämpligt får den synnerliga brådskan inte ha orsakats av den upphandlande myndigheten. I stället bör brådskan ha orsakats av omständigheter utomstående från myndigheten, vilka inte kan förutspås eller kontrolleras av myndigheten. En bristande planering från myndighetens sida är exempelvis inte en omständighet som kan betraktas som en sådan oförutsedd händelse.
- *Interaktionen mellan olika myndigheter*
Frister och beslut från andra myndigheter eller regeringar som kan påverka en upphandlande myndighets projekt betraktas inte som oförutsedda omständigheter. I stället ska dessa frister vara planerade för i god tid av den upphandlande myndigheten.

Det andra rekvisitet avser ”omständigheter som inte kan förutses”. Utifrån analysen av rättspraxis kan följande slutsatser dras:

- *Omfattningen av ”oförutsedda omständigheter”*
För att omfattas av rekvisitet och därmed kvalificera sig för undantag i upphandlingsprocessen måste en händelse vara exceptionell eller oväntad. Enbart frekventa eller förutsebara händelser som återkommande skogsbränder eller förväntade studentårskullar, kan inte betraktas som oförutsedda. Dock kan situationer som i utgångspunkten är förutsebara men som överstiger förväntade intensitetsnivåer, som exceptionella skogsbränder eller en oväntat stor flyktingström, betraktas som oförutsedda. Svenska domstolar har utvecklat praxis i relation till just när förutsebara omständigheter kan bli oförutsebara. Överprövningsprocesser är sådana omständigheter som är förutsebara men som vid överskridande av genomsnittlig handläggningstid kan bli oförutsebara.

¹⁸⁴ Prop. 2006/07:128 del I s. 428f.

- *Tid och erfarenhet påverkar "oförutsedda" bedömningar*
En händelse kan initialt anses vara oförutsedd, men när en myndighet har samlat erfarenhet och kunskap över tid angående en särskild händelse, så kan samma händelse senare inte betraktas som oförutsedd. Detta framkommer i exemplet där Migrationsverkets fall initialt omfattades av undantaget på grund av en oväntad ökning av flyktingar, men senare under liknande förhållanden inte beviljades undantag eftersom domstolen ansåg att myndigheten borde ha planerat utifrån tidigare erfarenheter.

Det tredje rekvisitet som avser synnerlig brådska och tidsaspekten i undantaget kan följande slutsatser dras:

- *Möjligheten att använda andra förfaranden*
För att en situation ska anses vara av synnerlig brådska karaktär måste de vanliga tidsramarna (oftast 30-35 dagar) eller det påskyndande förfarandet (10-15 dagar) vara omöjliga att följa. En gemensam nämnare för alla rättsfall är vikten av tidsfördröjningen mellan identifiering av ett problem och uppstarten av ett förfarande. En längre fördröjning minskar sannolikheten för att kunna uppfylla rekvisitet.
- *Tolkningsskillnader mellan EU-domstolen och svenska kammarrätter*
EU-domstolen följer en mer ordagrann tolkning av rekvisitet, medan kammarrätterna har tagit en mer liberal hållning och ser till en rad faktorer som kan påverka tidsramarna. Medan EU-domstolen ser en tidsperiod på tre månader som tillräcklig för att genomföra ett påskyndat förfarande, menar kammarrätten att en tidsfrist på fem månader kan anses otillräcklig.

Från det fjärde rekvisitet som har behandlar rekvisitet "absolut nödvändig anskaffning kan följande två slutsatser dras:

- *Avgränsning av begreppet "absolut nödvändigt"*
Definitionen av vad som är "absolut nödvändigt" inom ramen för upphandlingslagstiftningen är flerdimensionell och kan inte enbart bedömas baserat på upphandlingsföremålets karaktär. Istället behöver både avtalets innehåll och de omgivande omständigheterna tas i beaktande. Till exempel medan transporttjänster som skoltransporter kan anses som absolut nödvändiga i ena situationen, kanske de inte är det i en annan beroende på de specifika omständigheterna. Detta gör det svårt att ge en enhetlig tolkning av begreppet utan att betrakta varje enskilt fall för sig.
- *Allmänintressets roll*
En övergripande riktlinje för vad som kan anses vara "absolut nödvändigt" är kopplingen till någon form av allmänintresse. Det framkommer av rättspraxisen att tjänster eller varor som är av stor betydelse för allmänheten till exempel tjänster som rör folkhälsa, säkerhet eller viktiga samhällsfunktioner, har en större sannolikhet att bedömas som absolut nödvändig.

För att undantaget ska gälla ska även ett orsakssamband mellan omständigheterna i fallet och den synnerliga brådskan som har uppstått.

Det finns även möjlighet att vid synnerlig brådskan direktupphandla varor eller tjänster med ett värde som ligger under tröskelvärdet. Dock måste samma kriterier som gäller för upphandlingar över tröskelvärdena uppfyllas för att detta undantag ska vara tillämpligt.

5 Otillåtna avtal

5.1 Överprövning av avtals giltighet

Otillåten direkttilldelning dvs. att tilldela en leverantör ett kontrakt på ogiltiga grunder har av EU-domstolen ansetts vara den allvarligaste överträdelsen av gemenskapslagstiftningen om offentlig upphandling.¹⁸⁵ Med anledning av det har regler om överprövning av avtals giltighet införts i samband med 2010 års överprövningsreform. Genom ändringsdirektiv till rättsmedelsdirektiven¹⁸⁶ föreskrivs att medlemsstaterna är skyldiga att införa bestämmelser som innebär att ingångna avtal under vissa förutsättningar ska kunna förklaras ogiltiga. I beaktandesatserna till ändringsdirektivet framgår att syftet med bestämmelserna om ogiltigförklaring av avtal på grund av otillåten direktupphandling är att återupprätta konkurrens och skapa nya affärsmöjligheter för de ekonomiska aktörer som på olagligt sätt har berövats sina konkurrensmöjligheter. Sanktionerna för återupprättande av konkurrens ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande.¹⁸⁷

Det finns två typer över överprövningar som kan göras av förvaltningsdomstolarna. Den ena är en överprövning av ett upphandlingsbeslut och den andra gäller en prövning av ett avtals giltighet.¹⁸⁸

Ingånget avtal kan förklaras ogiltigt av domstol i tre situationer.¹⁸⁹ Uppräkningen av situationer är uttömmande för när domstolen ska förklara ett avtal som ogiltigt.¹⁹⁰ Den första situationen är när en upphandlande myndighet har underlåtit att annonsera en upphandling och det inte har varit tillåtet för myndigheten att genomföra ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Den andra situationen avser när ett ramavtal har slutits efter en förnyad konkurrensutsättning men där villkoren inte har följts. Den tredje situationen gäller avtal som har slutits enligt ett dynamiskt inköpssystem.¹⁹¹

Den situation som är av relevans för denna uppsats är den när en upphandlande myndighet har ingått ett avtal utan föregående annonsering enligt förfaranderegler i LOU trots att avtalet rätteligen borde ha föregåtts av en annonserad upphandling. Ett sådant avtal benämns som en otillåten direktupphandling.

¹⁸⁵ Art.3 p.3 EUF.

¹⁸⁶ Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling.

¹⁸⁷ Beaktandesats 1, 13-14 i direktiv 2007/66/EG.

¹⁸⁸ 20 kap. 4 § LOU.

¹⁸⁹ 20 kap. 13 § LOU.

¹⁹⁰ Se Nord, Lag (2016:1145) om offentlig upphandling 20 kap. 14 §, Karnov (JUNO).

¹⁹¹ 20 kap. 13 § LOU

När ett avtal ogiltigförklaras av en domstol blir det civilrättsligt ogiltigt och kan därmed inte åberopas längre av någon av parterna.¹⁹² En annan konsekvens av att avtalet blir ogiltigt är att den gäller både för icke-levererade varor och tjänster, och för de prestationer som redan har levererats. Ogiltigförklaring av avtal gäller alltså retroaktivt och tilldelningsbeslut gäller inte efter att avtalet förklarats ogiltigt och beslutet vunnit laga kraft.¹⁹³ Har förpliktelseerna i avtalet helt eller delvis uppfyllts ska prestationerna enligt huvudregeln återgå. Om detta inte är möjligt, ska det förmögenhetsläge som parterna var i innan kontraktet slöts återställas så långt det går.¹⁹⁴ Detta kan ske genom att ersättning utgår från parterna för den nytta de haft av varandras prestationer.¹⁹⁵ Ingen part ska alltså göra en tjänst till följd av det ogiltigförklarade avtalet.¹⁹⁶

5.2 Otillåten direktupphandling

Otillåten direktupphandling är ett begrepp som inte förekommer direkt i lagstiftningen och det saknas således en legaldefinition av som menas med det. En beskrivning av begreppet kan vara att en otillåten direktupphandling föreligger när en upphandlande myndighet eller enhet anskaffar en vara, tjänst eller byggtreprenad utan föregående annonsering enligt LOU eller LUF trots att det inte är tillåtet att genomföra anskaffningen utan att först ha annonserat upphandlingen. Annonsering ska ske på det sätt som framgår av lagstiftningen och med de tidsfrister som anges för respektive förfarande. Av förarbetena framgår att det som är avgörande för om en otillåten direktupphandling ska anses föreligga är om tilldelningen av kontraktet skett utan föregående offentliggörande.¹⁹⁷

Rätten ska besluta att avtal som slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2 eller 3 § eller 18 kap. 2 § när det inte varit tillåtet att använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 6 kap. 12-19 §§.¹⁹⁸ En upphandlande myndighet som avser att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal ska annonsera upphandlingen i EUT, om ingen särskild undantagssituation föreligger. Om någon annonsering inte sker inom EU,

¹⁹² Se till exempel artikel 2 d i direktiv 89/665/EEG och även Sundstrand 2014, s 493.

¹⁹³ HFD 2012 ref. 27.

¹⁹⁴ Prop 2009/10:180 s. 136, s 361.

¹⁹⁵ Prop 2009/10:180 s 361. Se även Falk 2020, s 464.

¹⁹⁶ Ramberg & Ramberg 2014 s 124f.

¹⁹⁷ Prop. 2009/19:180, s 188.

¹⁹⁸ 20 kap. 13 § 1 st. 1 LOU. Motsvarande regler i LUF finns i 16. Kap. 13 § 1 st. LUF som anger att rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1, 2, 3, 4 eller 5 §, 13 kap. 5 § eller 15 kap. 4§. Några materiella skillnader finns inte utan skillnaden är att lagarna har olika upphandlingsförfaranden.

trots att det rätteligen skulle ha skett utgör det grund för ogiltigförklaring av avtalet.¹⁹⁹

Även avtal som härrör från icke direktivstyrda upphandlingar kan ogiltigförklaras. Enligt huvudregeln för det icke direktivstyrda området ska upphandlande myndigheter vid förenklat förfarande eller urvalsförfarande annonsera i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig.²⁰⁰

Undantaget avser även situationer när en upphandlande myndighet eller enhet endast har annonserat upphandlingen endast nationellt, trots att upphandlingen omfattas av de direktivstyrda bestämmelserna och rätteligen borde ha annonserats i EUT.²⁰¹

För att ett avtal ska ogiltigförklaras på grund av att den tillkommit genom en otillåten direktupphandling krävs det inte att leverantören som ansöker om överprövning av avtalet ska ha lidit eller kan komma att lida skada på grund av överträdelsen.²⁰² En förutsättning för ogiltigförklaring är dock att kontraktets värde överstiger direktupphandlingsgränsen och att det inte föreligger lagliga skäl för direktupphandlingen till exempel synnerlig brådska.²⁰³

Tidsfristen för att ansöka om överprövning för ett kontrakt som är ogiltigt är sex månader från det att kontraktet ingicks.²⁰⁴ Under vissa förutsättningar är tidsfristen endast 30 dagar. Detta gäller till exempel om den upphandlande myndigheten har gjort en efterannonsering där upphandlingens resultat framgår eller om myndigheten underrättat anbudssökandena och anbudsgivarna om att avtalet har slutits samt lämnat en sammanfattning av vissa uppgifter såsom skälen för att leverantörernas anbud förkastats, namn på den anbudsgivare som tilldelats kontraktet osv.²⁰⁵

¹⁹⁹ 20 kap. 13 § 1 st. 1 LOU. Se även Asplund mfl, 2012, s 254.

²⁰⁰ 20 kap. 13 a § LOU.

²⁰¹ 20 kap. 13 § 1 st. 1 LOU. Pedersen 2019, s 121

²⁰² Ulfsson, Lag (2016:1145) om offentlig upphandling 20 kap. 13 §, avsnitt 2.1 Rättsläget, Lexino 2021-01-20 (JUNO).

²⁰³ Ulfsson, Lag (2016:1145) om offentlig upphandling 20 kap. 13 §, avsnitt 2.1 Rättsläget, Lexino 2021-01-20 (JUNO).

²⁰⁴ 20 kap. 7 § LOU.

²⁰⁵ 20 kap. 7 §, 12 kap. 13 § LOU.

5.3 Tvingande hänsyn till ett allmänintresse

5.3.1 Översikt

Trots att alla kriterier för att ogiltigförklara ett kontrakt eller ramavtal har uppfyllts, kan domstolen i vissa fall ändå besluta att kontraktet eller ramavtalet ska förbli giltigt om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse som motiverar det.²⁰⁶

Uttrycket tvingande hänsyn till allmänintresset förekommer i andra områden i unionsrätten än i upphandlingsrätten exempelvis i artikel 36 EUF-fördraget finns en uppräkningslista av de skäl som kan utgöra grund för att inskränka den fria rörligheten. Hänsyn kan exempelvis tas till allmän säkerhet, skydd för människors liv och hälsa, djurhälsa osv.²⁰⁷ I tjänstedirektivet regleras en längre definition av vilket skydd som avses vid tvingande hänsyn till allmänintresset. Skyddet gäller för följande:

”allmän ordning, allmän säkerhet, skydd för människors liv och hälsa, folkhälsa, bibehållen ekonomisk jämvikt i det sociala trygghetssystemet, konsumentskydd och skydd av tjänstemottagare och arbetstagare, rättvisa handelstransaktioner, kamp mot bedrägerier, skydd av miljö och stadsmiljö, djurhälsa, immateriella rättigheter, bevarande av det nationella historiska och konstnärliga kulturarvet, socialpolitiska och kulturpolitiska mål.”²⁰⁸

Möjligheten till undantag med hänvisning till tvingande hänsyn till allmänintresset fastställdes första gången i målet *Cassis de Dijon* där EU-domstolen konstaterade att restriktiva åtgärder som hindrar handel inom EU måste godtas i den utsträckning de är nödvändiga för att tillgodose tvingande hänsyn i form av effektiv skattekontroll, skydd för folkhälsan, god handelssed och konsumentskydd.²⁰⁹

I takt med att EU-domstolens praxis har utvecklats, har slutsatserna från fallet *Cassis de Dijon* utvidgats till att inte endast gälla handelshinder som inskränker den fria rörligheten för varor. EU-domstolen har fastställt att slutsatserna även gäller för andra inskränkningar av de grundläggande friheterna.²¹⁰ Exempelvis har EU-domstolen ansett att tvingande hänsyn till allmänintresset

²⁰⁶ 20 kap. 14 § LOU.

²⁰⁷ Se prop. 2009/10:180 s 138f.

²⁰⁸ Direktiv 2006/123/EG 4.8. Se även prop. 2009/10:180 s 138, 362.

²⁰⁹ C-120/78 Rewe-Zentral (*Cassis de Dijon*), p 8. Se även Sundstrand 2013, s 70.

²¹⁰ Sundstrand 2013, s 70.

omfattar miljöskyddshänsyn vilken domstolen anført som en av EU:s viktigaste målsättningar,²¹¹ bevarande av pressens mångfald som bidrar till att värna om yttrandefriheten,²¹² leverans av medicintekniska produkter till sjukhus²¹³ och konsumentskydd för att bekämpa brottslighet och spelberoende.²¹⁴

Bestämmelserna och EU-domstolens praxis när det gäller tvingande hänsyn till allmänintresset bör enligt HFD vara vägledande för hur begreppet ska tolkas i upphandlingsrätten.²¹⁵ Med anledning av att tvingande hänsyn till allmänintresset är ett undantag från den fria rörelsen är utgångspunkten att bestämmelsen ska tillämpas restriktivt.²¹⁶ Det krävs exceptionella omständigheter för att ett avtal ska få bestå²¹⁷ och det är den upphandlande myndigheten som bär bevisbördan för att visa att förutsättningarna föreligger för undantagets tillämpning.²¹⁸ Det innebär även att den ansvariga myndigheten måste bevisa att de åtgärder de har vidtagit är rimliga och står i proportion till situationen.²¹⁹ I ett rättsfall från EU-domstolen som behandlade frågan om upphandling av tjänster avseende hemrespiratorbehandlingar och andra tekniker för andningsstöd, tillämpades proportionalitetsprincipen. I målet framgick att nationella åtgärder som kan utgöra hinder för de grundläggande friheterna som garanteras av EU-fördraget, inte ska gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det syfte de är avsedda att uppnå.²²⁰ I målet *Gebhard*²²¹ använde EU-domstolen detta fall för att klargöra kriterierna som kan motivera restriktioner av de grundläggande friheterna med hänvisning till ett tvingande allmänintresse. Detta kallas för Gebhard-testet och kräver att fyra förutsättningar ska uppfyllas för att nationella åtgärder ska kunna hindra de grundläggande friheterna som stipuleras i fördraget. Åtgärden ska:

- vara tillämplig på ett icke-diskriminerande sätt,
- vara motiverad av tvingande hänsyn till allmänintresset,
- vara ägnad att säkerställa förverkligandet av de mål som eftersträvas och,
- inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målen.

I rekvisitet allmänintresse ska ekonomiska intressen inte tillmätas samma tyngd, särskilt när det gäller direkta aspekter kopplade till avtalet såsom kostnader för förseningar i avtalsuppfyllande eller kostnader för att inleda ett nytt förfarande. Dessa faktorer kan inte betraktas som tvingande hänsyn. Det är

²¹¹ Sundstrand 2013, s 70. C-302/86 kommissionen mot Danmark, p. 9 & C-240/83 Association de défense des brûleurs d'huiles usagées, p 13.

²¹² Sundstrand 2013, s 70. C-368/95 Familiapress, p 18.

²¹³ Sundstrand 2013, s 70. C-6/05 Medipac, p 60.

²¹⁴ Sundstrand 2013, s 70. C-203/08, Sporting Exchange, p 30.

²¹⁵ Prop. 2009/10:180 s 138f. Se även HFD 2019 ref. 18.

²¹⁶ Ds 2009:30, s 15. Se även Rosén Andersson mfl. 2020, s 991.

²¹⁷ Beaktandesats 22 ändringsdirektivet. Se prop. 2009/10:180, s 138f. Se även Kamrarrätten i Sundsvall, mål nr 2279-15.

²¹⁸ Rosén Andersson mfl. 2020, s 992.

²¹⁹ Se prop. 2009/10:180 s 139. Se även C-6/05 Medipac, p 61.

²²⁰ Sundstrand 2013, s 72f. C-234/03 Contse m.fl.

²²¹ Sundstrand 2013, s 70. C-55/94 Gebhard.

bara när ekonomiska intressen leder till orimliga eller oproportionerliga konsekvenser som de beaktas.²²² I stället ska betydande vikt tillmätas myndigheternas tillhandahållande av allmän service till samhället. Det är domstolarnas ansvar att göra en skälig bedömning och väga mellan allmänintresset och leverantörens intresse av att ogiltigförklara avtalet för att initiera ett nytt upphandlingsförfarande.²²³

Vad som definieras, enligt Ekonomistyrningsverket, som allmän service är samhällsåtaganden eller allmännyttiga tjänster och varor som myndigheter är skyldiga att utföra och tillhandahålla åt medborgarna. Dessa sträcker sig över ett brett spektrum, men inte begränsat till, räddningstjänster, renhållningstjänster, avfallstjänster, återvinningstjänster samt vatten- och avloppstjänster. Även tjänster relaterade till hälso- och sjukvård, utbildning och omsorg ingår i denna kategori.²²⁴ Det faller dock under de allmänna förvaltningsdomstolarnas ansvar att, utifrån de särskilda omständigheterna i varje enskilt ärende, bedöma ett avtals giltighet genom att tolka begreppet tvingande hänsyn till allmänintresse. Domstolen avgör därmed om de nödvändiga förutsättningarna för att låta avtalet bestå är uppfyllda.²²⁵

Vid ett beslut om att ett avtal ska bestå på grund av tvingande hänsyn ska Konkurrensverket väcka talan om upphandlingskadeavgift hos allmän förvaltningsdomstol.²²⁶ Avgiften kan variera från minst 10 000 kr till högst 10 miljoner kr och får inte överstiga 10 procent av kontraktets värde som varit föremål för upphandling.²²⁷

5.3.2 Tolkning - avtal som inte får bestå

5.3.2.1 *Serviceresor och samhällsviktiga transporter*

HFD 2019 ref. 18, där Högsta förvaltningsdomstolen behandlade frågan om tvingande hänsyn till allmänintresse, markerade en vändpunkt i att klargöra hur denna bestämmelse skulle tillämpas. Frågan som domstolen behandlade var om det var berättigat av tvingande hänsyn till allmänintresse att ett avtal skulle bestå trots att det hade förklarats ogiltigt. Målet avsåg Örebro läns landsting som genomförde en upphandling av transporter för serviceändamål vilket inkluderade sjukresor, färdtjänstresor och skolskjutsar. Upphandlingen bedömdes vara ogiltig. I sin prövning ansåg domstolen att serviceresorna som hjälper bland annat personer med funktionsnedsättning utgjorde ett allmänintresse enligt bestämmelsen. Tjänsterna betraktades som en del av skyddet för folkhälsan. För att dock avtalet ska bestå behövde HFD ta i beaktan om avtalet var en nödvändig förutsättning för att transporterna skulle kunna genomföras.

²²² Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling, art. 2d.3. Se även prop 2009/10:180 s. 362.

²²³ Prop 2009/10:180 s 362.

²²⁴ Ekonomistyrningsverket 2004, s 13. Se även Kammarrätten i Stockholm mål nr 2118-16.

²²⁵ Prop. 2009/10:180, s 139.

²²⁶ 21 kap. 1 § p. 2 LOU.

²²⁷ 21 kap. 1-2 §§ LOU.

Avtalet rörde 20 fordon av totalt 147 fordon som landstinget hade tillgång till dvs. cirka 14 procent av fordonskapaciteten. Örebro län gjorde gällande att en minskning av antalet fordon som det gällde skulle medföra en försämring i kvalitet och effektivitet. EU-domstolen har behandlat frågan om aktuella tjänsters kvalitet i tidigare rättsfall. Domstolen kom då fram till att en tjänst ska utföras med en rimligt hög standard och är således en faktor som ska beaktas vid bedömning om ett avtal ska bestå trots dess ogiltighet.²²⁸

Nästa fråga som domstolen hade att ta ställning till var således om transportkapaciteten på 20 fordon skulle kunna anses resultera i en oacceptabel försämring av kvaliteten. Enligt domstolen hade landstinget inte tydligt angett på vilket sätt eller i vilken omfattning en minskning i fordonskapacitet skulle försämra persontransporterna. Snarare hade det visat sig att det fanns en överkapacitet under vissa delar av dygnet, trots att den 20 fordonen inte skulle upphandlas. Vidare hade det heller inte visats att landstinget saknade möjlighet att planera verksamheten med de redan tillgängliga bilarna till exempel genom att visa att fordonen behövde användas för resor vid vissa tidpunkter vilket gjorde det omöjligt för fordonen att användas för de resenärer som de 20 fordonen var ägnade till. I kammarrätten²²⁹ däremot avgjorde domstolen tvärtom till vad högsta förvaltningsdomstolen gjorde, och menade att fordonsminskningen var betydande och att det fanns risker med att ogiltigförklara avtalet såsom uteblivna transporter för färdtjänstresor och oskäliga dröjsmål vilket skulle påverka folkhälsan. Högsta förvaltningsdomstolen höll dock inte med. Mot bakgrund av det anförda dömde HFD att trots att den 14 procentiga fordonskapaciteten inte var oväsentlig, ansågs det inte föreligga exceptionella omständigheter för att kunna tillämpa bestämmelsen.

I ett avgörande från kammarrätten i Göteborg²³⁰ som gällde skolskjuts prövades även frågan om tillhandahållandet av skolskjuts var att anses som ett tvingande hänsyn till ett allmänintresse. För att de skulle anses som ett skyddsvärt intresse skulle den räknas upp i beaktandesatsen 6 i direktivet eller i EU-domstolens praxis. Kammarrätten fann att rätten till skolskjuts varken föll in under de skyddsvärda intressena eller att det inkluderades i rätten till utbildning. Vidare menade kammarrätten att det faktum att det föreligger en lagkonflikt – i detta fall skollagens bestämmelse om kommunens skyldighet att kostnadsfritt tillhandahålla skolskjuts – räcker inte för att frångå de upphandlingsrättsliga reglerna om annonsering.

5.3.2.2 *Avfallshanteringstjänster och vägunderhåll*

Ett annat fall²³¹ som prövades av domstolen handlade om frågan huruvida tvingande hänsyn till allmänintresse förelåg när det gällde avfallshanteringstjänster. Målet gällde Vafab som hade genomfört en upphandling, genom ett förhandlat förfarande utan annonsering, avseende krossning av avfall från hushåll. Vafab hade fått kommunernas uppdrag att uppfylla de lagstadgade

²²⁸ C-113/13 Spezzino, p. 57.

²²⁹ Kammarrätten i Göteborg, mål nr 2751-17.

²³⁰ Kammarrätten i Göteborg, mål nr 784-10.

²³¹ Kammarrätten i Stockholm, mål nr 2118-16.

skyldigheterna att samla in avfall, krossa det och återvinna det på ett fördelaktigt sätt. Därefter skulle Vafab skicka vidare avfallet till andra för att förädla det krossade avfallet för återvinning. Vafab anförde att om avtalet för lagring av avfall skulle upphöra så skulle den egna lagringskapaciteten och med andra överskridas, vilket skulle medföra betydande risker för miljön såsom brandrisk och miljöfarliga ämnen som hamnar på markområden. Vidare anförde Vafab även ekonomiska skäl till att avtalet skulle bestå. Dels handlade det om avfallets energivärde som skulle gå förlorat, dels gällde det omfattande ekonomiska skador som Vafab skulle lida på grund av kontraktsbrott och risk för skadestånd. Kammarrätten gjorde samma bedömning som förvaltningsrätten som fann att tvingande hänsyn till ett allmänintresse inte förelåg. Skälen till detta var att avfallet i huvudsak bestod av källsorterat avfall från avfallsstationer som trä, papper, plast osv som går att ta emot och lagra utan att det skulle uppstå sanitära olägenheter. Om det hade varit fråga om hushållssopor i stora mängder så hade det varit annorlunda. Det framkom heller inte att det skulle röra sig om hälsofarligt eller miljöfarligt avfall. Vafab hade heller inte närmare visat att avfallet skulle ha någon konkret miljöfarlig påverkan. De omständigheter att Vafab hade ett ansvar för krossning av avfall som bara delvis kom från hushållens källsortering ansågs därmed inte som ett intresse som kan rättfärdiga att man inte konkurrensutsätter upphandlingar.²³²

I de två fallen står det klart när det saknas ett tvingande hänsyn till ett allmänintresse. De båda exemplen gäller tjänster som typiskt sett anses representera allmänintresset och som dessutom nämns uttryckligen i definitionen av allmänintresset. Vidare handlar de båda om upphandlingar vars "kapacitet" inte fullständigt uppfyller ett nödvändigt behov. I det första exemplet handlar det om en kapacitet på 14 procent, medan det i det andra exemplet gäller en tjänst som endast delvis hanterade hushållens källsortering.

Det är även anmärkningsvärt att det senare fallet demonstrerar att ekonomiska skäl inte tilldelas något utrymme i domstolens bedömning av omständigheterna, trots att Vafab tar upp det som ett av skälen till att avtalet ska bestå. Eftersom ekonomiska faktorer inte vägde tillräckligt tungt i fallet, kan det förmodas att de ekonomiska konsekvenserna inte ansågs tillräckligt orimliga eller oproportionerliga, i enlighet med vad som framgår av förarbetena. Därmed verkar det vara så att kontraktsbrott och risker för skadestånd kan bedömas som rimliga konsekvenser som den upphandlande myndigheten får stå ut med vid beslut om ogiltigt avtal.

I ytterligare ett fall från kammarrätten i Göteborg²³³ instämde domstolen med förvaltningsrättens avgörande om att tvingande hänsyn inte förelåg. Fallet handlade om ett kontrakt angående fyrhjuliga motorcyklar utrustade med spridare och plog, avsedda att möta Malmö stads behov av snöröjning. Malmö stad underströk vikten av en fungerande snöröjning och hävdade att tidsbristen hade drivit fram den brådskande upphandlingen. Kammarrätten, som stämde in i förvaltningsrättens bedömning, uttalade dock att kommunen inte

²³² Förvaltningsrätten i Uppsala, mål nr 6727-14.

²³³ Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3759-11.

hade lyckats bevisa att tjänsten hade sådan betydelse för stadens vinterväghållning att det skulle vara absolut nödvändigt att tilldela kontraktet.²³⁴ I fallet är det särskilt tydligt att den upphandlande myndigheten har bevisbördan att visa att förutsättningarna föreligger för undantagets tillämpning och att generella påståenden om behovet av snöröjningen inte är tillräckligt för att nå upp till bevisbördan.

Avslutningsvis ska ytterligare ett fall som gäller vägunderhåll, specifikt snöröjning att nämnas. Fallet gällde Skolfastigheter i Stockholm som hade genomfört en direkttilldelning av upphandling gällande snöröjning på skolgårdar på grund av att de befann sig i en överprövningsprocess av den initiala upphandlingen. Skolfastigheter i Stockholm anförde att utebliven snöröjning riskerar att halkolyckor och att skolor behöver stängas ner på grund av att personal och elever inte kan få hjälp från räddningstjänst vid olyckor och akuta sjukfall. Förvaltningsrätten anförde att det inte räcker med att hänvisa till att skolorna får stängas till eventuellt snöoväder har upphört och att tillsyn, skötsel, halkprevention och snöröjning av skolgårdar inte påverkar människors liv och hälsa på ett sådant sätt att tvingande allmänintresse förelåg.²³⁵ Domen överklagades till kammarrätten men prövades dock inte på grund av att Skolfastigheter i Stockholm återkallade överklagan och i stället avskrevs målet. Överklagandet innehöll dock en förfrågan till domstolen om vägledning vad gäller snöröjning på skolgårdar och huruvida dessa ska omfattas av undantaget samt om tillämpningen av undantaget ska vara så restriktiv att ett så tidsbegränsat avtal om snöröjning blir ogiltigt trots risken för trafikolyckor och hinder för framkomlighet vid utebliven snöröjning.²³⁶ I detta fall, tycks det finnas en inställning hos den upphandlande myndigheten om att direkttilldelningar av tidsbegränsade avtal ska bedömas annorlunda från direkttilldelningar av avtal som är av längre avtalstid (läs mer i avsnitt 5.3.3.2)

5.3.2.3 *Stödfunktioner och telefonitjänster*

Även indirekta samhällsfunktioner [min benämning] har prövats av kammarrätten. Dessa avser är stödfunktioner som ska se till att samhällsfunktioner fungerar och går rätt till såsom vård eller skolverksamhet. Likaså kommer telefonitjänster att behandlas i detta avsnitt.

Ett resonemang fördes i kammarrätten i Sundsvall vad gäller en upphandlad vikarieförmedling som var uppe till prövning. Kommunernas lagstadgade skyldighet enligt skollagen att tillgodose en fungerande förskola och skola tillsammans med den i regeringsformen stadgade skolplikten för barn, gjorde att kammarrätten bedömde utbildningsförvaltningens verksamheter som ett allmänt intresse. Kommunen framförde att om avtalet inte skulle få bestå skulle kommunen riskera att inte kunna tillhandahålla tillräckligt antal vikarier inom förskola och skola för att kunna bedriva verksamheten på ett passande sätt och att det kommer att drabba elever och lärare. Vidare anförde kommunen att de inte hade några andra alternativ än att teckna avtalet. Kam-

²³⁴ Förvaltningsrätten i Mamö, mål nr 2975-11E.

²³⁵ Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr 23502-11.

²³⁶ Kammarrätten i Stockholm, mål nr 880-12.

marrätten anförde i sin bedömning att upphandlingen gällde tillhandahållandet av vikarier och inte att bedriva utbildningsverksamhet per se. Vidare konstaterade kammarrätten att kommunen hade kunnat bedriva vikarieförmedling i egen regi eller kunnat företa mindre ingripande åtgärder såsom att korttidsanställa personal fram tills att det hade varit möjligt att genomföra en annonserad upphandling.²³⁷

En intressant aspekt med domstolens resonemang i denna dom är den som gäller frågan om kommunen hade kunnat bedriva tjänsten i egen regi. Det är något som ingen av domstolarna tar upp i sina bedömningar, men som är en rimlig lösning i avvaktan på att en större upphandling ska genomföras. Detta gäller såklart särskilt för de tjänster som den upphandlande myndigheten skulle kunna ha kompetens inom såsom samordning av transporter, snarare än själva transporterna i sig.

Ett fall i kammarrätten i Göteborg från 2018²³⁸ prövade om telefonitjänster var av allmänintresse då upphandlande myndigheter under en överprövning genomförde en direkttilldelning av tillfälliga telefoniavtal till Telia. Telenor hade varit den dåvarande leverantören av telefonitjänster. Telenor överklagade direkttilldelningen med motiveringen att det är tydligt att det funnits alternativa lösningar för att tillgodose behovet av telefonitjänster. Telenor hade ju redan ett avtal med de upphandlande myndigheterna. Vidare anförde Telenor att avtalen med Telia har varit ekonomiskt motiverade och inte ägnade att uppfylla ett allmänintresse. Telenor hade nämligen kunnat tillgodose samhällsbehovet via avtalet med Telenor. Vidare kostade porteringen från Telenor till Telia tiotals miljoner, som Telenor tyckte kunde ifrågasättas. Ett annat argument som Telenor anförde var att avtalets löptid var obegränsad och uppsägningstiden var sex månader. Vidare om uppsägning gjordes inom fyra år blev de upphandlande myndigheterna betalningsskyldiga för en omfattande summa. Mot bakgrund av att det funnits alternativa lösningar för att tillgodose det uppkomna behovet av leverans av telefonitjänster, fastställde domstolen att tvingande hänsyn till allmänintresset i detta fall inte var tillämpligt.

För att avsluta, var ett fall uppe till prövning i kammarrätten i Sundsvall som gällde en upphandling utan annonsering för en skjutbana till polisutbildningsenheten. Detta skulle ha varit ett ytterst intressant fall att ta del av, men eftersom den upphandlande myndigheten inte hade framfört skäl till att tvingande hänsyn till allmänintresset förelåg, ogiltigförklarades avtalet.²³⁹

5.3.3 Tolkning - avtal som får bestå

Flertalet fall har prövats av kammarrätterna för att avgöra om ogiltiga avtal får bestå trots deras ogiltighet. I detta avsnitt behandlas dessa kammarrättsavgöranden, tillsammans med ett urval av förvaltningsrättsavgöranden. Fokus för avsnittet riktas mot de situationer när ogiltiga avtal får bestå och vilka omständigheter som utgör tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Rättsfallen

²³⁷ Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 522-14.

²³⁸ Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3295-18 m.fl.

²³⁹ Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 566-17.

har identifierats och kategoriserats utifrån situationer när tvingande hänsyn ansetts föreligga.

5.3.3.1 *Serviceresor och samhällsviktiga transporter*

I ett kammarrättsavgörande från 2022²⁴⁰ prövade om en upphandling utan föregående annonsering som Specialpedagogiska skolmyndigheten hade genomfört och tilldelat till ett taxibolag var av synnerlig brådska, vilket den upphandlade myndigheten hävdade. Domstolen dömde dock att sådan brådska inte förelåg eftersom myndigheten hade kunnat hinna med ett påskyndat annonserat förfarande och ansågs därmed ha orsakat den synnerliga brådskan. I stället skulle domstolen göra en bedömning om skolskjutsen som fallet avsåg var av sådan karaktär att den omfattas av undantaget om tvingande hänsyn till allmänintresse. Det som avsågs var skolskjuts till elever med funktionsvariationer. Detta ansågs av domstolen vara ett allmänintresse som omfattas av undantaget på grund av dess samhällsviktiga funktion.²⁴¹ Trots detta skulle domstolen bedöma om behovet av tjänsten kunde tillgodoses på annat sätt. Myndigheten anförde att särskilda krav som taxibolaget uppfyllde gjorde att de inte kunde använda det nationella ramavtalet avseende taxitjänster och behövde därmed genomföra denna upphandling i stället. De särskilda kraven avsåg möjlighet till individuella resor, val av förare och fordon samt krav på uppvisat utdrag ur belastningsregister. Mot bakgrund av de angivna skälen menade domstolen att det inte fanns anledning att ifrågasätta uppgifterna om tjänstens nödvändighet och dömde därför att avtalet skulle bestå.

Socialpedagogiska skolmyndigheten var part i ett kamarrättsavgörande två år tidigare gällande samma typ av upphandling – skolskjuts. Skolskjuts till elever med funktionsvariationer ansågs som sagt vara ett allmänintresse, men det som skulle avgöras var om skolskjuts var nödvändigt i det aktuella fallet. Till skillnad från HFD 2019 ref. 18 där de upphandlande fordonen utgjorde 14 procent av den totala fordonskapaciteten, handlade det i stället här om en fordonskapacitet på 100 procent. Alltså skulle ett beslut om att avtalet inte skulle bestå innebära en kapacitetsminskning på 100 procent. Detta skulle leda till en oacceptabel kvalitetsförsämring vilket innebär att samtliga elever med funktionsnedsättning inte längre skulle kunna ta sig till och från skolan. Således dömde kammarrätten att avtalet skulle bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.²⁴²

Avgörandena från kammarrätten har demonstrerat att tjänster som färdtjänst och transport till sjukhus, skola osv. är att betrakta som samhällsviktiga och omfattas av begreppet allmänintresse. Dock är frågan om nödvändighet mer komplex och mindre standardiserad, vilket kräver en individuell bedömning av omständigheterna i varje enskilt fall.

En central aspekt i dessa bedömningar är att bristen på eller avsaknaden av den tjänst som ärendet gäller inte får resultera i en försämring av kvaliteten av tjänsten i sin helhet för gruppen den är avsedd för. I rättsfallet från HFD,

²⁴⁰ Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2308-21.

²⁴¹ Se även Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 1480-20 och HFD 2019 ref 18.

²⁴² Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 1480-20.

fastslog domstolen att en minskning av fordonskapacitet med 14 procent inte kan anses som en oväsentlig minskning. Det konstaterades dock att den upphandlande myndigheten inte hade kunnat bevisa att den återstående kapaciteten var otillräcklig för att tillfredsställa det existerande behovet. I kammarrättsavgörandet fastställdes dock att en minskning av kapacitet med 100 procent utgör en oacceptabel kvalitetsförsämring. Dessa rättsfall indikerar att omfattningen av upphandlingen har ett beroendeförhållande med bördan att bevisa nödvändigheten av kontraktet. Om upphandlingen avser en fordonskapacitet på 100 procent finns det större risk för en inskränkning på allmänintresset, jämfört med när upphandlingen avser en fordonskapacitet på 14 procent. Vidare visade kammarrättsavgörandet i Göteborg att behovet av tjänsten måste vara specifikt och ska inte enbart röra själva tjänsten som fyller ett behov av allmänintresse – transport – utan det måste också finnas särskilda krav som målgruppen har som inte kan uppfyllas av något annat befintligt kontrakt, än det som har upphandlats och som målet gäller.

5.3.3.2 *Underhåll av vägar*

Det är inte endast transporttjänster som har varit föremål för prövning i kammarrätten utan även vägunderhåll av olika slag. I ett kammarrättsavgörande²⁴³ som gällde Trafikverket som ingick ett avtal om utförande av vägunderhåll utan föregående annonsering på grund av en tidigare upphandling som var föremål för överprövning, vilken hade försatt myndigheten i brådska. Kammarrätten beslutade i enlighet med förvaltningsrätten²⁴⁴ att det i målet låg ett tvingande allmänintresse som innebar att avtalet skulle bestå. Som skäl framförde förvaltningsrätten att tjänsten innefattade dygnetruntbevakning av väg E 4 som enligt Trafikverket är av Sveriges mest trafikerade vägar. I avtalet ingick beredskap, att omedelbara åtgärder som skulle krävas för att säkerställa trafiksäkerheten eller framkomligheten skulle vidtagas utan samråd och att åtgärder kring vinterväghållning skulle ske. Om tvingande allmänintresse som anges i 16 kap. 14 § inte skulle anses föreligga, skulle hinder kunna äventyra trafiksäkerheten samt utryckningsfordon hade haft svårt med framkomlighet. Detta skulle innebära en risk för skada för människors liv och hälsa. Mot bakgrund av dessa skäl fann domstolarna att låta avtalet bestå.

I fallet presenterade byggföretaget NCC ett intressant resonemang som belyser en komplex och viktig fråga. De framhöll att möjligheten att överpröva en upphandling skulle bli meningslös om avtal som tillgodoser ett allmänintresse får bestå, oavsett hur lång avtalstiden är. I detta specifika fall var avtalets varaktighet kopplad till tidpunkten för domstolens beslut i den ursprungliga upphandlingen som var under överprövning. NCC argumenterade för att om ogiltiga avtal får bestå, finns en risk att myndigheter tilldelar avtal på obegränsad tid och riskerar således endast en maximal skadeavgift på 10 miljoner kronor. Enligt NCC, skulle detta underminera konkurrensen och därför bör domstolen även ta hänsyn till avtalets löptid, som inte bör vara längre än vad som krävs för att uppfylla det aktuella behovet.

²⁴³ Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2279-15.

²⁴⁴ Förvaltningsrätten i Falun, mål nr 2121-15.

Argumentet påminner om den tolkning som görs av bestämmelsen om synnerlig brådska enligt 6 kap. 15 § LOU, där en upphandling utan föregående annonsering vid synnerlig brådska inte får sträcka sig bortom det behov som har uppstått. Rekviritet för vad som utgör en absolut nödvändig anskaffning i 6 kap. 15 § korrelerar dock inte helt med bestämmelsen om tvingade hänsyn eftersom den förstnämnda måste ta hänsyn till avtalets löptid och får inte gå längre än det är nödvändigt, medan den senare utifrån rättsfallet inte kräver detta. Kammarrätten valde att avstå från att kommentera argumentationen, medan förvaltningsrätten endast konstaterade att argumenten inte var tillräckligt starka för att avtalet inte skulle få bestå. Det är uppenbart i detta rättsfall att det allmänna intresset prioriteras framför den konkurrensbegränsande effekt som en för lång avtalsperiod kan medföra. Det hade varit relevant att ge proportionalitetsprincipen ett större utrymme för att bedöma huruvida avtalet är rimligt i förhållande till syftet med åtgärden och den handelsbegränsande effekt som den medför.

5.3.3.3 *Stödfunktioner och telefonitjänster*

Även tjänster som kan kategoriseras som indirekta samhällsfunktioner [min benämning] såsom hjälptjänster för kollektivtrafik, vikarieförmedling och datasystem har varit föremål för överprövning i domstolen.

I ett fall från kammarrätten i Göteborg²⁴⁵ rörde det sig om en upphandling utan föregående annonsering på grund av synnerlig brådska som genomförts av Länstrafiken Örebro. Skälet till att annonserad upphandling inte kunde genomföras var på grund av en lagändring som krävde omorganisering. Upphandlingen avsåg administrativa tjänster såsom beställningscentral för samhällsbetalda transporter, planeringsverksamhet för sjuk- och färdtjänstresor, inkommande upplysningssamtal gällande buss- och tågtider samt receptionstjänst. Den upphandlande myndigheten framförde att tjänsterna var av stor vikt för att upprätta allmän ordning, då en ogiltigförklaring skulle innebära att antalet fordon som används för att utföra de samhällsbetalda transporterna inte skulle räcka till om samordning av dessa skulle upphöra. Således skulle de som är berättigade till färdtjänst och sjuka drabbas hårdast. Vidare skulle de som köper färdbevis och ställer frågor om kollektivtrafiken drabbas om informationskanalen inte skulle utföras på samma sätt. Kammarrätten anförde att även om det inte var sjuk- och färdtjänstresor per se som var föremål för upphandling så skulle dessa drabbas om avtalet inte skulle bestå. Således slog kammarrätten fast att omständigheterna var sådana att de föll under begreppet tvingande hänsyn till allmänintresset. Bedömningen skiljde sig från den bedömning förvaltningsrätten gjorde. Den senare hävdade att, eftersom ärendet inte direkt berörde sjuk- och färdtjänstresor, omfattades upphandlingen inte av undantaget. Förvaltningsrätten framhöll dessutom att det inte visats att Länstrafiken skulle stå utan andra alternativ om avtalet ogiltigförklarades.

Det kan faktiskt vara mer intressant att diskutera förvaltningsrättens än kammarrättens bedömning i det här sammanhanget. Två betydande frågor framkommer från förvaltningsrättens utlåtande. För det första ansåg domstolen att eftersom upphandlingen inte direkt gällde sjuk- och färdtjänstresor skulle den

²⁴⁵ Kammarrätten i Göteborg, mål nr 5819-11.

inte anses vara av allmänintresse. Detta är intressant eftersom det berör begreppets tillämpningsområde. Hur långt kan man sträcka sig för att motivera att ett avtal ska bestå på grund av allmänintresset? Myndigheter verkar generellt, direkt eller indirekt, för allmänintresset, vilket medför att de skulle kunna argumentera för och hävda att nästan alla typer av varor och tjänster är av allmänt intresse. Ett sådant tillvägagångssätt kan skapa ett större utrymme för att avstå från annonseringskyldigheten och därmed konkurrensutsättning av upphandlingar. Frågan är om detta skulle vara i linje med lagstiftarens avsikt med undantaget. Det krävs exceptionella omständigheter för att ett avtal ska kunna bestå och det kan således diskuterats om en planerad lagändring eller omorganisation, som myndigheten har kunnat förutse, utgör sådana exceptionella omständigheter. I detta fall verkar det tveksamt.

För det andra, hävdade förvaltningsrätten att Länstrafiken inte hade visat att det inte fanns några andra alternativ till hands om avtalet skulle upphöra. Detta var en aspekt som kammarrätten överhuvudtaget inte tog i beaktande under sin egen bedömning. Trots detta framstår förvaltningsrättens bedömning som rimlig. Under år 2022 i en kammarrättsdom gällande skolskjuts²⁴⁶ gjorde domstolen en liknande bedömning, där de diskuterade om alternativa lösning – det nationella ramavtalet – skulle kunna uppfylla behovet av tjänsten. I det fallet fanns det inga andra alternativ som kunde ersätta den aktuella tjänsten med de specifika krav som behovet föranledde. Mot bakgrund av detta, verkar det som att förvaltningsrätten ställde samma typer av frågor för att avgöra tjänsternas nödvändighet och höjde bevisbördan, likt det nämnda kammarrättsavgörandet, jämfört med kammarrätten i målet. Det är även värt att notera att i avsnitt 5.3.2.3 behandlades frågan om en upphandlad vikarieförmedling var av allmänintresse. Kammarrätten dömde att den inte var det på grund av dels att kommunen inte visat att andra alternativ var omöjliga, dels att upphandlingen gällde tillhandahållandet av vikarier och inte att bedriva utbildningsverksamhet per se. Denna bedömning går i linje med förvaltningsrättens bedömning i fallet nämnt ovan och att det är snarare kammarrättens bedömning som kan ifrågasättas.

Ett sista fall som ska nämnas i detta avsnitt är ett kammarrättsavgörande gällande ett datorsystem. Den upphandlande myndigheten hade likt ovannämnt rättsfall upphandlat tjänster gällande ett datorsystem för planering och samordning av sjuk- och färdtjänstresor. Det gäller alltså inte faktiska sjuk- och färdtjänstresor, men datorsystemet har ändå en stark koppling till verksamheten att den svårligen skulle kunna genomföras utan systemet. Kammarrätten anförde i sin bedömning att tjänsten är en fråga som påverkar människors liv och hälsa som skulle drabbas om tjänsterna skulle upphöra att utföras. Vidare anförde kammarrätten vikten av det stora antalet resor per månad och det stora geografiska området som tjänsten ska samordna. Avsaknaden av en effektiv samordning skulle riskera att många fler fordon skulle krävas än vad som användes med samordningen. Med anledning av dessa skäl fick avtalet bestå på grund av tvingande hänsyn till allmänintresse.²⁴⁷ Vad som är lik-

²⁴⁶ Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2308-21.

²⁴⁷ Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 1738-22.

nande tendenser detta fall som för ovan nämnda fall från kammarrätten i Göteborg är att det i detta fall handlade om en samordning på cirka 150 000 resor per år i ett stort geografiskt område medan i det senare handlade det om cirka 278 648 färdtjänstresor år 2010 med 1 354 442 samordningar. Det är alltså väldigt många resor som var föremål för samordning och därmed kan anses ha uppfyllt det som utgör ”exceptionella omständigheter”.

5.3.3.4 Sjukvård

I rättspraxis från EU-domstolen har det bekräftats att skäl kopplade till bevarandet av folkhälsa kan motivera att avtal får bestå. Detta kom fram i fallet *Medipac*²⁴⁸, som handlade om upphandling av medicintekniska produkter, specifikt kirurgiska suturer, vilka som skulle ges till patienter och användare, och upprätthålla en hög skyddsnivå inom vården. I detta fall argumenterade EU-domstolen att en försening av produktleveransen potentiellt kunde försvåra driften av det offentliga sjukhuset som det gäller och därigenom utgöra en risk för folkhälsan. Med detta i åtanke ansågs avtalet få bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.²⁴⁹ Detta rättsfall understryker att avtal får bestå när det finns starka skäl för allmänintresset, såsom folkhälsan samt att medlemsstater och upphandlande myndigheter har rätt att avvika från principen om fri rörlighet när allmänintresset kräver det. Det måste beaktas att detta får endast ske under förutsättning att de åtgärder som vidtag är i förenlighet med proportionalitetsprincipen.²⁵⁰

I ett avgörande från kammarrätten i Jönköping²⁵¹ prövades om en upphandling av hörselapparater som genomförts utan föregående annonsering omfattades av undantaget. Även där fick avtalet bestå. Motparten till den upphandlande myndigheten åberopade ovan nämnt fall och hävdade att undantaget tillämpades vid risker av akut karaktär dvs. när förseningar kunde hota driften av ett offentligt sjukhus. Vidare menade motparten att det inte fanns lagligt stöd för att tillämpa undantaget i mindre akuta situationer såsom i det aktuella fallet med bristen på hörapparater. Kammarrätten klargjorde dock i sin dom hur tolkning av rättsfallet skulle göras. Rätten anförde att EU-domstolen hade fastslagit att den situation som rådde i målet gjorde att den upphandlande myndigheten fick vidta alla nödvändiga tillfälliga åtgärder med hänsyn till proportionalitetsprincipen för att tillhandahålla de produkter som var nödvändiga för att kunna driva sjukhuset. EU-domstolen hade därmed inte kommenterat situationer med hjälpmedel av mindre akut karaktär, och därför kunde inga bestämda slutsatser dras om huruvida rättsfallet är tillämpligt för dessa typer av hjälpmedel.

I ytterligare ett rättsfall från kammarrätten i Göteborg²⁵² fick ett avtal bestå med anledning av folkhälsointressen. Målet gällde leverans av dosdispenserade läkemedel som skulle riskera avbrott i leveransen om avtalet ogiltigför-

²⁴⁸ Mål C-6/05, *Medipac*.

²⁴⁹ Mål C-6/05, *Medipac*.

²⁵⁰ Sundstrand 2013, s 71f.

²⁵¹ Kammarrätten i Jönköping, mål nr 1587-1589-11.

²⁵² Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3674-14.

klarades. Detta skulle vara en hälsorisk för 35 000 berörda patienter. Den upphandlande myndigheten framhöll att andra alternativ såsom att överföras till en ny leverantör under semestertider skulle inte vara möjligt att göra på så kort tid som en vecka. Domstolen dömde med anledning av de nämnda argumenten att avtalet inte var ogiltigt.

5.4 Sammanfattande reflektioner

För att sammanfatta, indikerar rättspraxis på tre gemensamma tendenser. För det första så är det inte särskilda situationer som avgör om avtalen får bestå. Snarare är det omständigheterna kring situationerna och hur extraordinära omständigheterna är som avgör det. Exempelvis hur många transporter som avtalet avser samordna eller det faktum att avtalet bevakar Sveriges mest trafikerade väg.

För det andra är en viktig aspekt bland rättsfallen den inverkan som upphävdandet av avtalet skulle ha på användarna. Om ett avtal uppfyller hela behovet, eller endast delar av det, påverkar hur mycket skada användarna skulle lida av avsaknaden av avtalet. Exempelvis om avtalet gäller en fordonskapacitet på 100 procent eller fjorton procent avgör hur nödvändigt det är för användarna, trots att en kvalitetsförsäkring inte ska tillåtas.

För det tredje beror avtalets bestående på hur väl och detaljerat parterna argumenterar för avtalets nödvändighet. Detta är särskilt tydligt i de två kammar-rättsavgöranden som gäller behovet av vinterväghållning i Malmö stad och snöröjning på skolgårdar. I de båda fallen var det tydligt att generella påståenden om risker inte var tillräckliga för att övertyga om nödvändigheten med avtalet. I stället hade ett resonemang kring exempelvis avsaknaden av andra nödutgångar i skolan eller hur kritiskt det är med framkomligheten vid avsaknad av snöröjning, kunnat vara behjälplig för att övertyga om nödvändigheten med avtalet.

Genom en analys av rättsfallen kan man utläsa att domstolen gör sin bedömning baserat på följande kriterier:

- Uppfyller avtalet generellt ett allmänintresse? För vilken/vilka grupp/grupper?
- Är det specifika avtalet nödvändigt för denna/dessa gruppen/grupper?
- Finns det några andra alternativ till avtalet?
- Kan den upphandlande myndigheten utföra åtgärden själv, utan avtalet?

De två senare frågorna har inte diskuterats i alla rättsfall vilket kan ifrågasättas. Dessa frågor behandlar proportionalitetsprincipen genom att utreda om det finns andra mindre inskränkande alternativ tillgängliga för den upphandlande myndigheten. Om sådana alternativ skulle finnas, är det då inte nödvändigt att avvika från principen om den fria konkurrensen. Generellt sett skulle det vara fördelaktigt om det fanns en mer vägledande struktur för bedöm-

ningen av denna bestämmelses tillämpning. Till exempel görs sällan en avvägning mellan allmänintresset och avtalets ogiltigförklaring i relation till fördelarna med den fria konkurrensen. Jag anser att en mer detaljerad diskussion skulle ha varit nödvändig, särskilt när det gäller ett undantag av inskränkande natur som denna.

Det finns två identifierade utmaningar med tillämpningen av undantaget. För det första, hur långt ska man kunna använda allmänintresset som skäl för att låta ett avtal bestå? Ska både ”direkta samhällsfunktioner”, såsom skola, vård och transport, och ”indirekta samhällsfunktioner”, såsom datorsystem och samordningstjänster, omfattas av undantaget? Om indirekta samhällsfunktioner också ska inkluderas, finns det då inte en risk att upphandlande myndigheter kan skapa en lång kedja av orsak och verkan som potentiellt inte har kausala samband? Med tanke på att myndigheter generellt arbetar för ett allmänintresse, eftersom de finansieras av skattemedel, kan det inte då argumenteras för att större delen av deras verksamhet därför omfattas av eller är kopplat till ett allmänintresse?

Den andra utmaningen är avtalets omfattning, exempelvis avtalstid och andra klausuler, vilket kan sätta den upphandlande myndigheten i en ekonomiskt ohållbar situation om avtalet inte skulle få bestå. Ett exempel är det kammarrättsliga avgörandet om telefonitjänster som inte fick bestå.²⁵³ Avtalet hade en obegränsad löptid, en lång uppsägningstid och en klausul som innebar att den upphandlande myndigheten skulle behöva betala en stor summa om uppsägning skulle ske inom fyra år. Det är värt att ifrågasätta om det inte borde finnas skillnader mellan situationer där avtalen är mer och situationer där avtalen är mindre ingripande. Ett avtal med flera års löptid eller som i fallet med dygnet-runt-övervakningen av väg E 4, där avtalets löptid var knuten till tidpunkten för domstolens beslut i den ursprungliga upphandlingen, bör anses vara mer ingripande än ett avtal vars löptid är begränsad till några månader. Avtalstiden indikerar hur länge den upphandlande myndigheten avviker från den fria konkurrensen och skyldigheten att annonsera. En längre avtalstid bör därför anses vara mer ingripande mot den fria konkurrensen och syftet med upphandlingsrätten än ett avtal med en kortare avtalstid. Detta är något som redan beaktas i bestämmelsen om synnerlig brådska, där det framgår att det som upphandlas vid synnerlig brådska inte ska täcka ett behov som sträcker sig utöver händelsen och därför uppfylla ett behov som uppstår efter att händelsen har upphört. Med detta sagt, anser jag att domstolarna bör göra en avvägning mellan avtalets omfattning och allmänintresset vid bedömning om avtalet ska bestå. Det bör vara en del av proportionalitetsbedömningen.

²⁵³ Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3295-18 m.fl.

6 Avslutning

Uppsatsen har haft som syfte att besvara följande frågeställningar:

- Under vilka förutsättningar kan undantaget om upphandling vid synnerlig brådska tillämpas?
- Under vilka omständigheter kan ett upphandlat avtal fortsätta bestå även om det undantaget om synnerlig brådska inte är tillämpligt?

Gemensamt för besvarandet av frågeställningarna är att de båda utgör undantag till unionsrättens huvudsakliga skyddsintressen såsom den fria konkurrensen. Med anledning av det ska också undantagen tillämpas med restriktivitet.

Vid besvarandet av den första frågan visar min analys att det finns svårigheter att lägga fram en lättförståelig bild om hur rekvisiten ska tolkas för att undantaget ska vara gällande. Det är snarare en bild om hur rekvisiten ska tolkas för att undantaget *inte* ska vara gällande som har förmedlats om den gällande rätt. Det finns nämligen inte ett enda vägledande avgörande från EU-domstolen som visar på när och hur undantaget kan vara gällande. Inte heller finns det några djupare analyser i doktrin om undantagets tillämpning utan det är främst domstolarna som genom sin rättspraxis har fått utveckla den faktiska innebörden av rekvisiten. Vidare visar rättspraxis från EU att restriktiviteten av tillämpningen är så pass restriktiv att den aldrig tillämpas, i vart fall i EU-domstolen. Enligt min mening är en sådan restriktivitet alltför långtgående. Visst är den fria konkurrensen och därmed även de EU-rättsliga principer som genomsyrar upphandlingsrätten av betydande vikt vid tolkning av undantaget. Dessa kan dock inte vara det enda som ska styra tolkningen eftersom det klart och tydligt finns en avsikt från lagstiftaren att faktiskt reglera situationen som uppstår vid synnerlig brådska. Således finns det ett behov att definiera undantagets tillämpningsområde och ställa sig frågan vad undantaget faktiskt syftar till att uppnå. I HFD har undantagets tillämpningsområde fått en vidsträckt tolkning genom att överprövningsprocesser kan anses vara sådana oförutsedda omständigheter som gör undantaget gällande. Mot bakgrund av de EU-rättsliga principerna kan man kritisera den svenska tolkningen, då den ger ett större utrymme för konkurrenshämmande åtgärder och att bland annat öppenhetsprincipen inte tillgodoses. Samtidigt, som nämnts ovan bör dock en restriktiv tolkning inte nödvändigtvis innebära att undantaget inte kan tillämpas alls. Mot bakgrund av detta skulle ett vägledande avgörande från EU-domstolen förtydliga rättsläget.

Vad gäller undantaget om tvingande hänsyn till ett allmänintresse, är det där inte fråga om en alltför strikt restriktiv tillämpning. Trots att det anges att undantaget ska tillämpas restriktivt har avtal fått bestå i flera avgöranden. Även här saknas dock EU-domstolens vägledande avgöranden. Visserligen finns det ett rättsfall inom upphandlingsrätten som behandlar tvingande hänsyn

till ett allmänintresse. Denna är dock inte tillräcklig då den utgör exceptionella omständigheter av folkhälsoskäl. I svensk praxis har undantaget varit gällande för såväl direkta samhällsfunktioner som för indirekt sådana såsom datorsystem och koordinering av funktioner. Utifrån min bedömning behövs ett vägledande avgörande som kan sätta gränserna för tillämpningen av undantaget.

Slutligen är slutsatsen att det finns ett behov av att klargöra båda dessa undantag. Detta för att säkerställa att tolkning och tillämpning av undantagen inte lämnar något utrymme för osäkerhet, och att svensk rättstillämpning stämmer överens med EU-rättens avsikter och tolkningar av undantagen.

Källförteckning

Litteratur

- Arrowsmith, Sue, Law of Public and Utilities Procurement, 3 u., Sweet & Maxwell 2014
- Asplund, Anders, Ehn, Magnus, Johansson, Daniel & Olsson, Erik, Överprövning av offentlig upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF, Jure, 2012
- Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, Europarättens grunder, 5 u., Norstedts Juridik, 2014.
- Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, Europarättens grunder, 6 u., Norstedts Juridik, 2018.
- Falk, Jan-Erik, Lag om offentlig upphandling – en kommentar. 4 u., Jure Förlag AB, 2020.
- Forsberg, Niclas, Upphandling: enligt LOU, LUF, LUK, LUFS och LOV. 5 u., Norstedts Juridik, 2019.
- Hartley, Trevor C, The foundations of European Union law: an introduction to the constitutional and administrative law of the European Union. 7 u., Oxford University Press, 2010.
- Hellner, J, Metodproblem i rättsvetenskapen – Studier i förmögenhetsrätt, Jure 2001.
- Hettne, Jörgen, Rättsprinciper som styrmedel, Norstedts Juridik, 2008.
- Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida (red.), EU-rättslig metod: Teori och genomslag i svensk rättstillämpning, 2 u., Norstedts Juridik, 2011.
- Jareborg, Nils, Rättsdogmatik som vetenskap, SvJT 2004, s. 1-10.
- Kleineman, Jan, Rättsdogmatisk metod, i Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), Juridisk metodlära, 2 u., Studentlitteratur, 2018.
- Motyka-Mojkowski, Mariusz, Economic reasons as a justification for extreme urgency in construction projects for sports events, Westlaw UK Journal Articles 2013.
- Pedersen, Kristian, Upphandlingens grunder – en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna, 5 u., Jure, 2019.

- Peedu, Karin, Direktupphandling på grund av synnerlig brådska, UrT 4/2016, s. 270-278.
- Ramberg, Jan & Ramberg, Christina, Allmän avtalsrätt, 9 u., Norstedts Juridik, 2014.
- Reichel, Jane, God förvaltning i EU och Sverige, Jure, 2006.
- Rosén Andersson, Helena, Mühlenbock, Eva-Maj, Hallberg, Olof, Norlén, Hugo & Näslund, Johanna, Lagen om offentlig upphandling: en kommentar, 3 u., Norstedts Juridik, 2020.
- Sandgren, Claes, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare – Ämne, material, metod och argumentation, 4 u., Norstedts Juridik, 2018.
- Stenicke, Michael & Peter, L Vesterdorf, Brussels Commentary on EU Public Procurement Law, Nomos/Hart, 2018.
- Sundstrand, Andrea, Offentlig upphandling : primärrättens reglering av offentliga kontrakt, Jure, 2012.
- Sundstrand, Andrea, Offentliga kontrakt – möjlighet till undantag från EU:s primärrätt, FT 1/2013, s. 67-78.
- Sundstrand, Andrea, Offentliga kontrakt – rättsmedlen i primärrätten, FT 4/2014, s. 479-502.
- Sundstrand, Andrea, Upphandling i tider av synnerlig brådska, UrT 1/2020, s. 15-29.
- Wendelsson, Daniel & Sällfors, Kristoffer, Undantagen från upphandlingskyldigheten, UrT 2021 s. 35.
- Westberg, Peter, Civilrättskipning, 2 u., Norstedts juridik, 2013.

Offentligt tryck

Fördrag

Fördraget om Europeiska unionen.
Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.

Förordningar och direktiv

Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten

Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/123/EG av den 12 december 2006 om tjänster på den inre marknaden

Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling

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

Förarbetem

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

Ds 2009:30 Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet

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

Prop. 2009/10:180 Nya rättsmedel på upphandlingsområdet

Prop. 2013/14:133 Direktupphandling

Prop. 2015/16:195 Nytt regelverk om upphandling

Prop. 2021/22:5 Ett förenklat upphandlingsregelverk

Rättspraxis

Europeiska unionens domstol

C-120/78 Domstolens dom den 20 februari 1979
Rewe-Zentral (Cassis de Dijon)
ECLI:EU:C:1979:42

C-106/83 Domstolens dom den 13 december 1984
Sermide
ECLI:EU:C:1984:394

C-240/83 dom den 7 februari 1985
Association de défense des brûleurs d'huiles usagées
ECLI:EU:C:1985:59

C-31/87 Domstolens dom den 20 september 1988
Beentjes
ECLI:EU:C:1988:422

C-302/86 Domstolens dom den 20 september 1988
Kommissionen mot Danmark

ECLI:EU:C:1988:421

C-45/87 Domstolens dom den 22 september 1988
Kommissionen mot Irland
ECLI:EU:C:1988:435

C-199/85 Domstolens dom den 10 mars 1987
Kommissionen mot Italien
ECLI:EU:C:1987:115

C-24/91 Domstolens dom den 18 mars 1992
Kommissionen mot Spanien
ECLI:EU:C:1992:134

C-360/89 Domstolens dom den 3 juni 1992
Kommissionen mot Italien
ECLI:EU:C:1992:235

C-243/89 Domstolens dom den 22 juni 1993
Kommissionen mot Danmark
ECLI:EU:C:1993:257

C-107/92 Domstolens dom den 2 augusti 1993
Kommissionen mot Italien
ECLI:EU:C:1993:344

C-71/92 Domstolens dom den 17 november 1993
Kommissionen mot Spanien
ECLI:EU:C:1993:890

C-328/92 Domstolens dom den 3 maj 1994.
Kommissionen mot Spanien
ECLI:EU:C:1994:178

C-55/94 Domstolens dom den 30 november 1995
Gebhard
ECLI:EU:C:1995:411

C-318/94 Domstolens dom den 28 mars 1996
Kommissionen mot Tyskland.
ECLI:EU:C:1996:149

C-87/94 Domstolens dom den 25 april 1996
Kommissionen mot Belgien
ECLI:EU:C:1996:161

C-368/95 Domstolens dom den 26 juni 1997
Familiapress
ECLI:EU:C:1997:325

C-328/96 Domstolens dom den 28 oktober 1999.
Kommissionen mot Österrike
ECLI:EU:C:1999:526

C-16/98 Domstolens dom den 5 oktober 2000
Kommissionen mot Frankrike
ECLI:EU:C:2000:99

C-324/98 Domstolens dom av den 7 december 2000
Telaustria Verlags GmbH och Telefonadress
AG ECLI:EU:C:2000:669

C-470/99 Domstolens dom den 12 december 2002
Concordia Bus
ECLI:EU:C:2002:495

C-20/01 och C-28/01 Domstolens dom den 10 april 2003
Kommissionen mot Tyskland
ECLI:EU:C:2003:220

C-496/99 Domstolens dom den 29 april 2004
Succhi di Frutta
ECLI:EU:C:2004:236

C-385/02 Domstolens dom den 14 september 2004
Kommissionen mot Italien
ECLI:EU:C:2004:522

C-340/02 Domstolens dom den 14 oktober 2004
Kommissionen mot Frankrike
ECLI:EU:C:2004:623

C-126/03 Domstolens dom den 18 november 2004
Kommissionen mot Tyskland
ECLI:EU:C:2004:728

C-26/03 Domstolens dom den 11 januari 2005
Stadt Halle
ECLI:EU:C:2005:5

C-21/03 Domstolens dom den 3 mars 2005
Fabricom
ECLI:EU:C:2005:127

C-21/03 och C-34/03 Domstolens dom den 3 mars 2005
Förenade målen
ECLI:EU:C:2005:127

C-394/02 Domstolens dom den 2 juni 2005
Kommissionen mot Grekland

ECLI:EU:C:2005:336

C-234/03 Domstolens dom den 27 oktober 2005
Contse m.fl.
ECLI:EU:C:2005:644

C-525/03 Domstolens dom den 27 oktober 2005
Kommissionen mot Italien
ECLI:EU:C:2005:648

C-6/05 Domstolens dom den 14 juni 2007
Medipac
ECLI:EU:C:2007:337

C-357/06 Domstolens dom den 18 december 2007
Frigerio Luigi § C.
ECLI:EU:C:2007:818

C-213/07 Domstolens dom den 16 december 2008
Michaniki
ECLI:EU:C:2008:731

C-538/07 Domstolens dom den 19 maj 2009
Assitur
ECLI:EU:C:2009:317

C-275/08 Domstolens dom den 15 oktober 2009
Kommissionen mot Tyskland
ECLI:EU:C:2009:632

C-203/08 Domstolens dom den 5 juni 2010
Sporting Exchange
ECLI:EU:C:2010:307

C-221/12 Domstolens dom den 14 november 2013
Belgacom
ECLI:EU:C:2013:736

C-113/13 Domstolens dom av den 11 december 2014
Spezzino
ECLI:EU:C:2014:2440

Generaladvokatens förslag till avgörande

Generaladvokats Jacobs yttrande i C-525/03

Högsta förvaltningsdomstolen

HFD 2012 ref. 27
HFD 2016 ref. 37
HFD 2017 ref. 66
HFD 2018 ref. 60
HFD 2019 ref. 18
HFD 2019 ref. 65

Kammarrätterna

Kammarrätten i Göteborgs dom den 8 april 2009, mål nr 1403-09
Kammarrätten i Göteborgs dom den 21 januari 2010, mål nr 5455-09
Kammarrätten i Göteborgs dom den 22 juni 2010, mål nr 1501-10
Kammarrätten i Göteborgs dom den 27 oktober 2010, mål nr 3759-11
Kammarrätten i Göteborgs dom den 12 november 2010, mål nr 784-10
Kammarrätten i Göteborgs dom den 2 december 2011, mål nr 5819-11
Kammarrätten i Göteborgs dom den 28 februari 2012, mål nr 7469-7472-11
Kammarrätten i Göteborgs dom den 29 februari 2012, mål nr 1446-1452-12
Kammarrätten i Göteborgs dom den 29 februari 2012, mål nr 821-827-12
Kammarrätten i Göteborgs dom den 17 december 2014, mål nr 3674-14
Kammarrätten i Göteborgs dom den 25 april 2018, mål nr 2751-17
Kammarrätten i Göteborgs dom den 3 december 2018, mål nr 3295-18 m.fl.

Kammarrätten i Sundsvalls dom den 7 juli 2014, mål nr 522-14
Kammarrätten i Sundsvalls dom den 7 november 2014, mål nr 1943-14
Kammarrätten i Sundsvalls dom den 3 december 2015, mål nr 1460-15
Kammarrätten i Sundsvalls dom den 28 januari 2016, mål nr 2279-15
Kammarrätten i Sundsvalls dom den 22 juni 2017, mål nr 566-17
Kammarrätten i Sundsvalls dom den 12 november 2020, mål nr 1480-20
Kammarrätten i Sundsvalls dom den 9 april 2021, mål nr 3013-20.
Kammarrätten i Sundsvalls dom den 20 september 2022, mål nr 2308-21
Kammarrätten i Sundsvalls dom den 5 augusti 2022, mål nr 2096-22
Kammarrätten i Sundsvalls dom den 5 december 2022, mål nr 1738-22

Kammarrätten i Stockholms dom den 7 februari 2012, mål nr 880-12
Kammarrätten i Stockholms dom den 23 februari 2016, mål nr 6421-15
Kammarrätten i Stockholms dom den 24 mars 2017, mål nr 2118-16
Kammarrätten i Stockholms dom den 2 juli 2021, mål nr 1699-21

Kammarrätten i Jönköpings dom den 18 november 2011, mål nr 1587-1589-

11

Kammarrätten i Jönköpings dom den 13 februari 2012, mål nr 2972-11
Kammarrätten i Jönköpings dom den 28 september 2012, mål nr 1181-12

Förvaltningsrätterna

Förvaltningsrätten i Mamö, mål nr 2975-11E.
Förvaltningsrätten i Uppsala, mål nr 6727-14.
Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr 23502-11.

Förvaltningsrätten i Falun, mål nr 2121-15.

Övrigt

Myndighetspublikationer

Ekonomistyrningsverket, Finansiering av tillsyn – rapport till Tillsynsutredningen, ESV 2004:16.

Konkurrensverket, Statistik om överprövningsärenden i domstol 2020 – samt nyckeltal för antal överprövade upphandlingar, Analys i korthet 2021:2.

Konkurrensverket & Upphandlingsmyndigheten, Statistik om offentlig upphandling 2020, Upphandlingsmyndighetens rapport 2020:4, Konkurrensverkets rapport 2020:5.

Konkurrensverket, 2015-05-22, Yttrande angående “Överprövningsutredningens betänkande Överprövning av upphandlingsmål m.m. (SOU 2015:12)”.

Europeiska kommissionen, Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet och Rådet om regler för offentlig upphandling i samband med den aktuella asylkrisen. Bryssel 9.9.2015 COM, 2015.

Europeiska kommissionen, Vägledning från Europeiska kommissionen om användningen av reglerna om offentlig upphandling i nödsituationen i samband med covid-19-krisen, 2020/C 108 I/01, 2020.

Upphandlingsmyndigheten, Nationella upphandlingsrapporten 2023, Rapport, 2023:1.

Elektroniska källor

Konkurrensverket, “Otillåten direktupphandling.”
<https://www.konkurrensverket.se/upphandling/lagar-och-regler/direktupphandling/otillaten-direktupphandling/> [Hämtad 2023-06-15]

Nord, Eskil, Lag (2016:1145) om offentlig upphandling, kommentar till 19 a kap. 5 §, Karnov (JUNO).

Nord, Eskil, Lag (2016:1145) om offentlig upphandling 20 kap. 14 §, Karnov (JUNO).

Ulfsdotter, Anna, Lag (2016:1145) om offentlig upphandling 20 kap. 13 §, avsnitt 2.1 Rättsläget, Lexino 2021-01-20 (JUNO).

Upphandlingsmyndigheten, “Färre offentliga upphandlingar annonseras”

<https://www.upphandlingsmyndigheten.se/nyheter/2023/farre-offentliga-upphandlingar-annonseras/> [Hämtad 2023-07-20]

Upphandlingsmyndigheten, “Förhandlat förfarande med föregående annonsering”

https://www.upphandlingsmyndigheten.se/inkopsprocessen/forbered-upphandling/valja-upphandlingsforfarande/forhandlat-forfarande-med-foregaende-annonsering/#nar_far_det_anvandas_ [Hämtad 2023-07-20]

Upphandlingsmyndigheten, “Förhandlat förfarande utan föregående annonsering”

[Hämtad 2023-07-30]

Upphandlingsmyndigheten, “Tröskelvärden och direktupphandlingsgränser”,
<https://www.upphandlingsmyndigheten.se/regler-och-lagstiftning/tro-skelvarden-och-direktupphandlingsgranser/> [Hämtad 2023-06-01]