



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Sofia Süstler

”Nöden har ingen lag”

En studie av upphandlande myndigheter som
direktupphandlar vid synnerlig brådska

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Henrik Norinder

Termin för examen: VT 2013

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Undantag från annonsering av upphandlingar	5
1.2 Syfte och frågeställningar	6
1.3 Avgränsning	6
1.4 Metod och material	7
1.5 Disposition	9
2 DIREKTUPPHANDLING ENLIGT LOU	10
2.1 Direktupphandling som upphandlingsform	10
2.1.1 Förhandlat förfarande utan föregående annonsering	11
2.1.2 Direktupphandling enligt nationella regler	11
2.2 Otillåten direktupphandling	12
3 RÄTTSMEDEL	13
3.1 Rättsmedelsdirektiven och ändringsdirektivet	13
3.2 Överprövningsinstitutet	14
3.2.1 Överprövning av en upphandling	14
3.2.2 Överprövning av avtals giltighet	15
3.2.3 Ogiltighet vid underlåten annonsering	16
4 UNDANTAG FRÅN OGILTIGHET	17
4.1 Frivillig förhandsinsyn	17
4.2 Tvingande hänsyn till ett allmänintresse	18
4.2.1 Definition	19
4.2.2 Exceptionella omständigheter	19
4.2.3 Bedömning och avvägning	20
5 DIREKTUPPHANDLING VID SYNNERLIG BRÅDSKA	21

5.1	Inom det direktivstyrda området	21
5.1.1	Absolut nödvändigt	21
5.1.2	Synnerlig brådska	22
5.1.3	Oförutsedda omständigheter	24
5.1.4	Inte bero på den upphandlande myndighetens eget agerande	24
5.2	Utanför det direktivstyrda området	25
5.3	Synnerlig brådska på grund av överprövning	26
5.3.1	Region Skåne mot GN ReSound	27
5.3.2	Region Skåne mot Menarini	28
5.3.3	Region Skåne mot Swebus	28
5.3.4	Trollhättans kommun m.fl. mot Menigo	29
5.3.5	Lunds kommun m.fl. mot Menigo	30
5.3.6	Upphandlande myndigheter ska ta höjd för överprövning vid planering	32
6	UNDANTAG FRÅN OGILTIGFÖRKLARING AV DIREKTUPPHANDLADE AVTAL	33
6.1	Tvingande allmänintresse	33
6.1.1	Samhällsåtagande	33
6.1.1.1	Hjälpmedel åt funktionshindrade	33
6.1.1.2	Samordning av kollektivtrafik, sjuk- och färdtjänstresor	35
6.1.1.3	Snöröjningstjänster	36
6.1.1.4	Livsmedel till förskolor, skolor och äldreomsorg	38
6.2	Upphandlingsskadeavgift	40
6.2.1	Överträdelser som kan leda till upphandlingsskadeavgift	41
6.2.2	Omständigheter som påverkar avgiftens storlek	41
6.2.3	Eftergift	42
7	MOTSTRIDIGA REGELVERK	44
7.1	Lagkonflikt	44
7.2	Ett nytt undantag för direktupphandling under överprövning	47
8	ANALYS	50
8.1	De lege lata	50
8.2	Sammanfattande slutsatser	56
8.3	De lege ferenda	58
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	60
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	64

Summary

This thesis highlights the problem of review procedures that lead contracting authorities to waive the mandatory publication of a contract notice by directly procuring public commitments due to extreme urgency. The fact that a contracting authority has been forced to directly procure a public commitment, in order to perform a mandatory duty, in the event of urgency due to a review procedure will not necessarily make the direct award considered permissible under the Swedish Public Procurement Act. That is because a review procedure is considered as a foreseeable circumstance, thus are authorities expected in the preparation of a public procurement to set aside enough time for a possible review procedure. Review procedures sometimes cause delays in the public procurement process which the authorities hardly could have anticipated and planned for, this might lead to it being necessary with a direct award in order for the authority to fulfill its public commitment. The question if a temporary direct award of a public commitment is to be allowed during review procedure, given that it is difficult for contracting authorities to determine how long a review procedure takes, has been assessed in various case law from the administrative courts of appeal. It is therefore of great importance that the Supreme Administrative Court clarify the legal situation.

In case a direct award of a public commitment is considered illegal, because the authority did not set aside enough time for a review procedure, the contract should be annulled. The agreement may prevail in accordance with the doctrine of overriding reasons in the general interest, if the court considers the public commitment to be of general interest. The scope for applying this exemption of annulment is extremely limited, hence it is highly uncertain whether a public commitment will be considered to fall within the exemption and cause the agreement to prevail.

Review procedures not only cause delays in public procurements but also cause contracting authorities to face conflict of laws between the public procurement law and other regulations. Authorities can in the event of urgency, caused by a reviewing procedure, be forced to violate public procurement rules in order to carry out a public commitment, e.g. providing school transportation. According to case law a conflict of laws does not give contracting authorities the right to waive the public procurement legislation, without a special interest worthy of protection.

To solve the problems that review procedures are causing the author believes that the legislature should introduce a new exemption that permits temporary direct awards of public commitments during review procedures. The main advantages of such an exemption are that the number of review procedures is reduced, contracting authorities avoid conflicting laws as well as public procurement sanctions and the service to the public will be improved since the authorities can carry out mandatory duties without delay.

Sammanfattning

Denna uppsats belyser problematiken med överprövningar som föranleder upphandlande myndigheter att frångå det obligatoriska annonseringskravet genom att direktupphandla samhällsåtaganden på grund av synnerlig brådska. Att en upphandlande myndighet blivit tvungen att direktupphandla ett samhällsåtagande, i syfte att utföra en obligatorisk skyldighet, för att det uppstått brådska på grund av överprövning medför inte alltid att direktupphandlingen anses tillåten enligt LOU. Det beror på att en överprövning anses som en förutsebar omständighet, därmed förväntas upphandlande myndigheter vid planering av en upphandling avsätta tillräckligt med tid för en eventuell överprövningsprocess. Överprövningar skapar dock ibland förseningar i upphandlingsprocessen som myndigheterna svårtligen kunnat förutse och planera inför, vilket kan leda till att det blir nödvändigt med direktupphandling för att myndigheten ska kunna uppfylla sitt samhällsåtagande. Frågan om en tillfällig direktupphandling av ett samhällsåtagande ska tillåtas under överprövning, med hänsyn till att det är vanskligt för upphandlande myndigheter att beräkna hur lång tid en överprövningsprocess tar, har bedömts olika i kammarrättspraxis. Det är således av stor vikt att HFD prövar denna fråga i syfte att klargöra rättsläget.

Ifall en direktupphandling avseende ett samhällsåtagande anses otillåten, med anledning av att myndigheten avsatt för kort tid för överprövning, ska avtalet ogiltigförklaras. Avtalet kan dock få bestå med stöd av doktrinen om tvingande hänsyn till ett allmänintresse, om domstolen anser att samhällsåtagandet utgör ett sådant allmänintresse. Utrymmet för att tillämpa detta undantag från ogiltighet är dock ytterst begränsat, därmed är det högst osäkert om ett samhällsåtagande kommer att anses falla inom ramen för undantaget och medföra att avtalet får bestå.

Överprövningsprocesser orsakar inte endast förseningar i upphandlingar utan medför även att upphandlande myndigheter ställs inför lagkonflikter mellan upphandlingslagstiftningen och andra regelverk. Upphandlande myndigheter kan i händelse av tidsnöd orsakad av en överprövning tvingas att bryta mot upphandlingsreglerna för att utföra ett samhällsåtagande, exempelvis tillhandahålla skolskjuts. Enligt praxis räcker dock inte en lagkonflikt för att myndigheterna ska ha rätt att frångå upphandlingslagstiftningen, utan det krävs ett särskilt skyddsvärt intresse.

För att lösa den problematik som överprövningar orsakar anser författaren att lagstiftaren bör införa ett nytt undantag som tillåter temporär direktupphandling av samhällsåtaganden under pågående överprövning. De främsta fördelarna med ett sådant undantag är att antalet överprövningar reduceras, upphandlande myndigheter undgår såväl lagkonflikter som upphandlingsrättsliga sanktioner och servicen till det allmänna förbättras genom att myndigheterna kan utföra obligatoriska skyldigheter utan dröjsmål.

Förord

”200 paragrafer krångel”

- *Johan Trouvés (VD Västsvenska Handelskammaren) beskrivning av LOU i en debattartikel publicerad i Offentliga affärer 2012-11-22*

Mina dagar som juridikstuderande är snart förbi. Med facit i hand är jag oerhört glad att valet till slut föll på juristutbildningen vid den Juridiska fakulteten i Lund. Studietiden har varit en händelserik, givande och oförlömlig period i mitt liv.

Jag vill rikta ett stort tack till handledare Henrik Norinder för all hjälp och värdefulla kommentarer. Min sambo Karl-Hugo förtjänar också ett tack för att ha korrekturläst uppsatsen och funnits där vid min sida under denna intensiva skrivperiod. Slutligen vill jag tacka min familj, framförallt mamma, för allt stöd jag fått genom åren för att ta mig dit jag är idag.

Lund och Stockholm, augusti 2013

Sofia Süstler

Förkortningar

ERT	Europarättslig tidsskrift
EU	Europeiska unionen
EUT	Europeiska unionens officiella tidning
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
Dnr	Diarienummer
Ds	Departementsserie
HFD	Högsta Förvaltningsdomstolen
LOU	Lag (2007:1091) om offentlig upphandling
LUF	Lag (2007:1092) om offentlig upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster
Prop.	Proposition
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
TED	Tenders Electronic Daily. TED är Europeiska unionens gemensamma elektroniska databas för upphandlingar över tröskelvärdena.
ÄLOU	Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling

1 Inledning

1.1 Undantag från annonsering av upphandlingar

Inom offentlig upphandling råder det ett obligatoriskt krav på annonsering av upphandlingar. Huvudregeln är alltså att upphandlande myndigheter alltid ska annonsera kommande upphandlingar.¹ Annonseringskravet följer av de grundläggande EU-rättsliga principerna som genomsyrar området offentlig upphandling och är framför allt ett utflöde av transparensprincipen.² Annonseringsreglerna syftar till att öppna upp den inre marknaden för konkurrens avseende offentliga kontrakt och motverka favorisering av nationella leverantörer. Öppenheten förväntas leda till att skattebetalarnas medel används på bästa sätt genom att det skapas konkurrens mellan leverantörer. För att säkerställa att tillräcklig konkurrens uppnås i varje upphandling är det en förutsättning att så många potentiella leverantörer som möjligt får kännedom om kommande upphandlingar genom annonsering. Upphandlingar som sker enligt direktivstyrda regler ska annonseras i EUT och i den europeiska databasen TED, medan upphandlingar som sker enligt nationella regler annonseras i Sverige i en allmänt tillgänglig databas.³ En upphandlande myndighet som underlåter att annonsera när LOU kräver detta bryter mot upphandlingsregelverket och riskerar att bli föremål för upphandlingsrättsliga sanktioner. Även om utgångspunkten är att annonsering alltid ska ske vid konkurrensutsättning av offentliga kontrakt finns det undantag från denna huvudregel. Annonseringsskyldigheten bortfaller nämligen i de fall LOU medger undantag för direktupphandling. Vid upphandlingar inom det direktivstyrda området kan direktupphandling ske genom ett så kallat förhandlat förfarande utan föregående annonsering.⁴ Direktupphandling kan även ske utanför det direktivstyrda området, det vill säga med stöd av nationella regler. Förhandlat förfarande utan föregående annonsering och direktupphandling enligt nationella regler är dock omgivna av restriktioner på så sätt att de endast får tillämpas om vissa, i lagen angivna, förutsättningar är uppfyllda.⁵ Ett exempel på när dessa undantagsförfaranden *kan* bli tillämpliga är när upphandlande myndigheter direktupphandlar då det uppstått synnerlig brådska på grund av en överprövningsprocess.

¹ Artikel 35.2 i direktiv 2004/18/EG (klassiska direktivet), 7 kap. 1§ LOU och 15 kap. 4§ LOU.

² 1 kap. 9§ LOU och Falk, Jan-Erik, *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*, Stockholm, 2011, s. 271.

³ Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder*, Stockholm, 2011, s. 85, Slavicek, Michael, *Upphandlingens olika ansikten*, ERT nr 1 2002, s.18f samt Sundstrand, Andrea, *Offentlig upphandling- en introduktion*, Lund, 2013, s. 166.

⁴ Rosén, Andersson, Helena, Mühlenbock, Eva-Maj, Willquist, Henrik, Svensson, Natalie, *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*, Stockholm, 2013, s. 328f. och Konkurrensverket, vägledning, *Upphandlingsreglerna*, 2012, s. 15.

⁵ Se 4 kap. 5-9§§ och 15 kap. 3§ LOU.

1.2 Syfte och frågeställningar

Denna uppsats är ägnad att belysa den aktuella problematiken rörande direktupphandlingar av samhällsåtaganden som sker på grund av synnerlig brådska orsakad av en överprövning. Det övergripande syftet är att utreda när en direktupphandling på grunden synnerlig brådska, som orsakats av en överprövning, får tillämpas. En vanlig utlösande faktor till varför upphandlande myndigheter väljer direktupphandling är för att det ursprungliga upphandlingsförfarandet blivit föremål för överprövning. En överprövning bromsar upp hela upphandlingsprocessen och kan i vissa fall försätta upphandlande myndigheter i tidsnöd. Brådskan kan i vissa situationer leda till att myndigheter direktupphandlar för att utföra ett samhällsåtagande, det vill säga en obligatorisk uppgift, i syfte att tillgodose samhällets behov av en viss vara eller tjänst. Utifrån denna problematik behandlar uppsatsen tre frågeställningar:

1. Vilka förutsättningar måste vara uppfyllda för att en direktupphandling som sker på grund av synnerlig brådska, orsakad av en överprövning, ska få tillämpas?
2. När ska ett direktupphandlat avtal avseende ett samhällsåtagande, som ingåtts på grund av synnerlig brådska, få bestå trots att avtalet egentligen ska ogiltigförklaras för utebliven annonsering?
3. Vad krävs för att upphandlande myndigheter ska ha rätt att frångå upphandlingsregelverket då det råder synnerlig brådska, orsakad av en överprövningsprocess, för att fullgöra skyldigheter enligt andra lagar?

1.3 Avgränsning

Uppsatsen är riktad till läsare med grundläggande kunskaper inom offentlig upphandling och innehåller därför inget introducerande avsnitt till upphandlingsområdet. För den som behöver inläsning på rättsområdet rekommenderas *Upphandlingens grunder* (Pedersen) som introduktionsbok.

Utredningen är avgränsad till att behandla undantagsförfarandet direktupphandling på grund av *synnerlig brådska*. Tanken är således inte att redogöra för samtliga grunder som kan medföra att direktupphandling får ske. Motiveringen till avgränsningen är att det är grunden synnerlig brådska som aktualiseras när en upphandlande myndighet valt att direktupphandla därför att myndigheten hamnat i tidsnöd då en överprövning orsakat försening i upphandlingsprocessen. Utredningen kommer emellertid även att

behandla brådska som uppstått på grund av andra omständigheter än överprövning. Detta är nödvändigt i samband med att jag redogör för de grundläggande förutsättningarna som måste vara uppfyllda för att direktupphandling på grund av synnerlig brådska ska få tillämpas.

I Sverige regleras offentlig upphandling av de två upphandlingslagarna LOU och LUF. I arbetet behandlas endast direktupphandlingar som sker enligt LOU, det vill säga upphandlingar inom den klassiska sektorn av varor, tjänster och byggtreprenader, med undantag för ett rättsfall som behandlar en direktupphandling enligt LUF. Denna fördelning motiveras av att LOU tillämpas i betydligt större utsträckning än LUF som tillämpas vid upphandlingar inom försörjningssektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster. Upphandlingslagarnas innehåll är dock nästan densamma och endast ett fåtal paragrafer skiljer dem åt, vilket innebär att det som gäller inom ramen för LOU gäller även i huvudsak för LUF.⁶ Då uppsatsen behandlar direktupphandlingar inom ramen för LOU omfattas såväl direktupphandlingar som sker inom som utanför det direktivstyrda området. Anledningen till varför jag valt att inkludera båda varianterna av direktupphandlingar i uppsatsen är för att ge läsaren en helhetsbild av hur undantaget om synnerlig brådska är reglerat i LOU.

Då rättsverkningarna av ett ogiltigförklarat avtal inte regleras i LOU, utan följer av allmänna avtalsrättsliga principer, kommer dessa inte att behandlas i uppsatsen. I detta sammanhang kan det nämnas att regeringen uttalade i samband med införandet av ogiltighetsreglerna år 2010 att det vare sig är nödvändigt eller lämpligt att reglera rättsföljden av ett ogiltigförklarat avtal i upphandlingsregelverket.⁷ Fokus ligger på att utreda under vilka omständigheter ett direktupphandlat avtal som egentligen ska ogiltigförklaras på grund av utebliven annonsering får bestå enligt LOU.

Uppsatsen har offentlighetsrättslig inriktning. Med hänsyn till att skadestånd, som en leverantör kan erhålla för uppkommen skada på grund av att avtal ogiltigförklaras, är en civilrättslig sanktion utelämnas detta. Jag berör endast den offentlighetsrättsliga sanktionen, upphandlingsskadeavgiften, som utdöms vid ogiltighet av avtal och för otillåtna direktupphandlingar.

1.4 Metod och material

Vid författandet av uppsatsen har den så kallade rättsdogmatiska metoden använts. Ett av rättsdogmatikens mål är att framställa rättsordningen som ett sammanhängande nätverk av huvudregler och undantag.⁸ Rättsdogmatikens

⁶ Bergman, Mats, Indén, Tobias, Lundberg, Sofia, Madell, Tom, *Offentlig upphandling – på rätt sätt och till rätt pris*, Lund, 2011, s. 18.

⁷ Asplund, Anders, Ehn, Magnus, Johansson, Daniel, Olsson, Erik, *Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF*, Stockholm, 2012, s. 269, prop. 2009/10:180, s. 136 samt Pedersen, Kristian, *Upphandlingskrönika – ogiltighet av avtal*, ERT nr 4 2010, s. 816.

⁸ Peczenik, Alexander, *Juridikens allmänna läror*, SvJT 2005 s. 249.

huvuduppgift är att fastställa, systematisera och tolka gällande rätt.⁹ Fastställandet av den gällande rättsens innehåll sker genom en sammanvägande tolkning av flera olika rättskällor och en avslutande analys. Flera olika rättskällor bör beaktas för att rättsreglernas fullständiga och riktiga innebörd ska kunna fastställas.¹⁰ Rättskälleläran tillämpas följaktligen i uppsatsen. Rättskälleläran bygger på en hierarkisk ordning av lag, förarbeten, rättspraxis och doktrin.¹¹ Med stöd av den rättsdogmatiska metoden har författaren tagit utgångspunkt i lagstiftning, förarbeten, rättspraxis och doktrin för att presentera gällande rätt, *de lege lata*.¹² Denna metod har valts då det övergripande syftet med uppsatsen är att utreda när direktupphandling på grund av synnerlig brådska orsakad av överprövning får tillämpas enligt gällande rätt. Utöver gällande rätt innehåller uppsatsen även ett *de lege ferenda*-resonemang om hur den aktuella överprövningsproblematiken kan lösas genom att lagstiftaren inför ett nytt undantag för direktupphandlingar under pågående överprövning. En argumentation *de lege ferenda* tolereras inom ramen för den rättsdogmatiska metoden.¹³ Författaren har eftersträvat att hålla isär *de lege lata* och *de lege ferenda* för att åstadkomma klarhet i analysen.

Få rättsområden i Sverige är i samma utsträckning uppbyggda kring unionsrätten som upphandlingsrätten. EU-direktiv och EU-praxis har således varit av central betydelse för redogörelsen. Samtidigt utgör den svenska upphandlingsrätten ett eget nationellt rättsområde med egna nationella regler och egen rättspraxis. Direktupphandlingar som sker på grund av brådska som uppstått till följd av en överprövning är ett nationellt problem, därför används svenska rättskällor i form av förarbeten, praxis och doktrin i stor omfattning. Då svaren på frågeställningarna endast till viss del behandlas i förarbeten och doktrin intar rättspraxis en ytterst framträdande roll. Den absolut viktigaste rättskällan i uppsatsen är således domstolspraxis. För att kunna dra en slutsats om hur direktupphandling på grund av synnerlig brådska orsakad av överprövning får tillämpas enligt gällande rätt redogör jag ingående för flera rättsfall. Min ambition har varit att använda avgöranden från högsta instans då dessa har prejudicerande verkan men eftersom HFD aldrig prövat frågan om direktupphandling på grund av synnerlig brådska består svensk praxis uteslutande av avgöranden från kammarrätterna och förvaltningsrätterna. Förklaringen till detta är att HFD är mycket restriktiv med att meddela prövningstillstånd för upphandlingsmål.¹⁴ Rättspraxis har även använts i stor utsträckning för att kunna besvara uppsatsens andra frågeställning, som handlar om undantag från ogiltigförklaring av direktupphandlade avtal. Vidare har lagförarbeten en framskjuten ställning och används frekvent genom hela utredningen,

⁹ Peczenik, Alexander, *Juridikens teori och metod*, Göteborg, 1995, s. 33.

¹⁰ Hollander, Anna, Alexius Borgström, Katarina, *Juridik och rättsvetenskap i socialt arbete*, Lund, 2009, s. 20.

¹¹ Sandgren, Claes, *Vad är rättsvetenskap?*, Stockholm, 2009, s. 120.

¹² Jareborg, Nils, *Rättsdogmatik som vetenskap*, SvJT 2004 s. 4.

¹³ Sandgren, Claes, *Vad är rättsvetenskap?*, Festskrift för Peter Siepel, s. 546.

¹⁴ Som exempel kan nämnas att sedan 14 mars fram till 24 juli 2013 har 60 ansökningar om prövningstillstånd inkommit till HFD. Inte i något av dessa fall har HFD beviljat prövningstillstånd. Se http://www.konkurrensverket.se/t/IFramePage_3087.aspx.

framför allt prop. 2009/10:180. Vad gäller doktrin har jag haft särskilt stor nytta av lagkommentarer till LOU, främst den kommentar som är författad av Rosén Andersson m.fl. då de specifikt kommenterar synnerlig brådska som uppstått till följd av överprövning. Utländsk doktrin behandlar inte frågan om synnerlig brådska som uppstått på grund av överprövning, vilket förklarar varför användningen av utländsk doktrin är sparsam. Andra källor som varit av värdefull hjälp är vägledningar, yttranden samt rapporter från Konkurrensverket och Kammarkollegiet.

Med hänsyn till källkritik har jag strävat efter att använda primärkällor så som direktiv, lag, förarbeten och rättspraxis i så hög utsträckning som möjligt. Utredningen kompletteras emellertid med doktrin, artiklar, vägledningar och rapporter i de avseenden då dessa källor varit av särskilt värde för att utreda och tolka gällande rätt.¹⁵ Författarna av den doktrin och de artiklar som används är auktoriteter inom upphandlingsområdet. Vidare har jag använt mig av yttranden, rapporter och vägledningar som är utarbetade av erkända myndigheter.

1.5 Disposition

Inledningsvis i kapitel 2 förklaras innebörden av direktupphandling samt de olika varianterna som finns av denna upphandlingsform, direktupphandling med stöd av direktivstyrda regler (förhandlat förfarande utan föregående annonsering) och direktupphandling som sker enligt nationella regler. Kapitel 3 redogör övergripande för överprövningsinstitutet, tillkomsten av ogiltighetsreglerna och avslutas med en djupare redogörelse för ogiltigförklaring av avtal på grund av utebliven annonsering. Kapitel 4 behandlar två viktiga undantag från huvudregeln om ogiltighet av avtal, nämligen frivillig förhandsinsyn och tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Kapitel 5 tar upp vilka förutsättningar som måste vara uppfyllda för att direktupphandling på grunden synnerlig brådska ska kunna tillämpas. I detta kapitel konkretiseras även uppsatsens kärnproblematik och belyser hur direktupphandlingar av samhällsåtaganden som skett på grund av synnerlig brådska orsakad av en överprövningsprocess bedömts av domstolarna. Kapitel 6 består uteslutande av rättspraxis som behandlar vilka typer av samhällsåtaganden som ansetts, respektive inte ansetts, utgöra ett tvingande allmänintresse. I kapitel 7 utreds vad som krävs för att myndigheter ska ha rätt att frångå upphandlingslagstiftningen i händelse av tidsnöd. I detta kapitel presenteras också ett nytt lagförslag från Upphandlingsutredningen som tillåter tillfällig direktupphandling under pågående överprövning. Uppsatsen avslutas med en analys i kapitel 8 där materialet i den deskriptiva delen används för att besvara och analysera de uppställda frågeställningarna. Analysen utmynnar i ett de lege ferenda-resonemang om att det bör införas ett nytt undantag som tillåter temporära direktupphandlingar av samhällsåtaganden under överprövning.

¹⁵ Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*, Stockholm, 2007, s. 106.

2 Direktupphandling enligt LOU

2.1 Direktupphandling som upphandlingsform

En direktupphandling förutsätter inget krav på föregående konkurrensutsättning genom annonsering. Direktupphandling utgör således ett undantag från det lagstadgade kravet på annonsering och målet om öppen konkurrens. I 2 kap. 23§ LOU definieras direktupphandling som upphandling utan krav på anbud i viss form. Innebörden av lagrummet är att det inte finns lagbestämmelser för hur anbuden ska vara utformade vid direktupphandling. Anbuden kan alltså vara muntliga eller skriftliga.¹⁶ Då direktupphandling är ett formlöst förfarande kan upphandlingen genomföras på flera olika sätt, till exempel genom köp direkt i butik eller genom ett mer omfattande tillvägagångssätt som innebär att anbud inhämtas från en eller flera leverantörer.¹⁷ Vid direktupphandling inträder ingen obligatorisk avtalsspärr som det gör vid övriga upphandlingsförfaranden. Det innebär att upphandlande myndigheter kan träffa avtal med en leverantör direkt utan att behöva avvakta tills dess att tio, alternativt 15, dagar har passerat från det att tilldelningsbeslutet skickades ut.¹⁸ Möjligheten till direktupphandling är dock begränsad och det är endast i vissa särskilda situationer som LOU tillåter att upphandling sker utan föregående annonsering.¹⁹ Direktupphandling är normalt endast tillåten vid upphandlingar enligt nationella regler i 15 kap. LOU, det vill säga vid upphandlingar utanför det direktivstyrda området och av B-tjänster.²⁰

De grundläggande EU-rättsliga principerna om icke-diskriminering, likabehandling, proportionalitet, transparens samt ömsesidigt erkännande genomsyrar hela upphandlingsområdet och gäller således även för direktupphandlingar.²¹ Det är dock en aning oklart vilken betydelse dessa principer får vid direktupphandlingar. Utgångspunkten är emellertid att upphandlande myndigheter alltid bör eftersträva att begära in anbud från flera leverantörer i syfte att åstadkomma konkurrens på marknaden och skapa bästa tänkbara förutsättningar för upphandlingen ifråga. Valet av leverantör ska ske på en objektiv och affärsmässig grund, innebärande att om flera anbud har samlats in så ska den upphandlande myndigheten företa en objektiv jämförelse mellan dessa anbud.²²

¹⁶ Kammarkollegiet, vägledning, Direktupphandling, 2011, s. 3f.

¹⁷ Kammarkollegiet, vägledning, Upphandlingsprocessen steg för steg, 2011, s. 8.

¹⁸ 16 kap. 1§ och 2§ 1 p. och 3 p. LOU, Falk, s. 504 och Rosén Andersson m.fl., s. 582f.

¹⁹ Bergman m.fl., s. 128.

²⁰ 1 kap. 2§ 2 st. och 15 kap. 1§ LOU.

²¹ 1 kap. 9§ LOU.

²² Gertéll, Pernilla, *Nya lagen om offentlig upphandling – en handbok*, Lund, 2011, s. 162 och Kammarkollegiet, vägledning, Direktupphandling, s. 22f.

2.1.1 Förhandlat förfarande utan föregående annonsering

Upphandlingar som överstiger EU:s fastställda tröskelvärden ska enligt huvudregeln genomföras som ett öppet eller selektivt förfarande med föregående annonsering.²³ Upphandling kan dock ske utan konkurrensutsättning genom att upphandlande myndigheter använder sig av ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5-9 §§ LOU. I de situationer som regleras i dessa lagrum anses det inte lämpligt att annonsera en upphandling, varför direktupphandling är tillåten. Det finns med andra ord utrymme för direktupphandling av offentliga kontrakt även vid upphandlingar inom det direktivstyrda området.²⁴ Ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering får endast tillämpas i de undantagsfall som uttryckligen framgår av LOU, exempelvis om den upphandlande myndigheten hamnat i synnerlig brådska med att upphandla.²⁵ Uppräkningen av undantagssituationer då förhandlat förfarande utan föregående annonsering kan tillämpas är således uttömmande. Bevisbördan för att en undantagssituation föreligger åvilar den upphandlande myndigheten.²⁶ Då det är fråga om ett undantag från skyldigheten att annonsera ska det tolkas restriktivt.²⁷ Förfarandet ska ske på objektiva grunder och skälen härtill ska därför dokumenteras.²⁸ Hur ett förhandlat förfarande ska gå till finns inte närmare angivet i det klassiska EU-direktivet eller i LOU men som framgår av ovan ska de grundläggande principerna alltså respekteras vid en direkttilldelning.²⁹

2.1.2 Direktupphandling enligt nationella regler

Av 15 kap. 3 § 1 st. LOU framgår att huvudformerna för upphandling enligt nationella regler är förenklat förfarande och urvalsförfarande. Direktupphandling enligt 15 kap. LOU är således tänkt som ett alternativt förfarande och får enbart ske i de tre undantagsfall som anges i paragrafens andra stycke. Den första situationen som medger direktupphandling är om avtalets kontraktsvärde uppgår till högst 15 procent av tröskelvärdet³⁰ för varor och tjänster, den andra situationen är om någon av de förutsättningar som anges i 4 kap. 5-9 §§ LOU föreligger och den tredje situationen är om det föreligger synnerliga skäl.³¹ Här ska det klargöras att direktupphandling

²³ 4 kap. 1 § och 7 kap. 1 § LOU.

²⁴ 4 kap. 1 § 2 st. och 5-9 §§ LOU, Kammarkollegiet, vägledning, Direktupphandling, s. 3, samt Sundstrand, s. 132f.

²⁵ 4 kap. 5 § 1 st. 3 p. LOU.

²⁶ Mål C-84/03, *Kommissionen mot Spanien* och mål C-328/92, *Kommissionen mot Spanien*.

²⁷ Mål C-26/03, *Stadt Halle* och mål C-337/05, *Kommissionen mot Italien*.

²⁸ 9 kap. 12 § LOU.

²⁹ Konkurrensverket, yttrande, dnr 346/2010, p. 45.

³⁰ År 2010 infördes en fast beloppsgräns för direktupphandling. Den nuvarande gränsen för direktupphandling är 284 631 kronor. Om det aktuella kontraktsvärdet understiger detta belopp är det tillåtet att direktupphandla.

³¹ 15 kap. 3 § 2 st. LOU och Konkurrensverket, vägledning, Upphandlingsreglerna, s. 24.

enligt nationella regler motsvarar förhandlat förfarande utan föregående annonsering som sker med stöd av de direktivstyrda reglerna.³² Samma restriktiva tillämpning och placering av bevisbördan som gäller vid förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. LOU gäller även för direktupphandlingar enligt nationella regler i 15 kap. LOU. Den svenska lagstiftaren har nämligen uttalat i förarbetena att den upphandlande myndigheten har bevisbördan även för påståenden om att förutsättningarna för direktupphandling med stöd av de icke direktivstyrda bestämmelserna är uppfyllda.³³ Att så är fallet har även fastslagits i rättspraxis av HFD.³⁴ Den enda reella skillnaden mellan de två varianterna av direktupphandling är att förhandlat förfarande utan föregående annonsering tillämpas vid upphandlingar inom det direktivstyrda området medan direktupphandling enligt nationella regler tillämpas vid upphandlingar utanför det direktivstyrda området. Då direktupphandling endast är tillåten i vissa specifika situationer är det av stor vikt att den upphandlande myndigheten är säker på att förfarandet faktiskt är förenligt med LOU, annars kommer direktupphandlingen att betraktas som otillåten i lagens ögon.³⁵

2.2 Otillåten direktupphandling

Företeelsen otillåten direktupphandling saknar rättslig definition och förekommer inte i lagtexten.³⁶ Otillåten direktupphandling omnämns dock i förarbetena. Enligt förarbetena ska en otillåten direktupphandling anses föreligga om kontraktstilldelningen, i strid med bestämmelserna i LOU, skett utan föregående offentliggörande av upphandlingen ifråga.³⁷ En upphandlande myndighet som underlåter att annonsera en upphandling, utan att förutsättningarna för direktupphandling är uppfyllda, genomför således en otillåten direktupphandling.³⁸ För att en direktupphandling ska betraktas som otillåten krävs endast att den skett utan lagstöd. Det spelar således ingen roll om den upphandlande myndigheten varit helt omedveten om att direktupphandlingen skett i strid med lagen. Detta innebär att upphandlande myndigheter bär ett strikt ansvar för att upphandla på ett korrekt sätt.³⁹ Inom EU klassas otillåtna direktupphandlingar som en av de mest allvarliga överträdelseerna av upphandlingsregelverket.⁴⁰ Följderna av en otillåten direktupphandling kan bli att upphandlingen överprövas och att domstol beslutar att upphandlingen måste göras om. Vidare kan den upphandlande myndigheten bli skyldig att erlagga en så kallad upphandlingsskadeavgift. Det direktupphandlade avtalet löper dessutom risk att ogiltigförklaras.⁴¹

³² Rosén Andersson m.fl., s. 536.

³³ Prop. 2001/02:142, s. 99 och Konkurrensverket, ansökan om upphandlingsskadeavgift, dnr 85/2013.

³⁴ RÅ 2009 not 134.

³⁵ Kammarkollegiet, vägledning, Direktupphandling, s. 5.

³⁶ Asplund m.fl., s. 252.

³⁷ Prop. 2009/10:180, s. 188.

³⁸ Bergman m.fl., s. 129.

³⁹ Kammarkollegiet, vägledning, Direktupphandling, s. 32.

⁴⁰ Prop. 2009/10:180, s. 187.

⁴¹ Kammarkollegiet, vägledning, Direktupphandling, s. 32 och Falk, s. 504.

3 Rättsmedel

3.1 Rättsmedelsdirektiven och ändringsdirektivet

Reglerna om överprövning finns i 16 kap. LOU och bygger på särskilda EU-direktiv vid namn rättsmedelsdirektiven. Med rättsmedel åsyftas medel som leverantörer kan vidta för att hävda sin rätt gentemot upphandlande myndigheter. Rättsmedlen består bland annat av en rätt för leverantörer att begära överprövning av en upphandlande myndighets beslut och rätt att begära överprövning av ett avtals giltighet. Rättsmedelsdirektiven innehåller den EU-rättsliga regleringen av sanktioner mot överträdelser av offentliga upphandlingar. Enligt EU-rättslig praxis syftar rättsmedelsdirektiven främst till att säkerställa att upphandlingsdirektiven efterlevs och att lagstridiga beslut som fattats av upphandlande myndigheter kan upphävas.⁴² Det finns två olika rättsmedelsdirektiv, första och andra rättsmedelsdirektivet. Första rättsmedelsdirektivet avser upphandling inom den klassiska sektorn medan det andra rättsmedelsdirektivet gäller för försörjningssektorerna.⁴³

Till följd av att första och andra rättsmedelsdirektivet inte ansågs vara tillräckligt effektiva för att få upphandlande myndigheter att följa upphandlingsreglerna tillkom det så kallade ändringsdirektivet⁴⁴. Ändringsdirektivet innebar att det skedde ändringar och tillägg till bestämmelserna i båda rättsmedelsdirektiven. Syftet med ändringsdirektivet var att åtgärda två centrala problem inom rättsmedelsområdet. Det främsta problemet var avsaknaden av effektiva rättsmedel mot otillåtna direktupphandlingar, exempelvis mot upphandlingar som sker utan vederbörlig annonsering. Det andra problemet som behövde lösas var svårigheten med att upphandlande myndigheter skyndade sig att ingå avtal i syfte att skära av möjligheten till överprövning. Med anledning av denna problematik infördes därför, genom ändringsdirektivet, regler om ogiltighet av avtal som sanktion vid otillåten direktupphandling samt bestämmelser om avtalsspärr.⁴⁵ Ändringsdirektivet implementerades i svensk lag 15 juli 2010⁴⁶, därmed skedde en rejäl uppstramning av de existerande sanktionerna i 16 kap. LOU. Införandet av de nya ogiltighetsreglerna kan sägas ha inneburit en mindre revolution på upphandlingsområdet genom att reglerna även efter själva avtalstecknandet möjliggör ett effektivt ingripande mot otillåtna direktupphandlingar. I och för sig har allmän förvaltningsdomstol också tidigare, åtminstone rent formellt, kunnat överpröva en otillåten

⁴² Mål C-81/98, *Alcatel Austria AG* och *Pedersen*, s. 159.

⁴³ Direktiv 89/665/EEG (första rättsmedelsdirektivet) och direktiv 92/13/EEG (andra rättsmedelsdirektivet).

⁴⁴ Direktiv 2007/66/EG (ändringsdirektivet).

⁴⁵ Prop. 2009/10:180, s. 182, Bovis, Christopher, *EU public procurement law*, Cheltenham, 2012, s. 236 samt Asplund m.fl., s. 23f.

⁴⁶ Lag (2010:571) om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.

direktupphandling även efter det att avtal tecknats. En sådan dom har dock i princip varit betydelselös på grund av att det saknats rättsmedel att påverka det ingångna avtalets giltighet. De nya ogiltighetsreglerna innebär att det numera är avsevärt mer riskfyllt för upphandlande myndigheter att göra otillåtna direktupphandlingar jämfört med tidigare.⁴⁷

3.2 Överprövningsinstitutet

Det övergripande syftet med överprövningsinstitutet är att uppnå en effektiv användning av skattemedlen på det statliga och kommunala området.⁴⁸ Möjligheten till överprövning har inrättats för att avhjälpa problem som uppstår under en upphandlings tidiga stadium så att eventuella skador kan minimeras eller helt undvikas.⁴⁹ Enligt 16 kap. 4§ LOU kan en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada, till följd av att en upphandlande myndighet fattat ett lagstridigt beslut, ansöka om överprövning i allmän förvaltningsdomstol.

Rätten till överprövning utgör en viktig del av rättssäkerheten för de leverantörer som är verksamma på den offentliga marknaden. Samtidigt kan överprövningar vålla stora bekymmer för såväl upphandlande myndigheter som leverantörer eftersom de skapar en osäkerhet och medför svårigheter att planera verksamheter på ett effektivt sätt. En överprövning innebär att upphandlingsprocessen avstannar eftersom både leverantören och den upphandlande myndigheten svävar i ovisshet när och om det aktuella kontraktet kan ingås. En överprövad upphandling kan således medföra negativa konsekvenser, i synnerhet för den myndighet som har behov av att upphandla en viss vara eller tjänst. I vissa fall går överprövningar även ut över enskilda medborgare till följd av att myndigheterna inte kunnat utföra den service som de har i uppdrag att tillhandahålla allmänheten.⁵⁰

3.2.1 Överprövning av en upphandling

Det finns tre olika former av överprövning närmare bestämt överprövning av en upphandling, överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling samt överprövning av ett avtals giltighet. Den vanligaste formen är överprövning av en upphandling, som förutsätter att en upphandlande myndighet har brutit mot de upphandlingsrättsliga principerna eller någon annan bestämmelse i LOU samt att detta medfört, eller kan komma att medföra, att en leverantör lider skada⁵¹. I sådana fall ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har

⁴⁷ Pedersen, *Upphandlingskrönika – ogiltighet av avtal*, s. 812f.

⁴⁸ Prop. 1992/93:88, s. 48.

⁴⁹ Forsberg, Niclas, *Upphandling enligt LOU, LUF, LUFOS och LOV*, Stockholm, 2013, s. 332.

⁵⁰ Konkurrensverket, rapport, *Överprövningar av offentliga upphandlingar*, 2013, s. 12, 42 samt 67.

⁵¹ 16 kap. 16§ LOU.

skett. Leverantörer som känner sig förfördelade har rätt att begära överprövning av en upphandling under den tid som avtalsspärren löper.⁵² Om en leverantör beslutar sig för att ansöka om överprövning av en upphandling hos förvaltningsrätten inträder en så kallad förlängd avtalsspärr⁵³ automatiskt. Den förlängda avtalsspärren innebär att avtalsspärren fortsätter att gälla och utgör ett förbud för den upphandlande myndigheten att ingå avtal under tiden den aktuella upphandlingen är föremål för överprövning.⁵⁴ Tanken med den förlängda avtalsspärren är att förvaltningsrätten ska få tillräckligt med tid att överpröva upphandlingen innan den upphandlande myndigheten sluter avtal.⁵⁵ Den förlängda avtalsspärren är nödvändig eftersom möjligheten till överprövning av en upphandling upphör i och med att ett avtal ingås mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.⁵⁶ Om avtal sluts mellan en leverantör och upphandlande myndighet utgör detta alltså ett hinder för överprövning av själva upphandlingen. Det ingångna avtalet utsläcker möjligheten till överprövning av upphandlingen där domstol kan besluta att upphandlingen ska göras om eller rättas till. I sammanhanget saknar det betydelse om den upphandlande myndigheten brutit mot LOU genom att ingå avtalet, för när avtal väl har tecknats kan enbart överprövning av avtalets giltighet ske.⁵⁷

3.2.2 Överprövning av avtals giltighet

Bestämmelserna om överprövning av ett avtals giltighet har som ovan berörts sin bakgrund i modifierandet av rättsmedelsdirektiven. Enligt rättsmedelsdirektiven är medlemsstaterna skyldiga att ha bestämmelser som möjliggör ogiltigförklaring av ett ingånget avtal, om vissa förutsättningar föreligger.⁵⁸ En ogiltighetssanktion anses som den mest effektiva åtgärden för att återställa konkurrensen på marknaden eftersom en sådan sanktion anses skapa en ny chans för de leverantörer som berövats möjligheten att konkurrera om ett visst avtal.⁵⁹ Med stöd av 16 kap. 13§ LOU kan ett avtal ogiltigförklaras av domstol. Tillämpning av ogiltighetsregeln förutsätter att det aktuella avtalet ingåtts i strid med LOU. Bestämmelsen reglerar uttömmande vilka situationer som kan leda till ogiltighet. Vanligt förekommande är att ett avtal förklaras ogiltigt på grund av att det slutits utan föregående annonsering, trots att annonseringsplikt föreligger för den upphandlande myndigheten.⁶⁰

⁵² Asplund m.fl., s. 175 och Kammarkollegiet, vägledning, Upphandlingsprocessen steg för steg, s. 40.

⁵³ Vid överprövning i de högre instanserna krävs ett särskilt beslut från domstolen för att förbud mot avtalstecknande ska gälla under överprövning, ett så kallat intermistiskt beslut.

⁵⁴ Konkurrensverket, rapport, Överprövningar av offentliga upphandlingar, s.19 och 16 kap. 8§ LOU.

⁵⁵ Artikel 2.3 i direktiv 89/665/EEG och Asplund m.fl., s. 152.

⁵⁶ 16 kap. 6§ 2 st. LOU.

⁵⁷ Asplund m.fl., s. 186f.

⁵⁸ Artikel 2d.1 i direktiv 89/665/EEG och direktiv 92/13/EEG.

⁵⁹ Beaktandesats 14 i direktiv 2007/66/EG.

⁶⁰ Forsberg, s. 338f., Rosén Andersson m.fl., s. 664 samt 16 kap. 13§ 1 st. 1 p. LOU.

3.2.3 Ogiltighet vid underlåten annonsering

Av 16 kap. 13§ 1 st. 1 p. LOU framgår att ett avtal ska förklaras ogiltigt om det har slutits utan föregående annonsering. Lagrummet tar sikte på situationer då annonsering inte skett, trots att det föreligger en plikt för den upphandlande myndigheten att annonsera. Ett avtal som förklaras ogiltigt med stöd av denna punkt har alltså inte varit föremål för ett offentligt upphandlingsförfarande. Huvudregeln är som tidigare nämnts att en upphandling ska annonseras på det sätt som framgår av upphandlingslagstiftningen, såvida inte någon särskild undantagssituation är för handen som tillåter att annonsering uteblir⁶¹. Om en upphandlande myndighet haft rätt att genomföra en direktupphandling saknas grund för ogiltigförklaring av det direktupphandlade avtalet⁶². Om en direktupphandling däremot skett utan stöd av LOU föreligger grund för ogiltigförklaring av det ingångna avtalet.⁶³ Regeln 16 kap. 13§ 1 st. 1 p. LOU omfattar således ogiltigförklaring av otillåtna direktupphandlingar.⁶⁴ Vid en otillåten direktupphandling krävs det inte att den leverantör som ansöker om överprövning av avtalets giltighet har lidit eller riskerat att lida skada på grund av den upphandlande myndighetens överträdelse av LOU. Med andra ord fordras det inte någon faktisk skada för ogiltigförklaring av avtal enligt nämnda punkt.⁶⁵ Att det inte uppställs något skaderekvisit kan förklaras av att otillåtna direktupphandlingar klassas som ett mycket allvarligt övertramp av upphandlingsregelverket. Lagstiftaren förefaller således ha presumerat att en otillåten direktupphandling alltid medför en potentiell skada, antingen för enskilda leverantörer eller för marknaden i övrigt.

Bestämmelsen om ogiltighet i 16 kap. 13§ 1 st. 1 p. LOU är tvingande, vilket innebär att ett avtal som ingåtts i strid med detta lagrum ska ogiltigförklaras av domstol. Även om utgångspunkten är att ogiltigförklaring ska ske när ett avtal slutits utan föregående annonsering, trots att annonsering bort ske, finns det vissa undantagsfall då domstolen ska låta ett ingånget avtal bestå. Två exempel på dessa undantag är när en upphandlande myndighet genomfört en så kallad frivillig förhandsinsyn samt när det föreligger tvingande hänsyn till ett allmänintresse.⁶⁶

⁶¹ 7 kap. 1§ LOU, 15 kap. 4§ LOU, 4 kap. 5-9§§ LOU samt 15 kap. 3§ 2 st. LOU.

⁶² Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2972-11.

⁶³ Rosén Andersson m.fl., s. 665f.

⁶⁴ Pedersen, *Upphandlingskrönika – ogiltighet av avtal*, s. 814.

⁶⁵ Asplund m.fl., s. 255.

⁶⁶ Prop. 2009/10:180, s. 362 och Pedersen, *Upphandlingskrönika – ogiltighet av avtal*, s. 814f.

4 Undantag från ogiltighet

4.1 Frivillig förhandsinsyn

Förhandsinsyn kan tillämpas i samband med att en upphandlande myndighet använder ett förhandlande förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5-9§§ LOU för att tilldela ett offentligt kontrakt.⁶⁷ Den upphandlande myndigheten har således bedömt att det är tillåtet att tillämpa undantaget förhandlat förfarande utan föregående annonsering som upphandlingsform.⁶⁸ Vid förhandlat förfarande utan föregående annonsering gäller normalt inte reglerna om annonseringsplikt eller avtalsspärr. En upphandlande myndighet kan ändå välja att frivilligt iaktta dessa regler genom att upphandlingen föregås av en frivillig förhandsinsyn med en avtalsspärr⁶⁹. Förhandsinsyn innebär att en upphandlande myndighet på eget initiativ annonserar om avsikten att direktupphandla och frivilligt iakttar en avtalsspärr innan det aktuella avtalet ingås.⁷⁰ Vid en förhandsinsyn får den upphandlande myndigheten inte ingå avtal förrän tio dagar har passerat från den dag då annonsen om förhandsinsynen offentliggjordes.⁷¹ Under tiden som avtalsspärren löper har leverantörer möjlighet att ansöka om överprövning av den annonserade direktupphandlingen. En leverantör som anser att det är frågan om en otillåten direktupphandling har alltså möjlighet att ansöka om överprövning av direktupphandlingen innan den frivilliga avtalsspärren på tio dagar löper ut. Om ingen leverantör har begärt överprövning under avtalsspärren är den upphandlande myndigheten fri att ingå avtal med den leverantör som tilldelats kontraktet i direktupphandlingen.⁷²

Resultatet av en korrekt genomförd förhandsinsyn är att ett direktupphandlat avtal inte kan ogiltigförklaras av domstol.⁷³ Om ingen leverantör ansöker om överprövning inom fristen för den frivilliga avtalsspärren kan varken direktupphandlingen eller det ingångna avtalet överprövas i ett senare skede.⁷⁴ Förhandsinsyn kan tillämpas när en upphandlande myndighet är osäker på om det är tillåtet att genomföra en direktupphandling i det specifika fallet.⁷⁵ Genom att använda förhandsinsyn kan upphandlande myndigheter säkerställa att ett direktupphandlat avtal får bestå. När avtal väl ingåtts efter utgången av avtalsspärren är det utan betydelse huruvida undantag för direktupphandling faktiskt förelåg eller inte i det enskilda

⁶⁷ 7 kap. 4§ LOU.

⁶⁸ Prop. 2009/10:180, s. 142.

⁶⁹ 16 kap. 2§ 1 p. LOU.

⁷⁰ Rosén Andersson m.fl., s. 332 och Pedersen, *Upphandlingskrönika – ogiltighet av avtal*, s. 816.

⁷¹ 16 kap. 3§ LOU.

⁷² Kammarkollegiet, vägledning, *Direktupphandling*, s. 33.

⁷³ 16 kap. 15§ 2 p. LOU.

⁷⁴ 16 kap. 13§ 2 st. LOU och Rosén Andersson m.fl., s. 583f.

⁷⁵ Prop. 2009/10:180, s. 142.

fallet, eftersom någon form av överprövning inte längre kan aktualiseras.⁷⁶ Här ska det dock poängteras att förhandsinsyn endast ger skydd mot ogiltighet i de fall en upphandlande myndighet var av uppfattningen att det förelåg ett undantag från annonseringsskyldighet och därför valde direktupphandling. Förhandsinsyn skyddar med andra ord inte mot ett medvetet kringgående av upphandlingslagstiftningen.⁷⁷

Förhandsinsyn kan även tillämpas vid direktupphandling utanför det direktivstyrda området. En förhandsinsyn som sker enligt nationella regler får samma verkan som en förhandsinsyn vid direktupphandling inom det direktivstyrda området, det vill säga det direktupphandlade avtalet kan inte ogiltigförklaras.⁷⁸

4.2 Tvingande hänsyn till ett allmänintresse

Ett undantagsfall då ett avtal får bestå, trots att ogiltigförklaring enligt 16 kap. 13§ LOU egentligen ska ske, är när det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Doktrinen om tvingande hänsyn till allmänintresset är beaktad i 16 kap. 14§ LOU. Enligt denna bestämmelse ska ett avtal som ingåtts mellan en upphandlande myndighet och en leverantör få bestå, trots att det föreligger grund för ogiltighet, om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Paragrafen genomför artikel 2d.3 i det första rättsmedelsdirektivet, vilken föreskriver att ett avtal som är behäftat med en ogiltighetsgrund inte behöver ogiltigförklaras om tvingande hänsyn till allmänintresse kräver att avtalets giltighet bör upprätthållas. I sådana fall ska medlemsstaterna istället påbjuda alternativa sanktioner. Lagstiftaren implementerade artikel 2d.3 i svensk rätt därför att regler om ogiltigförklaring av avtal utan möjlighet till undantag, beroende på omständigheterna i det enskilda fallet, annars ansågs kunna få oproportionerliga och orimliga konsekvenser. Bestämmelsen i 16 kap. 14§ LOU är således tänkt att fungera som en slags ventil i de situationer där ogiltigförklaring av ett avtal anses leda till oproportionerliga och skadliga följder.⁷⁹ Åtgärder som vidtas med anledning av tvingande hänsyn till ett allmänintresse tillåts endast om de är proportionerliga, det vill säga rimliga i förhållande till syftet med åtgärden och den handelsbegränsande effekt som åtgärden medför.⁸⁰

⁷⁶ Asplund m.fl., s. 273.

⁷⁷ Kammarkollegiet, vägledning, Direktupphandling, s. 33.

⁷⁸ 16 kap. 3§ LOU, 16 kap. 15§ 2 p. LOU samt Asplund m.fl., s. 274.

⁷⁹ Prop. 2009/10:180, s. 137f.

⁸⁰ Rosén Andersson m.fl., s. 231.

4.2.1 Definition

För att domstolen ska kunna avgöra om ett avtal ska få bestå med anledning av tvingande hänsyn till ett allmänintresse är det nödvändigt att slå fast vad som egentligen avses med detta begrepp. Det finns ingen definition av tvingande hänsyn till allmänintresset i rättsmedelsdirektiven. Regeringen har därför valt att utgå från tjänstedirektivets⁸¹ definition av begreppet.⁸² I artikel 4.8 i tjänstedirektivet anges följande skäl som exempel på tvingande hänsyn till allmänintresset: allmän ordning, allmän säkerhet, skydd för människors liv och hälsa, folkhälsa, bibehållen ekonomisk jämvikt i det sociala trygghetssystemet, konsumentskydd och skydd av såväl tjänstemottagare som arbetstagare, rättvisa handelstransaktioner, skydd av miljö och stadsmiljö, immateriella rättigheter, djurhälsa, kamp mot bedrägerier, bevarande av det nationella historiska och konstnärliga kulturarvet, socialpolitiska och kulturpolitiska mål. Begreppet tvingande hänsyn till allmänintresset har utvecklats genom EU-domstolens rättspraxis och utgör grund för undantag från den fria rörligheten. Tvingande hänsyn förekommer även inom andra områden i unionsrätten, exempelvis innehåller artikel 36 i FEUF och beaktandesats 6 i det klassiska EU-direktivet en liknande lista av skäl som berättigar en inskränkning av den fria rörligheten.⁸³

Ett välkänt avgörande från EU-domstolen avseende tvingande hänsyn till ett allmänintresse inom upphandlingsområdet är fallet *Medipac*. Målet handlade om ett offentligt sjukhus upphandling av operationsutrustning. Domstolen konstaterade att skyddet för folkhälsan utgör ett tvingande hänsyn till allmänintresset. Med stöd av detta har medlemsstater rätt att avvika från principen om fri rörlighet för varor, under förutsättning att de åtgärder som vidtas är förenliga med proportionalitetsprincipen.⁸⁴

4.2.2 Exceptionella omständigheter

Med tanke på att tvingande hänsyn till allmänintresset tillåter undantag från den fria rörligheten ska begreppet tolkas och tillämpas restriktivt. Den restriktiva tillämpningen innebär att det endast är exceptionella omständigheter som ska medföra att ett avtal får bestå med anledning av denna hänsyn.⁸⁵ Då det är fråga om en undantagssituation faller det sig naturligt att den som åberopar undantaget, det vill säga den upphandlande myndigheten, bär bevisbördan för att undantag föreligger.⁸⁶ Det räcker dock inte med att det som upphandlas är av exceptionell vikt utan det krävs även att det aktuella behovet inte kan tillgodoses på annat sätt.⁸⁷

⁸¹ Direktiv 2006/123/EG (tjänstedirektivet).

⁸² Asplund m.fl., s. 278.

⁸³ Prop. 2009/10:180, s. 362, Falk s. 517 samt Rosén Andersson m.fl., s. 231 och 671.

⁸⁴ Mål C-6/05, *Medipac – Kazantzidis AE*.

⁸⁵ Prop. 2009/10:180, s. 138f.

⁸⁶ Prop. 2009/10:180, s. 139 och Bovis, s. 240.

⁸⁷ Asplund m.fl., s. 277.

4.2.3 Bedömning och avvägning

I samband med bedömningen av vad som utgör ett allmänintresse får endast begränsad vikt läggas vid ekonomiska intressen. Sådana ekonomiska intressen som är direkt kopplade till avtalet anses inte utgöra tvingande hänsyn till allmänintresset. Med direkt koppling till avtalet menas kostnader för förseningar i samband med fullföljandet av avtalet, kostnader på grund av inledandet av ett nytt upphandlingsförfarande, kostnader i samband med byte av ekonomisk aktör samt kostnader för rättsliga skyldigheter i samband med ogiltighet.⁸⁸ Ekonomiska intressen av att avtalets giltighet upprätthålls får dock betraktas som tvingande hänsyn till allmänintresset om ogiltighet i det specifika fallet skulle leda till helt orimliga eller oproportionerliga följder. Inom ramen för vad som ska anses som ett allmänintresse bör emellertid stor betydelse läggas vid upphandlande myndigheters skyldighet att tillhandahålla allmän service till samhället. Det är upp till domstolarna att göra en skälig avvägning mellan detta allmänintresse av att avtalet får bestå och leverantörers intresse av att få det ingångna avtalet ogiltigförklarat med följden att en ny upphandling sker.⁸⁹ Vid överprövning av ett avtals giltighet är det således de allmänna förvaltningsdomstolarnas uppgift att, med beaktande av samtliga omständigheter i det enskilda fallet, tolka begreppet tvingande hänsyn till allmänintresset och bedöma om det aktuella avtalet ska ogiltigförklaras eller bestå med anledning av denna hänsyn. Om tvingande hänsyn till allmänintresset anses föreligga kan domstolen förklara att hela avtalet får bestå. Rent konkret innebär detta att hela avtalet ska få bestå även om det i vissa situationer visar sig att endast en del av avtalet måste bestå av denna hänsyn. Anledningen till detta är att en möjlighet att låta ett avtal bestå endast i vissa delar skulle medföra ytterligare komplexitet.⁹⁰

⁸⁸ Artikel 2d.3 i direktiv 2007/66/EG.

⁸⁹ Prop. 2009/10:180, s. 362.

⁹⁰ Prop. 2009/10:180, s. 139.

5 Direktupphandling vid synnerlig brådska

5.1 Inom det direktivstyrda området

Förhandlat förfarande utan föregående annonsering, det vill säga direktupphandling inom det direktivstyrda området, får användas när det föreligger synnerlig brådska i enlighet med 4 kap. 5§ 1 st. 3 p. LOU. Lagrummet stadgar att förhandlat förfarande utan föregående annonsering får användas vid kontraktstilldelning som avser byggtreprenader, varor och tjänster om det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering. Bestämmelsen bygger på, och är likalydande med, artikel 31.1(c) i det klassiska EU-direktivet.⁹¹ För att upphandlande myndigheter ska ha rätt att tillämpa detta undantag från annonsering på grund av synnerlig brådska måste fyra villkor vara uppfyllda.⁹²

5.1.1 Absolut nödvändigt

Det första villkoret som måste vara uppfyllt för att förhandlat förfarande utan föregående annonsering på grund av synnerlig brådska ska kunna användas är att det ska vara absolut nödvändigt att direktupphandlingen genomförs. Vad som utgör ett absolut nödvändigt behov får avgöras med beaktande av samtliga omständigheter som föreligger i det enskilda fallet. Det existerar inte något förtydligande i rättspraxis som kan anses vara ledande för vad som faller, respektive inte faller, under villkoret absolut nödvändigt. Sådana tvingande hänsyn till allmänintresset som anges i beaktandesats 6 i det klassiska EU-direktivet bör dock vara en god utgångspunkt. I denna beaktandesats omnämns sådana åtgärder som behövs för att skydda allmän ordning, allmän moral och allmän säkerhet, människors och djurs hälsa och liv eller bevarandet av växter.⁹³ Åtgärder som vidtas med hänsyn till hälsa och säkerhet har högsta prioritet. Även om hälsa och säkerhet står på spel kan användningen av förhandlat förfarande utan föregående annonsering anses obefogad om sannolikheten för skada, som kan uppstå genom att upphandlingen försenas, är låg.⁹⁴

Vid överprövning av en livsmedelsupphandling bedömde kammarrätten att villkoret absolut nödvändigt var uppfyllt med hänsyn till folkhälsan.

⁹¹ Konkurrensverket, yttrande, dnr 346/2010, p. 31.

⁹² Mål C-107/92, *Kommissionen mot Italien* och mål C-24/91, *Kommissionen mot Spanien*.

⁹³ Rosén Andersson m.fl., s. 228 och Konkurrensverket, yttrande, dnr 346/2010, p. 32.

⁹⁴ Arrowsmith, Sue, *The law of public and utilities procurement*, London, 2005, s. 618.

Bakgrunden till fallet är att ett antal kommuner genomförde en direktupphandling för att täcka behovet av livsmedel till skolor, förskolor och servicehus. Kommunerna valde att direktupphandla på grund av synnerlig brådska därför att den föregående upphandlingen var tvungen att göras om samtidigt som det gällande ramavtalet höll på att löpa ut. Kammarrätten ansåg att det var uppenbart att ett upphörande av livsmedelsleveranserna inom en snar framtid skulle få mycket allvarliga konsekvenser för människors hälsa. Enligt kammarrätten rådde det därför inte någon tvekan om att direktupphandlingen varit absolut nödvändig.⁹⁵

I ett annat fall har samma kammarrätt uttalat att rekvisitet förutsätter att det handlar om varor eller tjänster av stor samhällsekonomisk betydelse eller av viktig medicinsk art. Då det aktuella målet rörde direktupphandling avseende flytt-, transport- och magasineringstjänster kom kammarrätten fram till att villkoret inte var uppfyllt i detta fall.⁹⁶

Ett tredje fall handlade om Malmö stads direktupphandling avseende snöröjningstjänster. Malmö stad ingick utan föregående annonsering avtal med företaget MM Minigräv Öved AB gällande vinterväghållning. Avtalet avsåg snöröjningstjänster bestående av fyra vinterutrustade fyrhjulingar. Den icke-vinnande leverantören Kom Transport ansökte om överprövning av avtalets giltighet och yrkade på att avtalet skulle ogiltigförklaras. Kom Transport åberopade att den aktuella tilldelningen skulle ha föregåtts av ett annonserat upphandlingsförfarande. Malmö kommun menade dock att det förelegat grund för direktupphandling med hänsyn till vikten av en fungerande snöröjning i staden och den brådska som uppstått då den tidigare leverantören med kort varsel meddelat att denne inte kunde uppfylla sitt åtagande enligt avtal. Förvaltningsrätten ifrågasatte inte kommunens skyldighet att säkerställa vinterväghållningen, men ansåg inte att det framgick att fyra fyrhjulingar hade en sådan signifikant betydelse för Malmö stad att det varit absolut nödvändigt att direktupphandla snöröjningstjänsterna.⁹⁷ Kammarrätten instämde i förvaltningsrättens bedömning och avtalet ogiltigförklarades.⁹⁸

5.1.2 Synnerlig brådska

Det andra villkoret som måste vara uppfyllt för att undantagsregeln i 4 kap. 5§ 1 st. 3 p. LOU ska kunna tillämpas är att det föreligger synnerlig brådska. Villkoret innebär att det ska vara omöjligt för en upphandlande myndighet att hålla tidsfristerna vid ett öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering. Vid ett öppet förfarande är tidsfristen för att komma in med anbud minst 52 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering. För ett selektivt förfarande och ett förhandlat förfarande med föregående annonsering är tidsfristen minst 37

⁹⁵ Kammarrätten i Göteborg, mål nr 1446-1452-12.

⁹⁶ Kammarrätten i Göteborg, mål nr 7469-7472-11.

⁹⁷ Förvaltningsrätten i Malmö, mål nr 2975-11 E.

⁹⁸ Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3759-11.

dagar från samma tidpunkt.⁹⁹ Upphandlingen ska heller inte ha kunnat genomföras med stöd av reglerna om förkortade tidsfrister enligt 8 kap. 5-6 §§ eller 8 §¹⁰⁰ LOU. Med stöd av 8 kap. 5 § LOU får tidsfristen för att lämna anbud förkortas med sju dagar om annonsen har utarbetats och skickats elektroniskt. Enligt 8 kap. 6 § LOU kan tidsfristen förkortas med ytterligare fem dagar om förfrågningsunderlaget tillhandahålls med elektroniska medel från den dag då annonsen skickades för publicering till EU-kommissionen. Brådskan ska således innebära att det inte funnits tid att genomföra ett upphandlingsförfarande med föregående annonsering utan direktupphandling ska ha varit det enda möjliga alternativet.¹⁰¹ Vid bedömningen om en upphandlande myndighet haft möjlighet att hålla de uppställda tidsfristerna tillkommer dessutom den tid det tar för myndigheten att författa ett justerat eller ett nytt förfrågningsunderlag, den tid det tar för utvärdering av inkomna anbud, inställelsetiden för en ny leverantör samt tidsåtgången för en överprövningsprocess.¹⁰²

I ett rättsfall från EU-domstolen gjorde Madrids universitet gällande att undantaget om synnerlig brådskan var tillämpligt på en direktupphandling avseende uppförandet av vissa skollokaler. Universitetet menade att det hade varit omöjligt att hålla de fastställda tidsgränserna och samtidigt hinna färdigställa de skolbyggnader som den berörda fakulteten behövde för att kunna ta emot det stora antal studenter som väntades inför terminsstarten. EU-domstolen ansåg dock inte att det varit omöjligt för den upphandlande myndigheten att hålla de fastställda tidsfristerna i andra förfaranden.¹⁰³

I det så kallade lavinbarriärsålet genomfördes en direktupphandling avseende uppförande av lavinskydd i de italienska alperna 18 juni 1988. Skälet till direktupphandlingen var att den upphandlande myndigheten fått en rapport från den geologiska avdelningen vid det italienska miljöministeriet om en överhängande risk för laviner i regionen. Rapporten innehöll även en rekommendation om att åtgärder snarast behövde vidtas. Mot bakgrund av detta hävdade Italien att direktupphandling på grund av synnerlig brådskan förelåg. Domstolen köpte dock inte argumentet eftersom tre månader hunnit passera från det att rekommendationen om vidtagande av omedelbara åtgärder utfärdades tills dess att byggandet av lavinskydden påbörjades 21 september 1988. EU-domstolen uttalade att undantag från de allmänna reglerna om annonsering kan vara tillåtet då exceptionella omständigheter föreligger, men sådana undantag är inte tillgängliga om myndigheter har tillräckligt med tid att anordna ett påskyndat förfarande. Enligt domstolens bedömning borde myndigheten i detta fall istället ha

⁹⁹ 8 kap. 2 och 3 §§ LOU.

¹⁰⁰ Bestämmelsen 8 kap. 8 § LOU motsvarar vad som tidigare kallades för ett påskyndat förfarande och tillåter vid tidsbrist att tidsfristen från annonsering till sista anbudsdag är endast 15, alternativt tio, dagar beroende på om annonsen skickades med elektroniska medel eller ej. Vad som utgör tidsbrist får fastställas från fall till fall.

¹⁰¹ Prop. 2006/07:128, s. 365, Arrowsmith, s. 617, Falk, s. 176 samt Rosén Andersson m.fl., s. 342f.

¹⁰² Kammarrätten i Göteborg, mål nr 1446-1452-12.

¹⁰³ Mål C-24/91, *Kommissionen mot Spanien*.

tillämpat reglerna om annonsering vid påskyndat förfarande, det vill säga de nuvarande reglerna om förkortade tidsfrister.¹⁰⁴

5.1.3 Oförutsedda omständigheter

Det tredje kravet som uppställs i 4 kap. 5§ 1 st. 3 p. LOU är att den synnerliga brådskan ska ha orsakats av, för den upphandlande myndigheten, helt oförutsedda omständigheter. Det ska alltså föreligga ett orsakssamband mellan brådskan och de oförutsedda omständigheterna. Kravet på oförutsebarhet är högt ställt.¹⁰⁵ Enligt EU-praxis ska omständigheterna i princip ha karaktären av force majeure för att anses som oförutsedda, exempelvis naturkatastrofer eller epidemier. Värt att notera är att det inte finns ett enda avgörande från EU där domstolen accepterat de skäl som en upphandlande myndighet framfört i detta hänseende. Det ställs således väldigt höga krav på upphandlande myndigheters förmåga att planera och organisera den löpande verksamheten. På verksamheter som ofta får akuta behov av upphandling ställs än högre planeringskrav.¹⁰⁶

Ett EU-fall från 90-talet behandlar aspekten avseende oförutsedda omständigheter. I detta fall hade det skett en upphandling angående muddring av den tyska floden Ems utan föregående annonsering. Muddring behövde ske för att ett djupgående fartyg skulle levereras. Enligt tysk lagstiftning krävde muddringsprojektet ett myndighetsgodkännande. Det nödvändiga godkännandet uteblev dock av ekologiska skäl och försenade muddringsprojektet. Eftersom en hög straffavgift skulle utgå om fartygsleveransen inte kunde hållas genomfördes ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering istället för ett öppet förfarande. Myndigheten menade att upphandlingsformen varit tillåten med hänsyn till synnerlig brådskas. Med en hänvisning till kravet på orsakssamband mellan oförutsedda omständigheter och synnerlig brådskas avfärdade EU-domstolen Tysklands argument om att det kommit som en total överraskning att den statliga instansen, som skulle godkänna projektet, kommit med sådana invändningar som den haft rätt att göra. Enligt domstolen var det alltså en fullt förutsebar omständighet för den upphandlande myndigheten att myndighetsgodkännandet kunde utebli.¹⁰⁷

5.1.4 Inte bero på den upphandlande myndighetens eget agerande

Det fjärde och sista villkoret som måste vara uppfyllt för att undantaget om synnerlig brådskas ska bli tillämpligt är att de återopade oförutsedda omständigheterna inte får bero på, eller vara hänförliga till, den

¹⁰⁴ Mål C-107/92, *Kommissionen mot Italien*.

¹⁰⁵ Rosén Andersson m.fl., s. 229.

¹⁰⁶ Konkurrensverket, yttrande, dnr 346/2010, p. 36.

¹⁰⁷ Mål C-318/94, *Kommissionen mot Tyskland*.

upphandlande myndighetens eget agerande. Villkoret finns inte angivet i 4 kap. 5§ 1 st. 3 p. LOU men är uttryckt i det klassiska EU-direktivet i artikel 31.1.(c) genom kodifiering av EU-praxis. Artikel 31.1.(c) har direkt effekt, därmed gäller den även om artikeln inte finns intagen i den svenska lagtexten. Villkoret finns inte angivet i LOU därför att lagstiftaren har utgått från att sådana omständigheter som beror på den upphandlande myndighetens eget handlande inte är oförutsebara för myndigheten, därmed behöver villkoret inte framgå av lagtexten.¹⁰⁸ Av den praxis villkoret grundar sig på följer att upphandlande myndigheter bär ett stort ansvar för att hänsyn tas till olika tänkbara händelser och att planering sker. Att åberopa egen bristande planering håller således inte för att undantaget om synnerlig brådska ska bli tillämpligt.¹⁰⁹

I Italien hade en upphandlande myndighet år 1997 direkttilldelat en leverantör två byggkontrakt avseende byggarbeten för att förhindra översvämningar av tre floder. Byggkontrakten tilldelades 9 oktober respektive 15 oktober 1997. Dessa två kontrakt visade sig dock vara upprepningar av liknande arbeten som utförts tidigare av samma leverantör. Kontrakten som tilldelades 1997 byggde alltså ursprungligen på tre kontrakt som tilldelats 26 oktober 1982, 20 maj samt 22 december 1988. Som skäl för användandet av förhandlat förfarandet utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakten 1997 åberopade Italien bland annat att det varit brådskande att färdigställa arbetena för att undvika risken för översvämningar av floderna. EU-domstolen konstaterade dock att synnerlig brådska inte förelegat eftersom det redan vid kontraktstilldelningen på 80-talet varit planerat att arbetena skulle genomföras i flera delar i takt med att finansiering tillgängliggjordes. Mot bakgrund av detta ansåg domstolen att de brådskande omständigheterna var hänförliga till den upphandlande myndighetens egen bristande organisation och planering av byggarbetena.¹¹⁰

5.2 Utanför det direktivstyrda området

Direktupphandling med stöd av nationella regler i kap. 15 LOU kan användas trots att det aktuella kontraktets värde överstiger beloppsgränsen för direktupphandling om det finns synnerliga skäl med i bilden.¹¹¹ För att direktupphandling på grund av synnerliga skäl ska vara tillåten krävs dock att kontraktets värde understiger EU:s tröskelvärden eller avser en B-tjänst. Vad som omfattas av begreppet synnerliga skäl i 15 kap. 3§ 2 st. LOU framgår emellertid inte av lagtexten. Själva ordalydelsen avslöjar dock att en direktupphandling på denna grund endast kan ske i rena undantagsfall.¹¹²

¹⁰⁸ Rosén Andersson m.fl., s. 228 och Falk, s. 176.

¹⁰⁹ Prop. 2001/02:142, s. 99.

¹¹⁰ Mål C-385/02, *Kommissionen mot Italien*.

¹¹¹ 15 kap. 3§ 2 st. LOU.

¹¹² Kammarkollegiet, vägledning, Direktupphandling, s. 10 och Falk, s. 452.

Av förarbetena framgår att begreppet synnerliga skäl i 15 kap. LOU överlappar vad som omfattas av synnerlig brådska i 4 kap. 5§ 1 st. 3 p. LOU. För att bli tillämplig kräver den nationella regeln nämligen också sådan brådska som orsakats av oförutsedda händelser som den upphandlande myndigheten inte kunnat förutse, påverka eller råda över.¹¹³ Den äldre versionen av 15 kap. 3§ 2 st. LOU¹¹⁴ hade formuleringen ”synnerliga skäl, såsom synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och heller inte beror på den upphandlande enheten” men ändrade lydelse år 2008 till enbart ”synnerliga skäl”.¹¹⁵

I början på september år 2006 fick Statens Veterinärmedicinska Anstalt (SVA) besked om att det fanns outnyttjade medel att söka före utgången av året. För att få budgetanslag uppställdes som krav att medlen förbrukades under 2006. SVA, som var i behov av ett nytt datarum/serverhall, ansökte och beviljades medel 12 oktober 2006 för uppförandet av angivna lokaler. En ny hall behövdes för att SVA skulle kunna kommunicera med andra myndigheter i händelse av kris. Med anledning av att anslagen tilldelades så sent och att dessa var tvungna att användas under år 2006 ansåg SVA att det förelåg synnerliga skäl för direktupphandling av entreprenaden. Den 27 november ingick SVA genom en direktupphandling avtal med leverantören Enaco. Valet föll på Enaco därför att företaget kunde leverera och fakturera utförandet under 2006. Leverantören Coromatic, som kunde ha uppdraget färdigt först i slutet av februari 2007, överklagade direktupphandlingen. Enligt kammarrätten förelåg det inte synnerliga skäl för direktupphandling endast på den grunden att SVA inte kunde utnyttja anslagen om myndigheten inte förbrukade anslaget före utgången av 2006.¹¹⁶

5.3 Synnerlig brådska på grund av överprövning

Inte sällan händer det att upphandlande myndigheter åberopar undantaget om synnerlig brådska då en överprövningsprocess avseende den ursprungliga upphandlingen initieras. Det vanliga händelseförloppet är att den upphandlande myndigheten först försökt genomföra en upphandling med annonsering men inte lyckats på grund av att en eller flera leverantörer begärt överprövning. Kombinationen av att det gällande avtalet är på väg att löpa ut och pågående överprövning avseende den ursprungliga upphandlingen försätter den upphandlande myndigheten i tidsnöd. I syfte att undvika ett avtalslöst tillstånd utnyttjar den upphandlande myndigheten möjligheten att direktupphandla med stöd av undantaget om synnerlig brådska. Nedan följer en genomgång av hur domstolarna har bedömt olika situationer med synnerlig brådska på grund av pågående överprövning.

¹¹³ Werling, Per, *Offentlig upphandling från A till Ö*, Malmö, 2012, s. 110.

¹¹⁴ 6 kap. 2§ 2 st. ÅLOU. Den tidigare lagen ÅLOU upphörde att gälla 1 januari 2008 då den nya lagen LOU trädde ikraft.

¹¹⁵ Prop. 2009/10:180, s. 344.

¹¹⁶ Kammarrätten i Stockholm, mål nr 234-07.

5.3.1 Region Skåne mot GN ReSound

Ett fall som tydligt illustrerar problematiken med synnerlig brådska orsakad av en överprövning är Region Skånes direktupphandling av hörapparater. Bakgrunden till fallet är att Region Skånes dåvarande ramavtal avseende hörapparater löpte ut 31 januari 2010, därför annonserade myndigheten en ny upphandling i oktober 2009 med sista anbudsdag 14 december 2009. I december 2009 beslutade den upphandlande myndigheten dock att avbryta upphandlingen sedan samtliga anbudsgivare ansökt om överprövning. I syfte att säkerställa behovet av hörapparater, fram tills dess att den ursprungliga upphandlingen avslutats i sin helhet, genomförde Region Skåne ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Denna direktupphandling överklagades dock av leverantören GN ReSound som ansåg att förfarandet utgjorde en otillåten direktupphandling och menade att den synnerliga brådskan berodde på Region Skånes bristande planering. Med tanke på att sista anbudsdag var 14 december 2009 och att det tidigare avtalet löpte ut 31 januari 2010 hade Region Skåne inte inrymt någon tid alls för eventuell överprövning.

Region Skåne menade å sin sida att grund för direktupphandling förelegat under dessa specifika omständigheter. Till följd av avbrytandet påbörjade Region Skåne en ny upphandling genom ett öppet förfarande med planerad avtalsstart 1 september 2010 och annonsering ägde rum 18 februari 2010. För att säkra tillgången på hörapparater, fram tills dess att ett nytt avtal kunde tecknas, genomförde Region Skåne en direktupphandling. Den upphandlande myndigheten framhöll att de direktupphandlade avtalen endast var en temporär övergångslösning. Den temporära lösningen hade framtvingsats på grund av den rättsprocess som förevarit och som lett till att upphandlingen fick avbrytas samt påbörjas ånyo. Den synnerliga brådskan hade inte orsakats av eget handlande utan Region Skåne hade avsatt normal tid för genomförandet av den ursprungliga upphandlingen. Region Skåne argumenterade även för att huruvida en upphandling överprövas eller inte är en omständighet som den upphandlande myndigheten inte kan påverka eller råda över.

Kammarrätten uttalade att en överprövningsprocess är en faktor som en upphandlande myndighet måste räkna med, och ta viss hänsyn till, vid planeringen av en upphandling. Vid en samlad bedömning fann kammarrätten att den uppkomna tidsnöden berodde på bristande planering från Region Skånes sida. Enligt kammarrätten hade Region Skåne således inte haft rätt att använda sig av ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering.¹¹⁷

¹¹⁷ Kammarrätten i Göteborg, mål nr 1501-10.

5.3.2 Region Skåne mot Menarini

Med anledning av att Region Skånes ramavtal avseende glukosmätare och diabetesstickor upphörde att gälla i slutet på februari 2008 annonserade myndigheten en ny upphandling. Tilldelningsbeslut skickades ut i januari 2008 men två leverantörer begärde överprövning av upphandlingen och i juli samma år beslutades det att upphandlingen skulle göras om. Till följd av detta påbörjade Region Skåne ett nytt upphandlingsförfarande med beräknad avtalsstart i april 2009. För att täcka det samlade behovet av diabetesstickor, tills dess att ett nytt avtal tecknats, förlängde Region Skåne de gällande ramavtalen genom förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Denna direktupphandling föranledde leverantören Menarini att ansöka om överprövning. Region Skåne försvarade direktupphandlingen med två grunder. Dels hade det uppstått akut tidsnöd på grund av den långdragna överprövningsprocessen avseende den annonserade upphandlingen och dels hade det varit absolut nödvändigt för myndigheten att säkerställa en kontinuerlig försörjning av glukosmätare och diabetesstickor eftersom diabetes är en allvarlig sjukdom som kan medföra svåra komplikationer. Enligt Region Skåne hade den sammanlagda överprövningsprocessen tagit betydligt längre tid än vad som med fog kunnat förutses. Kammarrätten ifrågasatte inte det nödvändiga behovet av att direktupphandla de aktuella varorna. Problemet bestod i att Region Skåne vid planeringen av den ursprungliga upphandlingen endast avsatt sex veckor för en eventuell överprövningsprocess i flera instanser. Med anledning av detta ansågs brådskan bero på Region Skånes egen bristande tidsplanering.¹¹⁸

5.3.3 Region Skåne mot Swebus

I en direktupphandling avseende busstrafik i Skånes län ansågs däremot Region Skåne ha agerat på ett lagenligt sätt. Då det var frågan om upphandling av transport skedde upphandlingen enligt LUF. Den ursprungliga upphandlingen utannonserades i juni 2008 och det nya trafikuppdraget hade beräknad avtalsstart 1 oktober 2009. Efter att Region Skåne meddelat tilldelningsbeslut 4 mars 2009 blev dock upphandlingen föremål för överprövning i både länsrätt och kammarrätt. Länsrätten kom fram till att den ursprungliga upphandlingen skulle göras om medan kammarrätten ansåg att den i sin helhet fick avslutas. När kammarrättens beslut väl föll hade domstolsprocessen hunnit pågå i cirka tio månaders tid. För att kunna säkra avtalsstart i oktober 2009 träffade Skånetrafiken i juni 2009 tillfälliga direktavtal med de anbudsgivare som vunnit den ursprungliga överprövade trafikupphandlingen år 2008 under tiden överprövningsprocessen pågick. Leverantören Swebus ansökte om överprövning och argumenterade för att det rörde sig om en otillåten direktupphandling därför att Skånetrafiken avsatt otillräckligt med tid för domstolsprövning. Enligt Skånetrafiken hade brådska uppstått till följd av

¹¹⁸ Kammarrätten i Göteborg, mål nr 1403-09.

överprövningsprocessen, vilket framtvingat en övergångslösning i form av tillfälliga direktupphandlade avtal.

Kammarrätten påpekade att när det handlar om ett kontrakt som är av stor samhällsekonomisk betydelse måste den upphandlande myndigheten räkna med att de leverantörer som gått miste om kontraktet begär överprövning av upphandlingsförfarandet. Emellertid ligger det i sakens natur att en tillfällig avtalslösning måste accepteras tills dess att en överprövningsprocess slutförts när det rör sig om en omfattande upphandling där det krävs ett betydande mått av planering från både upphandlande myndighet och vald leverantör. Då tidsåtgången för en överprövning i flera instanser är svårberäknelig kan en viss tidsrymd eller ett visst antal månader i själva upphandlingsförfarandet inte ha avgörande betydelse för om ett tillfälligt avtal ska godkännas eller ej. Mot den bakgrunden ansåg kammarrätten att brådskan varken var orsakad av, eller borde ha kunnat förutses, av Skånetrafiken. Det var således inte frågan om en otillåten direktupphandling enligt kammarrätten.¹¹⁹

5.3.4 Trollhättans kommun m.fl. mot Menigo

I livsmedelsupphandlingen som nämnts tidigare ansågs undantaget om synnerlig brådska tillämpligt på grund av överprövning. Upprinnelsen till fallet är att sju kommuner i Västergötland gemensamt annonserade en livsmedelsupphandling i april 2011, med avtalsstart 1 mars 2012. Denna upphandling överprövades dock i ett tidigt skede i maj 2011 med hänsyn till påstådda brister i förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten i Göteborg beslutade 10 oktober 2011 att upphandlingen skulle göras om. Kommunerna överklagade förvaltningsrättens dom till kammarrätten i Göteborg, som dock inte meddelade prövningstillstånd.

Kommunerna genomförde därefter två direktupphandlingar med hänsyn till att det förelegat synnerlig brådska att tilldela det aktuella livsmedelskontraktet eftersom kommunerna annars hade stått utan livsmedelsavtal på grund av den pågående domstolsprocessen. Första direktupphandlingen ägde rum i december 2011 och den andra i januari 2012. Direktupphandlingarna föregicks av en frivillig förhandsinsyn 9 december 2011 respektive 18 januari 2012. Två leverantörer begärde överprövning av den första direktupphandlingen och det beslutades att upphandlingen skulle göras om. Den andra direktupphandlingen blev också föremål för överprövning. Vid denna överprövning gjorde motparten Menigo gällande att direktupphandling inte varit nödvändig eftersom det vid överprövningen i maj 2011 fortfarande varit nio månader kvar tills det befintliga avtalet löpte ut 1 mars 2012, således hade det funnits gott om tid för ett annonserat förfarande. Emot detta anförde kommunerna att de råkat i tidsnöd på grund av pågående överprövningsprocess avseende den ursprungliga upphandlingen. Tanken var att tilldelningsbeslutet skulle ha

¹¹⁹ Kammarrätten i Göteborg, mål nr 5455-09.

fattats i månadsskiftet juni/juli 2011, därmed hade kommunerna tagit höjd för en överprövning på cirka sex månader. Resterande två månader avsattes som förberedelsetid för den nya leverantören. Kommunerna ansåg att det varit tillräckligt att i planeringen avsätta omkring sex månader för överprövning. Att överprövningen drog över den avsatta tiden var inte en förutsebar omständighet som berodde på kommunerna. Tidsbristen medgav helt enkelt inte att upphandlingen genomfördes på annat sätt än genom direktupphandling.

Enligt kammarrätten hade kommunerna vid tidpunkten för förhandsinsynen 18 januari 2012 inte haft möjlighet att använda sig av ett öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering om avtalsstart den 1 mars 2012 skulle ha kunnat säkerställas. Kammarrätten pekade på annonseringstiderna, den tid det tar att författa ett nytt förfrågningsunderlag, den tid det tar att utvärdera inkomna anbud, inställetiden för en ny leverantör samt tidsåtgången för en ny överprövningsprocess. Rekvisitet synnerlig brådska ansågs således uppfyllt. Kammarrätten ansåg till och med att synnerlig brådska förelegat redan vid tidpunkten för förvaltningsrättens dom 10 oktober 2011 då det varit fem månader kvar tills ett nytt avtal behövde ingås. När det gällde huruvida kommunerna kunnat förutse de inträffade omständigheterna fann kammarrätten att de beräknat en rimlig tidsåtgång för den ursprungliga upphandlingen när den utannonserades 12 april 2011 med tanke på planerad avtalsstart 1 mars 2012. Den omständigheten att den ursprungliga upphandlingen blev föremål för överprövning nio månader innan avtalsstart innebar inte att kommunerna redan vid denna tidpunkt haft anledning att ifrågasätta om upphandlingen kunde genomföras planenligt, och därför borde ha vidtagit tillfälliga åtgärder. Kammarrätten uttalade att upphandlande myndigheter inte är skyldiga att ändra eventuella brister i ett förfrågningsunderlag innan en dom vunnit laga kraft men bör i enlighet med de unionsrättsliga bestämmelserna vidta alla nödvändiga åtgärder för att undgå ett upphandlingsförfarande utan föregående annonsering. Då synnerlig brådska förelegat redan vid tidpunkten för förvaltningsrättens dom saknade det enligt kammarrättens mening betydelse för bedömningen huruvida kommunerna kunde anses ha varit skyldiga att vidta alla nödvändiga åtgärder efter domen i syfte att undgå direktupphandling. Den synnerliga brådskan som uppstått till följd av överprövningsprocessen ansågs därmed inte hänförlig till kommunernas eget agerande.¹²⁰

5.3.5 Lunds kommun m.fl. mot Menigo

I en annan livsmedelsupphandling som också avsåg leverans av livsmedel till skolor, förskolor och äldreomsorg kom samma kammarrätt fram till motsatt slutsats. Livsmedelsupphandlingen genomfördes av flera samverkande kommuner i Skåne, bland annat Lunds kommun. Upphandlingen hade planerad avtalsstart 1 april 2010 och annonserades i

¹²⁰ Kammarrätten i Göteborg, mål nr 1446-1452-12.

september 2009 för att det gällande ramavtalet med leverantören Menigo löpte ut 31 mars 2010. Den samordnade upphandlingen vann återigen av Menigo. Konkurrenten Martin & Servera överklagade upphandlingen och i december 2010 beslutade kammarrätten i Göteborg att upphandlingen skulle göras om. Efter överprövningen justerade kommunerna förfrågningsunderlaget och annonserade upphandlingen på nytt 22 september 2011, med ny beräknad avtalsstart 1 april 2012. Denna gång valde Menigo att överklaga upphandlingen. Den 28 maj 2012 beslutade förvaltningsrätten att upphandlingen skulle göras om. Kommunerna överklagade beslutet men både kammarrätten och HFD vägrade prövningstillstånd. Den utdragna överprövningsprocessen ledde till att det ursprungliga ramavtalet med Menigo, som egentligen löpte ut 31 mars 2010, förlängdes hela fyra gånger.

Med anledning av den omfattande överprövningsprocessen genomförde kommunerna ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering i september 2012 för att täcka det nödvändiga behovet av livsmedel under perioden 1 november 2012 till 31 oktober 2013. Förfarandet meddelades genom frivillig förhandsinsyn. Kommunerna beslutade att tilldela Martin & Servera kontraktet, vilket föranledde Menigo att ansöka om överprövning hos förvaltningsrätten i Malmö. Förvaltningsrätten ansåg att direktupphandlingen varit absolut nödvändig att genomföra eftersom folkhälsan hotades om livsmedelsleveranserna uteblev. Synnerlig brådska ansågs också ha förelegat med hänsyn till att det tidigare avtalet löpte ut 31 oktober 2012 och därför ansågs inte kommunerna, vid tidpunkten för den frivilliga förhandsinsynen 26 september 2012, haft tillräckligt med tid för ett annonserat förfarande. Vad som var avgörande i fallet var således huruvida brådskan orsakats av omständigheter som varit oförutsedda samt icke hänförliga till de upphandlande myndigheterna. Domstolen bedömde att brådskan som uppstod i september 2012 inte varit förutsebar för kommunerna vid tidpunkten för den ursprungliga upphandlingen 2009, trots att kommunerna ansågs ha varit något optimistiska då de räknat med sex månader från annonsering till avtalsstart. Domstolen ansåg att kommunerna varit optimistiska i sin tidsplanering med tanke på att det är allmänt känt att livsmedelsupphandlingar i regel leder till överprövning i flera instanser. Kommunernas något optimistiska planering ansågs således inte ha orsakat brådskan som uppstod i september 2012. Kommunerna ansågs däremot ha tagit oskäligt lång tid på sig att omarbeta förfrågningsunderlaget avseende den ursprungliga upphandlingen. Enligt domstolen tydde detta på bristande planering. Den nya upphandlingen annonserades dessutom först i september 2011, alltså cirka nio månader efter kammarrättens dom i december 2010. Enligt förvaltningsrätten borde kommunerna ha kunnat förutse att ett sådant agerande skulle leda till brådska med tanke på att det tillfälliga förlängda avtalet med Menigo löpte ut 1 april 2012. Mot bakgrund av detta ansågs kommunerna inte ha vidtagit alla nödvändiga åtgärder för att undvika ett upphandlingsförfarande utan föregående annonsering, vilket bör eftersträvas enligt unionsrätten. Den synnerliga brådskan som uppkommit bedömdes därför till viss del vara hänförlig till kommunernas eget agerande.

Förvaltningsrätten beslutade att direktupphandlingen skulle göras om.¹²¹ Kommunerna överklagade beslutet men kammarrätten ansåg inte att det fanns skäl att meddela prövningstillstånd.¹²²

5.3.6 Upphandlande myndigheter ska ta höjd för överprövning vid planering

Med utgångspunkt i denna praxis får det anses klarlagt att en överprövning generellt sett är en förutsebar omständighet. Upphandlande myndigheter måste därför vid planerandet av en upphandling rent tidsmässigt ta höjd för en eventuell överprövningsprocess. Även om den upphandlande myndigheten inte kan beräkna exakt hur lång tid en eventuell överprövning tar i anspråk är det alltså nödvändigt att myndigheten tar hänsyn till en domstolsprocess då en upphandling planeras. Det saknas ett förtydligande i såväl EU-rättslig som i svensk rättspraxis avseende hur lång tid upphandlande myndigheter bör avsätta för en eventuell överprövningsprocess. Angående frågan om synnerlig brådska på grund av domstolsprövning har Konkurrensverket uttalat att vad som kan anses som rimlig framförhållning får ske med beaktande av den aktuella upphandlingens art, omfattning och komplexitet. Med tanke på att ungefär 20 procent av förvaltningsrätternas avgöranden överklagas till kammarrätterna bör upphandlande myndigheter åtminstone avsätta den tid som kan förväntas gå åt vid en tvåinstansprövning. I dagsläget beräknas en sådan process ta ungefär sex månader¹²³. I det här sammanhanget ska det dock uppmärksammas att en alltför långdragen upphandling kan vara olämpligt ur affärsässig synvinkel. Om en upphandling annonseras väldigt lång tid innan det aktuella kontraktet ska ingås ökar risken för att anbudet fördyras som en följd av att anbudsgivare kompenserar för den osäkerhet som råder kring den tidskrävande upphandlingen. Under sådana omständigheter finns det stor risk för att vissa anbudsgivare helt avstår från att lämna anbud.¹²⁴

¹²¹ Förvaltningsrätten i Malmö, mål nr 10015-12 E, 10017-12 E, 10018-12 E, 10019-12 E, 10020-12 E, 10021-12 E och 10204-12 E.

¹²² Kammarrätten i Göteborg, mål nr 8879-8882-12 och 8884-8886-12.

¹²³ Konkurrensverket, rapport, Överprövningar av offentliga upphandlingar, s. 42.

¹²⁴ Konkurrensverket, yttrande, dnr 346/2010, p. 36-37 och p. 39-40.

6 Undantag från ogiltigförklaring av direktupphandlade avtal

6.1 Tvingande allmänintresse

Detta kapitel bygger vidare på avsnitt 4.2 som behandlar undantag från ogiltighet där det konstaterats att ett lagstridigt direktupphandlat avtal, som egentligen ska ogiltigförklaras, får bestå när det föreligger tvingande hänsyn till allmänintresset. Denna möjlighet försöker upphandlande myndigheter, efter att ha direktupphandlat ett samhällsåtagande under pågående överprövning, ofta tillvarata vid överprövning av avtalets giltighet genom att åberopa tvingande hänsyn. För att det aktuella avtalet ska få bestå krävs dock att domstolen anser att det upphandlade samhällsåtagandet utgör ett sådant tvingande allmänintresse.

6.1.1 Samhällsåtagande

Med samhällsåtaganden, även kallade allmännyttiga tjänster och varor, åsyftas verksamheter som statsmakterna är skyldiga att utföra och tillhandahålla medborgarna avgiftsfritt. Samhällsåtaganden finansieras med offentliga medel. Exempel på allmännyttiga tjänster är räddningstjänster, renhållningstjänster, vatten- och avloppstjänster, tjänster kopplade till vård, skola eller omsorg.¹²⁵ Nedan följer ett antal rättsfall där domstolarna tagit ställning till om det upphandlade samhällsåtagandet faller inom begreppet tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

6.1.1.1 Hjälpmedel åt funktionshindrade

Landstingen Kronoberg, Halland och Blekinge annonserade en upphandling avseende hörapparater 14 november 2008 med anledning av att det gällande ramavtalet löpte ut 31 mars 2009. Ramavtalet hade ingåtts i juni 2006 med fem leverantörer, däribland GN ReSound AB. Landstingen hade rätt att förlänga avtalstiden sex månader, det vill säga till 1 oktober 2009, om en överprövning orsakade försening vid kommande upphandling. Den nya upphandlingen blev föremål för överprövning och efter ett antal överprövningsomgångar beslutades det att upphandlingen skulle göras om. Andra upphandlingsomgången, som utannonserades 2 mars 2010, gick inte bättre än första omgången. Efter att leverantörerna W, O och P antagits genom tilldelningsbeslut 21 maj 2010 begärde GN ReSound överprövning. Förvaltningsrätten i Växjö beslutade 16 september 2010 att även denna

¹²⁵ Ekonomistyrningsverket, rapport, Finansiering av tillsyn, 2004, s. 13 och Rosén Andersson m.fl., s. 538.

upphandling skulle göras om. Landstingen påbörjade därmed upphandlingen för tredje gången, med annonseringsdatum 20 oktober 2010. Denna gång antogs anbuden från GN ReSound, P och U genom tilldelningsbeslut 14 januari 2011 och avtal ingicks i juni 2011. Från slutet av maj 2010 hade landstingen gjort avrop från W, O och P, som antagits genom tilldelningsbeslutet 21 maj 2010, och fortsatt med detta fram till juni 2011 då det nya avtalet med bland andra GN ReSound ingicks med anledning av tilldelningsbeslutet 14 januari 2011. Även efter 14 januari 2011 hade landstingen alltså avropat hörapparater enligt tilldelningsbeslutet som meddelades 21 maj 2010, trots att detta beslut enligt förvaltningsrättens dom var felaktigt. GN ReSound ansökte om överprövning och hävdade att avropen utgjorde otillåtna direktupphandlingar eftersom landstingen slutit avtal utan föregående annonsering. Avropen skedde inte utifrån den senaste konkurrensutsättningen med tanke på att ett nytt tilldelningsbeslut meddelades 14 januari 2011. GN ReSound yrkade därför på ogiltigförklaring av dessa avtal.

Landstingen anförde att 11 månaders framförhållning varit tillräckligt för en tvåinstansprövning och att det inte funnits anledning att anta att det skulle ta över två år att ingå ett nytt avtal. I och med att en annonserad upphandling inte kunnat slutföras inom rimlig tid, trots beräkning av en överprövningsprocess, förelåg det synnerlig brådska som inte förorsakats av landstingen. Landstingen hade dessutom enligt 3§ b i hälso- och sjukvårdslagen en skyldighet att erbjuda hjälpmedel åt funktionshindrade och hörapparater räknas som ett sådant hjälpmedel. Då hörselnedsättning är ett allvarligt funktionshinder i det dagliga livet utgör hörapparater ett livsviktigt hjälpmedel, därmed hade det varit absolut nödvändigt med ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering för att kunna tillhandahålla hörselapparater åt de boende inom landstingen. Om avtalen ogiltigförklarades förelåg en risk för brist på hörapparater under en relativt lång period. Slutligen motiverade landstingen direktupphandlingen med att ett byte av leverantör skulle medföra omställningskostnader. Det var därmed varken praktiskt eller ekonomiskt försvarbart att byta leverantör under pågående upphandling.

Kammarrätten ansåg att undantaget i 4 kap. 5§ 1 st. 3 p. LOU från skyldigheten att annonsera inte var tillämpligt på avropen. Detta berodde på att tiden för upphandlingens genomförande försenats genom att leverantörer ansökt om överprövning av samtliga tilldelningsbeslut. Då samtliga tilldelningsbeslut, utom det sista, medfört att domstolarna beslutat att upphandlingarna skulle göras om på grund av brister i upphandlingarna utgick kammarrätten från att bristerna berodde på landstingens eget agerande. Tidsnöden som uppstått hade således varit förutsebar för landstinget. Förutsättningarna för ogiltighet enligt 16 kap. 13§ LOU var därmed uppfyllda. Frågan var då om de tillfälliga avtalen skulle få bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Initialt konstaterade kammarrätten att landstingen haft en lagstadgad skyldighet att tillhandahålla hörselapparater och det ansågs därför föreligga ett folkhälsointresse av att denna samhällsservice kunde fullgöras. En omständighet som talade för att

låta avtalen bestå var att den aktuella tiden under vilken avropen skett (15 januari – slutet av juni 2011) inföll långt efter det att möjligheten att lagligen upphandla hörapparater hade upphört. Landstingen hade dessutom under tiden oktober 2009 till mars 2010 gjort avrop från GN ReSounds avtal från 2006 genom ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering, något som GN ReSound saknat skäl och möjlighet att föra talan mot. En omständighet som talade mot att avtalen skulle få bestå var att landstingen av ekonomiska skäl inte avropat anbuden enligt det senaste tilldelningsbeslutet. Trots detta ansågs de grundläggande skälen till avropen inte vara av ekonomisk natur eftersom landstingen hade sparat ännu mer om inga avrop skett överhuvudtaget. Efter att ha beaktat samtliga omständigheter kom kammarrätten slutligen fram till att det fanns ett tvingande hänsyn till allmänintresse att låta avtalen avseende hörapparaterna få bestå.¹²⁶

6.1.1.2 Samordning av kollektivtrafik, sjuk- och färdtjänstresor

I detta rättsfall var det inte en överprövning som orsakade brådska utan en lagändring. Jag har emellertid valt att ta med fallet för att visa på vilka samhällsåtaganden som ansetts utgöra tvingande hänsyn till allmänintresset. År 2011 direktupphandlade Länstrafiken Örebro administrativa tjänster i form av beställningscentral för samhällsbetalda transporter, planeringsverksamhet för sjuk- och färdtjänstresor, inkommande upplysningssamtal gällande buss- och tågtider samt receptionstjänst av leverantören Transam. När Konkurrenten Samres fick vetskap om denna direktupphandling ansökte bolaget om överprövning av avtalets giltighet. Enligt Länstrafiken hade det förelegat synnerlig brådska för direktupphandling då en ny kollektivtrafikslag medfört att Länstrafiken tvingades omorganisera hela sin verksamhet. Om domstolen inte höll med om detta menade Länstrafiken att det i vart fall förelåg tvingande hänsyn till allmänintresset.

Kammarrätten konstaterade att det förvisso varit brådskande för Länstrafiken att få till stånd ett avtal för att verksamheten ifråga skulle kunna fungera tillfredställande. Den nya lagstiftningen på kollektivtrafikområdet hade dock varit känd för Länstrafiken under en längre tid. Med beaktande av detta ansågs lagändringen, som orsakat den omfattande omorganisationen, inte ha orsakat synnerlig brådska. Då det inte förelegat någon undantagssituation fanns det som utgångspunkt grund för ogiltigförklaring av det aktuella avtalet. Härfter prövades om det förelåg tvingande hänsyn till allmänintresset som medförde att avtalet fick bestå. Den upphandlande myndigheten framhöll att det var av yttersta vikt att de berörda tjänsterna kunde utföras eftersom de syftade till att upprätthålla allmän ordning samt skedde i allmänhetens intresse. Antalet fordon skulle inte räcka till om inte samordning av verksamheten skedde. En ogiltigförklaring skulle innebära att en stor grupp människor påverkades

¹²⁶ Kammarrätten i Jönköping, mål nr 1587-1589-11.

negativt. Först och främst skulle färdtjänstberättigade och sjuka drabbas. En annan grupp som skulle drabbas hårt var kollektivtrafiksresenärer. Länstrafiken åberopade att samtliga tjänster utfördes för att upprätthålla allmän ordning samt att det allmännas säkerhet hotades avseende grundläggande funktioner i samhället om avtalet inte fick bestå. Kammarrätten påpekade att det inte var själva färdtjänstresorna eller sjukresorna som berördes av avtalet, men genom att Länstrafikens verksamhet inte kunde genomföras utan de aktuella hjälptjänsterna fann domstolen inte skäl att ifrågasätta tjänsternas betydelse. Då tjänsterna i allra högsta grad påverkade människors liv och hälsa, i kombination med att det till viss del var utsatta grupper i samhället som skulle drabbas negativt om tjänsterna inte tillhandahölls, slog kammarrätten fast att det var frågan om sådana omständigheter som faller in under begreppet tvingande hänsyn till allmänintresset. Avtalet fick därför bestå med stöd av 16 kap. 14§ LOU.¹²⁷

6.1.1.3 Snöröjningstjänster

Frågan huruvida snöröjning och halkprevention utgör tvingande hänsyn till allmänintresset har prövats i ett fall där Skolfastigheter i Stockholm (SISAB) direktupphandlade sådana tjänster. SISAB annonserade 2011 en upphandling som omfattade snöröjning och halkprevention kring Stockholms skolor. Upphandlingen genomfördes som ett öppet förfarande och det fanns möjlighet att lägga anbud på åtta olika geografiska områden. I september 2011 meddelade SISAB att upphandlingen vunnits av leverantörerna Stockholm Entreprenad AB, Björn Entreprenad AB, Svenska Entreprenad Drift och Underhåll AB samt Svensk Markservice AB. Beslutet fick anbudsgivaren SBE Trädgårdsservice AB (bolaget) att ansöka om överprövning. Förvaltningsrätten i Stockholm avslog 16 januari 2012 bolagets ansökan. Bolaget överklagade domen och kammarrätten i Stockholm beslutade 28 januari 2012 om inhibition. Under tiden överprövningsprocessen pågick tecknade SISAB övergångsavtal med de vinnande anbudsgivarna i den ursprungliga upphandlingen. Denna direktupphandling föranledde bolaget att begära överprövning av de ingångna avtalens giltighet hos förvaltningsrätten i Stockholm.

I första hand anförde SISAB att övergångsavtalen inte ingått i strid med LOU eftersom det på grund av synnerlig brådska varit absolut nödvändigt att tilldela kontrakten utan föregående annonsering. Då avtal träffats med de entreprenörer som vunnit tilldelningen av den ursprungliga upphandlingen skedde kontraktstilldelning i överensstämmelse med den senaste konkurrensprövningen. Avtalen var gällande endast under tiden för överprövning, längst till och med 31 mars 2012. Det hade inte funnits något alternativ till direktupphandling för att lösa snöröjningsbehoven eftersom även en upphandling med förkortade tidsfrister inte hade kunnat avslutas i tid för att tillgodose det nödvändiga behovet. SISAB påpekade att behovet av snöröjning kan uppstå när som helst från slutet av december och att ett snöoväder kan orsaka force majeure-liknande förhållanden. Med tanke på

¹²⁷ Kammarrätten i Göteborg, mål nr 5819-11.

den kommande vintersäsongen hade det således varit absolut nödvändigt att träffa avtal om snöröjning i avvaktan på pågående överprövning. SISAB framhöll också att den upphandlande myndigheten haft en god framförhållning genom att meddela tilldelningsbeslut 29 september, det vill säga nästan ett kvartal före vintersäsongen startade. I andra hand yrkade SISAB på att avtalen skulle få bestå på grund av tvingande hänsyn till allmänintresset. Till stöd för detta framförde SISAB att halkprevention och snöröjning på skolgårdar och tillfarter är nödvändigt för att skolverksamheten ska kunna upprätthållas vid snöoväder. Det finns ett allmänintresse av att skolverksamheten fungerar och att skolor inte tvingas stänga. SISAB underströk att ett snöoväder kan komma plötsligt under en skoldag och att en olycka eller eldsvåda då innebär en uppenbart ökad risk för liv och hälsa om ambulans eller brandkår inte kan nå fram till skolbyggnaderna.

Förvaltningsrätten påpekade inledningsvis att SISAB:s uppdrag förutsatte en viss framförhållning. Av utredningen framgick att anbudstiden avseende den ursprungliga upphandlingen gick ut 19 juli 2011 men tilldelningsbeslut meddelades först 27 september 2011. SISAB verkade därmed ha räknat med att eventuella domstolsprocesser skulle hinnas med från dagen för tilldelningsbeslutet fram tills dess att vintersäsongen startade. Enligt förvaltningsrätten framstod den tiden som mycket kort. Vidare betraktade domstolen inte ett snöoväder som en oförutsebar eller exceptionell omständighet i klass med naturkatastrofer eller epidemier. Sammantaget ansåg förvaltningsrätten att den upphandlande myndigheten inte lyckats visa att det förelegat synnerlig brådska som orsakats av omständigheter som SISAB inte kunnat förutse, utan brådskan ansågs bero på bristande planering. SISAB hade därmed genomfört en otillåten direktupphandling och förutsättningarna för ogiltighet var uppfyllda. När det gällde tvingande hänsyn fastslog rätten helt kort att snöröjning och halkprevention av skolgårdar inte direkt påverkar människors liv och hälsa på ett sådant sätt att tvingande hänsyn till allmänintresse föreligger. Mot bakgrund av detta förklarade förvaltningsrätten övergångsavtalen ogiltiga.¹²⁸

SISAB överklagade beslutet till kammarrätten i Stockholm och begärde prövningstillstånd med motiveringen att det i rättspraxis saknas tillräcklig ledning för när avtal ska få bestå på grund av tvingande hänsyn till allmänintresset. SISAB menade även att det behövdes vägledning beträffande den avvägning som domstolarna ska göra enligt förarbetena mellan det allmännas intresse av att myndigheterna tillhandahåller allmän service till samhället och leverantörens intresse av att få det ingångna ogiltigförklarat. SISAB framhöll att det inte framgick av förvaltningsrättens dom hur allmänintresset av att skolor kunde hållas öppna och att räddningstjänst kunde ta sig fram till skolor i händelse av olycka eller brand vägdes mot leverantörens intresse av att få dessa tillfälliga avtal upphävda. SISAB avslutade sitt överklagande med att understryka att tvingande hänsyn till allmänintresset förelåg med utgångspunkt i avvägningen mellan å ena

¹²⁸ Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr 23502-11.

sidan myndighetens skyldighet och ansvar att tillhandahålla denna nödvändiga verksamhet och å andra sidan leverantörens intresse av att få de begränsade avtalen ogiltigförklarade. Tvingande hänsyn till allmänintresset förelåg på grund av nödvändigt skydd för liv och hälsa. Dessvärre, och till förfång för rättstillämpningen, prövades inte överklagandet därför att SISAB återkallade det. Vad som orsakade detta återkallande är okänt. Med anledning av detta avskrevs målet från vidare handläggning.¹²⁹

6.1.1.4 Livsmedel till förskolor, skolor och äldreomsorg

Ett rättsfall som belyser direktupphandling av samhällsättaganden under överprövning samt frågan om tvingande hänsyn till allmänintresset är Lunds kommuns direktupphandling av livsmedel i december 2012. Den bakomliggande orsaken till denna direktupphandling är den tidigare nämnda långdragna överprövningsprocessen, där förvaltningsrätten fann att de skånska kommunerna inte haft grund att genomföra ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Domstolen förordnade därför i dom 20 november 2012¹³⁰ att direktupphandlingen skulle göras om. Kommunerna överklagade domslutet men kammarrätten valde att inte meddela prövningstillstånd. Med anledning av att kommunerna efter detta avgörande fortfarande stod utan ett lagligt livsmedelsavtal, och då den sista avtalsförläggningen med Menigo löpte ut 31 januari 2013, valde Lunds kommun att ingå ett livsmedelsavtal med leverantören Martin & Servera 18 december 2012 utan föregående annonsering. Föga förvånande medförde detta direktupphandlade avtal att konkurrenten Menigo ansökte om överprövning av avtalets giltighet.

Lunds kommun anförde att man efter förvaltningsrättens dom valde att genomföra en fjärde upphandling i form av en direktupphandling. Det tillfälliga avtalet tilldelades Martin & Servera i enlighet med det förfrågningsunderlag som annonserades 22 september 2011. I första hand argumenterade Lunds kommun för att det förelegat synnerlig brådska att direktupphandla på grund av överprövning. Kommunen hävdade att den hamnat i en situation där det helt enkelt varit oundvikligt att tillfälligt direkttilldela kontrakt. Trots upprepade försök misslyckades kommunen med att teckna ett lagenligt livsmedelsleveransavtal, vilket berodde på de utdragna överprövningsprocesserna. Med tanke på det avtalslösa tillstånd som dessa överprövningsprocesser försatte den upphandlande myndigheten i framhöll Lunds kommun att det under sådana omständigheter måste finnas en gräns. En gräns som innebär att en upphandlande myndighet tillfälligt får teckna avtal i syfte att tillförsäkra livsmedelsleveranser. I andra hand gjorde Lunds kommun gällande att det aktuella avtalet skulle få bestå på grund av att den kommunala livsmedelsförsörjningen ansågs utgöra ett tvingande allmänintresse. Här betonade kommunen att den enligt skollagen varit skyldig att förse skolelever med lunch. Kommunen tryckte på att tillgången

¹²⁹ Kammarrätten i Stockholm, mål nr 880-12.

¹³⁰ Se mål nr 10015-12 m.fl.

till mat och dryck utgör ett såväl starkt som omedelbart allmänintresse och med anledning av detta skulle avtalet få bestå. Större delen av livsmedelsleveranserna avsåg dessutom kommunens kärnverksamhet, det vill säga förskolor, skolor och äldreomsorg. Vidare menade kommunen att avtalet skulle få bestå i sin helhet eftersom de leveransställen som inte omfattades av tvingande hänsyn till ett allmänintresse endast stod för 1,49 procent av avtalets omfattning. Det tillfälliga avtalet sträckte sig endast över ett år, från 1 februari 2013 till 31 januari 2014, med möjlighet till förlängning på ytterligare ett år. Kommunen poängterade att den endast avsåg att utnyttja optionen om förlängning om den upphandling som skulle utannonseras i maj 2013 blev föremål för en överprövningsprocess.

Mot detta anförde Menigo att det aktuella avtalet var resultatet av en tidigare genomförd, och av domstolarna icke-godkänd upphandling, som nu drevs igenom av Lunds kommun. Eftersom avtalet ingåtts i strid med reglerna i LOU skulle det förklaras ogiltigt. Menigo anförde även att den omständigheten att en kommun har en skyldighet enligt skollagen att tillhandahålla måltider till förskolor och skolor inte är tillräckligt för att visa på att det föreligger ett tvingande hänsyn till allmänintresset. Slutligen framhöll Menigo att det inte, på grund av det tvingande allmänintresse som kommunen gjorde gällande (människors hälsa), varit absolut nödvändigt att ingå ett avtal som löpte under så lång tid som två år.

Förvaltningsrätten i Malmö gjorde bedömningen att Lunds kommun inte haft rätt att vid det fjärde upphandlingsförfarandet av livsmedel tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Förutsättningarna för direktupphandling enligt nationella regler ansågs inte heller uppfyllda. Lunds kommun hade således genomfört en otillåten direktupphandling. Med hänsyn till att Lunds kommun underlåtit att annonsera upphandlingen förelåg grund för ogiltigförklaring av avtalet enligt 16 kap. 13§ LOU. Nästa fråga som förvaltningsrätten prövade var om avtalet ändå skulle få bestå på grund av ett tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Förvaltningsrätten uppmärksammade att den uppkomna situationen, det vill säga kommunens misslyckande med att på laglig väg tillhandahålla livsmedelsleveranser som var nödvändiga för att kunna utföra viktiga samhällsfunktioner, berodde på kommunens tidigare bristande agerande. Att kommunen själv bidragit till den rådande situationen påverkade dock inte det faktum att mat är av direkt betydelse för skolbarn och vårdtagares liv och hälsa. Vid bedömningen tog domstolen också hänsyn till att Lunds kommun under pågående överprövning arbetat på en ny upphandling, i form av ett öppet förfarande, med planerad annonsering i maj 2013. I beaktande togs också att kommunens avsikt var att det tillfälliga direktupphandlade avtalet skulle ersättas med ett nytt upphandlat avtal redan efter ett år. Optionen, som innebar att det aktuella avtalet kunde förlängas med ytterligare ett år, skulle endast utnyttjas om en överprövningsprocess omöjliggjorde att ett nytt avtal upphandlades. Efter att ha beaktat samtliga omständigheter fastslog domstolen att det rörde sig om exceptionella omständigheter vilket medförde att avtalet fick bestå på grund av tvingande hänsyn till allmänintresset. Trots att avtalet inte uteslutande avsåg livsmedelsleveranser

till förskolor, skolor och äldreomsorg, utan även omfattade andra enheter inom kommunen, fann förvaltningsrätten att avtalet fick bestå i sin helhet. Stöd för detta hämtades ur förarbetena där det framgår att möjligheten att låta ett avtal bestå av tvingande hänsyn uteslutande gäller hela avtalet.¹³¹

6.2 Upphandlingsskadeavgift

Ändringsdirektivet föreskriver att medlemsstaterna ska ha en alternativ sanktion till ogiltigförklaring av avtal. En alternativ sanktion ska påföras när rätten beslutat att ett avtal får bestå trots att det egentligen föreligger grund för ogiltigförklaring. Alternativa sanktioner måste vara effektiva, proportionerliga och avskräckande. Enligt ändringsdirektivet ska den alternativa sanktionen utgöras av böter eller förkortning av avtalstidens längd. Sverige har valt att införa böter som alternativ sanktion, benämnd upphandlingsskadeavgift.¹³² Syftet med upphandlingsskadeavgiften är att säkerställa efterlevnaden av upphandlingsreglerna och att skattemedlen används på bästa sätt. Upphandlingsskadeavgift är således en offentlighetsrättslig sanktionsavgift som upphandlande myndigheter kan bli skyldiga att betala för vissa överträdelser av det upphandlingsrättsliga regelverket.¹³³ Konkurrensverket är tillsynsmyndighet i ärenden om upphandlingsskadeavgift¹³⁴. Enligt Konkurrensverket bör avgiftens storlek beräknas med utgångspunkt i det ingångna avtalets värde, men får uppgå till högst tio miljoner kronor och lägst tiotusen kronor. Dessutom finns ett tak på tio procent av det aktuella kontraktsvärdet.¹³⁵ Reglerna om upphandlingsskadeavgift i 17 kap. LOU kan tillämpas på samtliga upphandlingar som sker inom ramen för LOU.¹³⁶ I förarbetena motiveras detta med att majoriteten av alla upphandlingar som genomförs understiger tröskelvärdena och regeringen har uttalat att det är av stor vikt att upphandlingsreglerna följs även när det rör sig om upphandlingar som styrs av nationella regler.¹³⁷ Utdömandet av upphandlingsskadeavgift bygger på ett strikt ansvar. Skälet till det strikta ansvaret är det förutsätts att upphandlande myndigheter har god kännedom om upphandlingsreglerna. Mot bakgrund av detta föreligger en stark presumtion för att de överträdelser som begås sker med uppsåt eller i vart fall oaktsamhet.¹³⁸

¹³¹ Förvaltningsrätten i Malmö, mål nr 334-13.

¹³² Artikel 2e.2 i direktiv 2007/66/EG och Rosén Andersson m.fl., s. 397.

¹³³ Prop. 2009/10:180, s. 196 och Asplund m.fl., s. 357.

¹³⁴ 3§ Förordning (2007:1117) med instruktion för Konkurrensverket.

¹³⁵ 17 kap. 4§ LOU och Konkurrensverket, ansökan om upphandlingsskadeavgift, dnr 144/2012.

¹³⁶ Rosén Andersson m.fl., s. 698.

¹³⁷ Prop. 2009/10:180, s. 186.

¹³⁸ Ds 2009:30, s. 218.

6.2.1 Överträdelser som kan leda till upphandlingsskadeavgift

Med stöd av 17 kap. 1§ 3 p. LOU kan en upphandlande myndighet påföras upphandlingsskadeavgift för att ha ingått avtal med en leverantör utan föregående annonsering. Denna bestämmelse fungerar som ett komplement till ogiltigförklaring av avtal. Mot bakgrund av att det finns ett utbrett problem med otillåtna direktupphandlingar har den svenska lagstiftaren ansett att möjligheten att föra talan om ogiltighet i dessa fall inte är tillräckligt avskräckande utan behöver kompletteras med en möjlighet att påföra en upphandlingsskadeavgift.¹³⁹ Av rättsmedelsdirektiven följer att en leverantör har rätt att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet vid otillåten direktupphandling. Direktiven föreskriver dock inte att det även ska utgå sanktionsavgifter för otillåtna direktupphandlingar, vilket innebär att den svenska rätten går utöver vad som följer av rättsmedelsdirektiven i detta specifika avseende.¹⁴⁰ Då upphandlingsskadeavgift inte utgör en obligatorisk alternativ sanktion till ogiltighet vid otillåten direktupphandling är det frivilligt för Konkurrensverket att ansöka om upphandlingsskadeavgift hos allmän förvaltningsdomstol.¹⁴¹

Enligt 17 kap. 1§ 2 p. LOU får rätten besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift om det i ett lagakraftvunnet avgörande har konstaterats att ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Det kan exempelvis röra sig om situationer där ett avtal inte bör ogiltigförklaras med hänsyn till folkhälsan eller det allmännas säkerhet. Att utkräva en sanktion när domstolen fastslagit att ett avtal, som utgör en otillåten direktupphandling, får bestå på grund av tvingande hänsyn kan framstå som en ingripande åtgärd. Ändringsdirektivet kräver dock att en alternativ sanktion till ogiltighet ska föreskrivas i dessa fall. Konkurrensverket är med andra ord skyldig att ansöka om upphandlingsskadeavgift när ett avtal får bestå av tvingande hänsyn.¹⁴²

6.2.2 Omständigheter som påverkar avgiftens storlek

Inom ramen för de angivna beloppen har domstolen ett betydande utrymme att fastställa upphandlingsskadeavgiftens storlek och sanktionsvärde.¹⁴³ Rätten ska beakta alla relevanta omständigheter, såväl försvårande som förmildrande, vilka kan inverka sänkande eller höjande på avgiften. Utgångspunkten bör dock vara att avgiften fastställs till ett belopp som får den upphandlande myndigheten, men även andra, att upphöra med att

¹³⁹ Prop. 2009/10:180, s. 188.

¹⁴⁰ Asplund m.fl., s. 361.

¹⁴¹ 17 kap. 2§ 2 st. LOU och prop. 2009/10:180, s. 189.

¹⁴² 17 kap. 2§ 1 st. LOU och prop. 2009/10:180, s. 186 och 367.

¹⁴³ Prop. 2009/10:180, s. 197.

överträda LOU. Av lagen framgår att vid fastställandet av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är¹⁴⁴. Ju allvarligare överträdelse desto högre belopp bör utdömas.¹⁴⁵ Då otillåtna direktupphandlingar räknas som en av de allvarligaste överträdelserna av upphandlingsreglerna bör sanktionsvärdet i dessa fall vara högt. Det kan dock anses som en förmildrande omständighet om den upphandlande myndigheten fortsatt att upphandla varor och tjänster enligt ett avtal som upphört men där ett nytt avtal inte kunnat ingås på grund av en pågående överprövningsprocess. Sådana omständigheter bör medföra att sanktionsvärdet anses lågt samt att upphandlingsskadeavgiften sänks. Den omständigheten att ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse bör som regel också anses förmildrande och leda till att sanktionsvärdet anses förhållandevis lågt. Överträdelser i sådana situationer antas snarare bero på de allmänna omständigheterna än på ett medvetet kringgående av upphandlingslagstiftningen.¹⁴⁶

Till följd av att en livsmedelsupphandling bromsades upp genom en utdragen överprövningsprocess ingick fem värmländska kommuner tillfälliga direktupphandlade avtal i avvaktan på att den överprövade upphandlingen kunde slutföras. Förvaltningsrätten i Karlstad fann att kommunerna inte haft rätt att ingå de tillfälliga avtalen med stöd av undantaget om synnerlig brådska i 4 kap. 5§ 1 st. 3 p. LOU, men fastställde att avtalen fick bestå av tvingande allmänintresse.¹⁴⁷ Med anledning av att avtalen var tillfälliga och avsåg att tillgodose kommunens nödvändiga behov av livsmedel under pågående överprövning ansåg Konkurrensverket att upphandlingsskadeavgiften skulle bestämmas till ett väsentligt lägre belopp än vad som normalt gäller för en otillåten direktupphandling.¹⁴⁸

6.2.3 Eftergift

Även om utgångspunkten är att upphandlingsskadeavgift ska utgå när förutsättningarna för ogiltighet är uppfyllda innehåller 17 kapitlet en bestämmelse som syftar till att undvika orimliga konsekvenser av en överträdelse som begåtts i en upphandling.¹⁴⁹ Andra stycket i 17 kap. 5§ LOU öppnar nämligen upp för möjligheten att efterge avgiften om det finns synnerliga skäl. Utrymmet för eftergift är dock ytterst begränsat och denna möjlighet ska användas restriktivt. Enligt förarbetena tar synnerliga skäl tar sikte på sådana situationer där det skulle framstå som stötande eller orimligt att döma ut avgiften. Ett tänkbart exempel då avgiften skulle kunna efterges är vid direktupphandlingar som inte riktigt når upp till kravet på synnerliga skäl i 15 kap. 3§ 2 st. LOU. Om en upphandlande myndighet på grund av

¹⁴⁴ 17 kap. 5§ 1 st. LOU.

¹⁴⁵ Prop. 2009/10:180, s. 369f.

¹⁴⁶ Prop. 2009/10:180, s. 197f.

¹⁴⁷ Förvaltningsrätten i Karlstad, mål nr 1724-11.

¹⁴⁸ Konkurrensverket, ansökan om upphandlingsskadeavgift, dnr 143/2012, 144/2012, 145/2012, 146/2012, samt 147/2012.

¹⁴⁹ Rosén Andersson m.fl., s. 729.

egen bristande planering ansett sig tvungen att direktupphandla, exempelvis för att människors liv eller hälsa annars skulle riskeras, anses kravet på synnerliga skäl inte uppfyllt eftersom bristande planering inte ger rätt att direktupphandla. Det är däremot möjligt att synnerliga skäl för eftergift anses föreligga med hänsyn till rådande omständigheter. Om domstolen beslutat att avtalet får bestå på grund av ett tvingande allmänintresse är det dock oundvikligt att en sanktion påförs. Utvecklingen av den närmare innebörden av begreppet eftergift på grund av synnerliga skäl har överlämnats till rättspraxis.¹⁵⁰

I början av 2012 fann Förvaltningsrätten i Linköping att Sjöfartsverket genomfört en otillåten direktupphandling avseende reparationer av Trollhätte Kanal, men förklarade att avtalet fick bestå på grund av tvingande hänsyn till allmänintresset (allmän säkerhet samt skydd för människors liv och hälsa). Direktupphandlingen bedömdes som otillåten för att Sjöfartsverket hamnat i tidsnöd på grund av egen bristande planering.¹⁵¹ Till följd av detta ansökte Konkurrensverket om att en upphandlingsskadeavgift skulle utgå. Sjöfartsverket yrkade att avgiften skulle efterges med stöd av 17 kap. 5§ 2 st. LOU på grund av synnerliga skäl. Sjöfartsverket hänvisade till förarbetena där det anges att eftergift kan ske om en direktupphandling genomförts utan att kravet på synnerliga skäl i 15 kap. 3§ 2 st. LOU ansetts helt uppfyllt. I andra hand gjordes gällande att det var på grund av tvingande allmänintresse som direktupphandlingen genomfördes och att denna omständighet skulle betraktas som förmildrande. Den aktuella direktupphandlingen skulle därför anses ha ett lågt sanktionsvärde. Konkurrensverket hävdade dock att Sjöfartsverket i prövningen om direktupphandlingens giltighet där det beslutats att avtalet fick bestå redan tillgodogjort sig grunden tvingande hänsyn. Förvaltningsrätten uttalade att upphandlingsskadeavgiften inte kunde efterges med anledning av synnerliga skäl eftersom avgift ska utgå vid fall av otillåten direktupphandling där avtalet fått bestå på grund av tvingande hänsyn till allmänintresse. Eftergift var därmed oförenlig med ändringsdirektivets krav på alternativ sanktion. Domstolen ansåg däremot inte att rättskällorna gav stöd för Konkurrensverkets syn, utan betonade att förarbetena tar upp denna typ av situation som exempel på när sanktionsvärdet kan tänkas vara lågt. Att tvingande hänsyn får beaktas överensstämmer också med att domstolen ska beakta alla relevanta omständigheter vid fastställandet av avgiften. Det faktum att det förelegat tvingande allmänna intressen ansåg domstolen styrkte att Sjöfartsverket ämnat genomföra en lagenlig upphandling. Överträdelsen betraktades därför som mindre allvarlig med ett relativt lågt sanktionsvärde. Förvaltningsrätten framhävde dock att avgiften inte skulle fastställas till obetydlig storlek eftersom det är av vikt att upphandlande myndigheter planerar sin verksamhet för att undvika situationer där de på grund av tidsnöd tvingas frånga upphandlingsreglerna.¹⁵²

¹⁵⁰ Prop. 2009/10:180, s. 370.

¹⁵¹ Förvaltningsrätten i Linköping, mål nr 1959-11.

¹⁵² Förvaltningsrätten i Jönköping, mål nr 5355-11.

7 Motstridiga regelverk

7.1 Lagkonflikt

Av den rättspraxis som redogjorts för framgår tydligt att ett allvarligt problem med överprövningsprocesser är att upphandlingar regelmässigt försenas. Konsekvensen kan bli att upphandlande myndigheter inte hinner få den vara eller tjänst som de har skyldiga att förse allmänheten med. För att få tillgång till något som den upphandlande myndigheten är skyldig att tillhandahålla enligt lag kan det i vissa situationer framstå som motiverat att direktupphandla. I sådana situationer kan överprövningar leda till att det uppkommer en lagkonflikt där upphandlande myndigheter ställs inför ett vanskligt val, att antingen följa upphandlingsregelverket eller andra lagreglerade skyldigheter. I praktiken innebär detta att upphandlande myndigheter tvingas välja mellan vilka lagregler de ska överträda. Rent generellt framstår upphandlande myndigheters skyldigheter att tillgodose allmänhetens behov av bland annat livsmedel, hörapparater och snöröjning som avsevärt viktigare ting än efterlevnaden av upphandlingsreglernas formella tidsfrister och annonseringskrav.¹⁵³ Frågan om lagkonflikten samt vad som krävs för att upphandlande myndigheter ska ha rätt att frånga upphandlingsreglerna, då det råder synnerlig brådska orsakad av en överprövningsprocess, för att fullgöra obligatoriska skyldigheter enligt andra lagar ställdes på sin spets i det så kallade skolskjutsfallet.

Stenungsunds kommun genomförde i april 2009 en upphandling av skolskjutstrafik och valde att ingå avtal med Orusttrafiken AB. Leverantören som gick miste om kontraktet, Ellös Buss, ansökte om överprövning och yrkade på att upphandlingen skulle göras om. Länsrätten i Göteborg beslutade 26 juni 2009 att upphandlingen skulle göras om eftersom rätten ansåg att förfrågningsunderlaget givit kommunen nästintill fri prövningsrätt. Endast tre dagar efter länsrättens dom träffade dock Stenungsunds kommun avtal direkt med leverantören som vunnit den ursprungliga upphandlingen. Det aktuella avtalet avsåg skolskjuts för läsåret 2009/2010 utan möjlighet till förlängning. Ellös Buss ansåg att det rörde sig om en otillåten direktupphandling och begärde överprövning. Den 26 januari 2010 biföll länsrätten Ellös ansökan. Till grund för detta beslut låg bedömningen att kommunens planering endast omfattat cirka två månader för en eventuell överprövning. Länsrätten ansåg att denna tid var synnerligen kort med hänsyn till upphandlingens betydelse och kommunens skyldighet att tillhandahålla skolskjuts. Kommunen överklagade länsrättens dom till Kammarrätten i Göteborg.

Stenungsunds kommun uppgav att kommunen tillfälligt direktupphandlat skolskjuts på grund av tidsnöd, som orsakats av att den ursprungliga upphandlingen överprövats. Med anledning av denna tidsnöd hade det

¹⁵³ SOU 2011:73, s. 84.

uppstått ett absolut nödvändigt behov av att direktupphandla skolskjuts. Kommunen yrkade att det förelegat synnerlig brådska i enlighet med 4 kap. 5§ 1 st. 3 p. LOU och att direktupphandlingen varit en proportionerlig åtgärd för att säkerställa att eleverna hade skolskjuts till höstterminen. Synnerlig brådska hade förelegat eftersom kommunen haft mindre än två månader på sig att göra om hela upphandlingen. Tiden var otillräcklig då kommunen förutom att avsätta tid för ett ansökningsförfarande och för anbudsgivning även behövde tid till att utarbeta ett nytt förfrågningsunderlag, tid för anbudsutvärdering samt tid för en eventuell överprövning. Dessutom behövde leverantören rimlig tid på sig att förbereda uppdraget. Mot bakgrund av detta hade det inte funnits tid för att använda något annat förfarande än ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Avtal tecknades därför med den leverantören som hade förmågan att utföra uppdraget med kort varsel. Kommunens planering hade inte varit bristfällig eftersom skolskjutsupphandlingen påbörjades i god tid före det nya avtalet skulle börja löpa. Sista anbudsdag var 2 april 2009, det vill säga cirka 4,5 månader innan höstterminen startade.

I andra hand anförde Stenungsunds kommun att även om kammarrätten fann att kommunen genom bristfällig planering gett upphov till den synnerliga brådskan hade det varit tillåtet att tillfälligt direktupphandla skolskjuts eftersom kommunen haft en skyldighet att tillhandahålla skolskjuts enligt 4 kap. 7§ skollagen. Skyldigheten att tillhandahålla skolskjuts gick enligt kommunen före skyldigheten att strikt följa upphandlingsreglerna. Kommunen framhöll att skolskjuts är en sådan viktig samhällsfunktion som inte kan undvaras, detta med tanke på att skolskjuts är en förutsättning för att elever ska kunna få sin rätt till utbildning tillgodosedd och för att de ska kunna fullgöra sin skolplikt. Kommunen medgav att länsrättens dom överensstämde med en ren bokstavstolkning av artikel 31.1 (c) men betonade att den var oförenlig med EU-rätten i grund och botten. Beaktandesats 6 till direktiv 2004/18/EG föreskriver att EU-rätten inte får tillämpas på ett sätt som skadar viktiga samhällsfunktioner. Slutligen yrkade Stenungsunds kommun på att kammarrätten skulle begära förhandsavgörande från EU-domstolen. Ett förhandsavgörande var motiverat eftersom frågan om elevernas rätt till skolskjuts går före leverantörens intresse av att direktivet tillämpas enligt ordalydelsen var så angelägen och av sådan principiell vikt. Kommunen ansåg att frågan också var av relevans även för andra upphandlingar, där det uppstår en konflikt mellan leverantörsintresset och andra intressen samt att den intresseavvägningen inte endast berör svenska upphandlande myndigheter.

Ellös Buss anförde att kommunen saknat stöd för att tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering därför att inte ens en ovanligt kort överprövningsprocess inrymdes i kommunens planering. I förevarande fall hade den överprövningsprocess som föregick kommunens otillåtna direktupphandling inte varit utdragen. Ellös Buss ansökte om överprövning 6 maj 2009 och länsrätten meddelade dom redan 26 juni 2009, med andra ord pågick överprövningsprocessen knappt två månader.

Den första frågan som kammarrätten behandlade var om det förelegat synnerlig brådska som gjort det absolut nödvändigt att upphandla skolskjuts utan föregående annonsering. Med tanke på att det i den ursprungliga upphandlingen avsatts knappt fyra månader från tilldelningsbeslut fram till beräknad avtalsstart bedömde domstolen att den synnerliga brådskan berodde på kommunens egen bristande planering och att brådskan därmed även varit förutsebar för kommunen. Redan på den grunden hade kommunen varit förhindrad att använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Nästa fråga som prövades var om kommunen haft rätt att direktupphandla mot bakgrund av skollagens tvingande bestämmelser om tillhandahållandet av skolskjuts utan att tillämpa upphandlingslagstiftningen. Yttrande från Konkurrensverket inhämtades avseende detta mål. Kammarrätten ställde bland annat en fråga till Konkurrensverket om den konflikt som kan uppkomma mellan upphandlingslagstiftningen och andra lagstadgade skyldigheter. Konkurrensverket uttalade att det inte kan uppstå en lagkonflikt mellan upphandlingsregelverket och andra lagar som upphandlande myndigheter är skyldiga att följa. Detta beror på att LOU är en ren procedurlagstiftning som endast anger hur en upphandlande myndighet ska tillvarata konkurrensen när en vara, tjänst eller byggtreprenad anskaffas. Upphandlingsdirektiven och LOU reglerar med andra ord inte upphandlande myndigheters skyldigheter att tillhandahålla varor och tjänster utan dessa skyldigheter styrs av helt andra regelverk, exempelvis av kommunallagen och skollagen. En kommun är alltså inte skyldig att konkurransutsätta enligt LOU utan kan välja att driva verksamheten i egen regi.

Enligt kammarrätten krävdes det för att avsteg skulle kunna göras från upphandlingsreglerna att rätten till skolskjuts ansågs utgöra ett sådant skyddsvärt intresse som anges i beaktandesats 6 i direktiv 2004/18/EG, ingå i rätten till utbildning eller enligt EU-domstolens praxis klassas som ett sådant skyddsvärt intresse som rättfärdigar att avtal inte konkurransutsätts. Domstolen fann emellertid att skolskjuts varken faller in under något av de skyddsvärda intressen som anges i beaktandesats 6 eller är att betrakta som en inneboende del av rätten till utbildning. Inte heller fann domstolen något stöd i EU-domstolens praxis för att rätten till skolskjuts är ett sådant skyddsvärt intresse som tillåter undantag från konkurranssättning av avtal. Den omständigheten att Stenungsunds kommun varit skyldig att tillhandahålla skolskjuts enligt skollagen innebar alltså inte att det varit tillåtet för kommunen att frångå upphandlingsreglerna. På denna punkt slog kammarrätten fast att det inte räcker med att det föreligger en lagkonflikt för att upphandlande myndigheter ska ha rätt att frångå upphandlingslagstiftningen, utan det krävs att det rör sig om ett särskilt angivet behov av särskilt kvalificerat slag som angivits ovan. Med anledning av att avtalstiden för det tillfälliga avtalet hunnit löpa ut under handläggningstiden fann domstolen att upphandlingen inte kunde göras om eller rättas till.¹⁵⁴ Stenungsunds kommun överklagade beslutet men HFD

¹⁵⁴ Konkurrensverket, yttrande, dnr 346/2010, p. 49-51 och Kammarrätten i Göteborg, mål nr 784-10.

fann inte skäl att meddela prövningstillstånd och avslog kommunens yrkande om att förhandsavgörande skulle inhämtas från EU-domstolen.¹⁵⁵

7.2 Ett nytt undantag för direktupphandling under överprövning

Det upphandlingsrättsliga regelverket är i behov av en lagändring i form av en ny bestämmelse som tillåter upphandlande myndigheter att direktupphandla allmännyttiga varor och tjänster under pågående överprövningsprocess, i syfte att tillgodose samhällets kontinuerliga behov. En upphandlande myndighet bör inte vara skyldig att tillhandahålla en viss vara eller tjänst enligt tillämplig offentligrättslig lagstiftning och samtidigt vara förbjuden enligt LOU att direktupphandla ett samhällsåtagande under tiden som det ursprungliga upphandlingsförfarandet överprövas i domstol.¹⁵⁶

Redan för ett antal år sedan lyfte den så kallade Upphandlingsutredningen fram att det finns ett behov av nya direktivbestämmelser som tillåter upphandlande myndigheter att fortsätta fullgöra sina obligatoriska uppgifter under pågående domstolsprövning, samt den tid det tar att genomföra en ordinarie upphandling, tills dess att slutligt beslut fattats. Ett betydande antal upphandlingar avser nämligen varor och tjänster som upphandlande myndigheter, antingen enligt europeisk eller nationell lagstiftning, är skyldiga att förse allmänheten med.

Ett upphandlingskontrakt som ingåtts i strid med upphandlingsreglerna löper risk att upphävas genom att en leverantör för talan om ogiltigförklaring av kontraktet. Om tvingande hänsyn till allmänintresset föreligger får dock avtalet bestå. Enligt EU-domstolen ska emellertid doktrinen om tvingande hänsyn till allmänintresset tolkas restriktivt. Utrymmet för att åberopa tvingande hänsyn är således ytterst begränsat. Även om ett direktupphandlat avtal får bestå med anledning av tvingande hänsyn till allmänintresset bestraffas upphandlande myndigheter med påföljder i form av obligatoriska sanktionsavgifter genom upphandlingsskadeavgifter. Upphandlingsutredningen betonade i detta sammanhang att ogiltighet och sanktionsavgifter är alldeles för långtgående påföljder eftersom upphandlande myndigheter inte kan välja att avstå från att tillgodose behovet av varor och tjänster under pågående domstolsprövning. Med anledning av detta uppmanade Upphandlingsutredningen EU-kommissionen att föreslå bestämmelser som löser problemet med upphandling av varor och tjänster under pågående domstolsprocess. Upphandlingsutredningens gav förslag om att detta kunde

¹⁵⁵ HFD, mål nr 7143-10.

¹⁵⁶ Sveriges kommuner och landsting, yttrande, dnr 11/6809, s. 3 och Rosén Andersson m.fl., s. 232.

ske genom att undantagsförfarandet förhandlat förfarande utan föregående annonsering utvidgades till att inkludera angivna omständigheter.¹⁵⁷ Det senaste direktivförslaget, som EU-kommissionen presenterade i december 2011, innehåller dock ingen bestämmelse som möjliggör direktupphandling i avvaktan på att en upphandling slutförs.¹⁵⁸

År 2010 fick Upphandlingsutredning i uppdrag av regeringen att se över den nationella reglering av direktupphandlingar, det vill säga det rättsliga utrymmet Sverige förfogar över, i syfte att underlätta för upphandlande myndigheter att köpa in de varor och tjänster som behövs under den tid som en överprövning pågår. Det övergripande motivet med utredningen var att utvärdera upphandlingsregelverket ur ett ekonomiskt och samhällspolitiskt perspektiv men också att beakta den utbredda kritiken mot gällande upphandlingslagstiftning och dess tillämpning.

Den 5 mars i år presenterade Upphandlingsutredningen slutprodukten av den genomförda utredningen av upphandlingsregelverket. Slutbetänkandet innehåller bland annat ett förslag om att det bör införas en ny undantagsbestämmelse i 15 kap. 3§ LOU som tillåter att direktupphandling temporärt får användas när en upphandling blivit föremål för överprövning och en förlängd avtalsspärr har inträtt. Tanken är att bestämmelsen ska tillåta att det sker en temporär upphandling från en leverantör som har deltagit i den ursprungliga upphandlingen eller från den föregående leverantören. För att bestämmelsen ska få lov att tillämpas ska det vara omöjligt att skjuta upp upphandlingen på grund av dess art. Den temporära upphandlingen får sträcka sig över en period om sex månader, vilket idag motsvarar tidsperioden för en tvåinstansprövning. Om domstolen beslutar att upphandlingen ska göras om får temporär direktupphandling ske även under den tid det tar att genomföra en ny upphandling. Undantaget är endast avsett att gälla för sådana temporära direktupphandlingar där kontraktsvärdet inte överstiger EU:s tröskelvärden. Upphandlingsutredningen bedömer att en sådan undantagsbestämmelse kommer att reducera antalet överprövningar. Vidare ankommer det på Konkurrensverket att övervaka hur undantaget tillämpas i praktiken. I stort sett samtliga remissinstanser som lämnat synpunkter på förslaget är positiva till att införa regler som innebär att upphandlande myndigheter ska kunna direktupphandla under den tiden som en överprövningsprocess pågår, speciellt när det gäller upphandlingar som avser obligatoriska uppgifter i en myndighets verksamhet.

Förebilder till lagförslaget är norsk och finländsk lagstiftning. Norge har ett särskilt undantag som blir tillämpligt när ett kontrakt ogiltigförklaras och möjliggör täckningsköp till dess att en ny upphandling har kunnat genomföras. I Finland har den upphandlande myndigheten rätt att tillfälligt organisera en upphandling som drar ut på tiden på grund av överprövning. Det kan ske antingen genom att det görs en beställning hos den leverantör

¹⁵⁷ Upphandlingsutredningen 2010, Förslag till svar på kommissionens grönbok, s. 15f.

¹⁵⁸ Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling, (KOM 2011) 896 slutlig.

som har deltagit i upphandlingsförfarandet eller hos den tidigare leverantören. Det finländska undantaget kan dock inte tillämpas om upphandlingens art tillåter att förfarandet skjuts upp under den tid som ärendet handläggs i marknadsdomstolen.¹⁵⁹

Det är lagstiftarens uppgift, och inte upphandlande myndigheters, att avgöra vilket regelverk som ska ha företräde när det uppstår en lagkonflikt mellan upphandlingsreglerna och annan offentligrättslig lag i de situationer då en upphandlande myndighet inte kan vänta ut överprövningen för att kunna utföra ett samhällsåtagande i rätt tid. Lagstiftaren bär det yttersta ansvaret för att skapa en fungerande lagreglering avseende denna problematik som upphandlande myndigheter de facto kan följa. Dagens lagstiftning leder till att upphandlande myndigheter måste avsätta stora resurser, i form av både personal och kostnader, för överprövningar avseende direktupphandlingar som skett på grund av synnerlig brådska orsakad av överprövningar. Utöver detta kan upphandlande myndigheter dessutom tvingas att betala upphandlingsskadeavgift som sanktion för att det skett en otillåten direktupphandling, trots att upphandlingen endast skett temporärt i syfte att säkerställa ett samhällsåtagande.¹⁶⁰ Den nuvarande regleringen är högst oförenlig med målet om den goda affären, vars bärande tanke är att verksamheters behov ska tillgodoses till lägsta möjliga totalkostnad.¹⁶¹

¹⁵⁹ SOU 2013:12, s. 17 och 367f.

¹⁶⁰ Rosén Andersson m.fl., s. 232 och s. 539.

¹⁶¹ SOU 2011:73, s. 37 och Upphandlingsutredningen 2010, Förslag till svar på kommissionens grönbok, s. 16.

8 Analys

8.1 De lege lata

Vilka förutsättningar måste vara uppfyllda för att en direktupphandling som sker på grund av synnerlig brådska, orsakad av en överprövning, ska få tillämpas?

En korrekt tillämpning av undantagsförfarandet direktupphandling på grund av synnerlig brådska kräver att fyra förutsättningar är uppfyllda. Den första förutsättningen innebär att direktupphandlingen ska ha varit absolut nödvändig att genomföra, den andra att det på grund av synnerlig brådska varit omöjligt att hålla tidsfristerna vid ett öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering. Den tredje förutsättningen kräver att brådskan orsakats av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten och den fjärde förutsättningen att de oförutsedda omständigheterna inte beror på den upphandlande myndighetens eget agerande. Den upphandlande myndigheten har bevisbördan för att samtliga fyra förutsättningar är uppfyllda vid tidpunkten för direktupphandlingen.

Det saknas ett förtydligande i rättspraxis angående vad som utgör, eller inte utgör, ett absolut nödvändigt behov som medger direktupphandling. Med anledning av detta får rättsläget sägas vara något oklart avseende vad som krävs för uppfyllandet av detta rekvisit. Vad som utgör ett absolut nödvändigt behov kan därmed inte fastställas på förhand utan får avgöras in casu. Avsaknaden av ett förtydligande bör föranleda att det finns ett relativt stort tolkningsutrymme för domstolarna vid bedömningen avseende uppfyllandet av detta villkor. Den rådande osäkerheten kring villkoret innebär samtidigt en svårighet för upphandlande myndigheter att kunna avgöra huruvida det föreligger sådana omständigheter som medför att det är absolut nödvändigt att direktupphandla en viss vara eller tjänst. Enligt Rosén Andersson m.fl. utgör dock sådana tvingande hänsyn som anges i beaktandesats 6 i det klassiska EU-direktivet en god utgångspunkt för vad som faller in under villkoret. Beaktandesatsen innehåller en uppräkningslista av åtgärder som behövs för att skydda bland annat människors liv och hälsa, allmän ordning, allmän moral och allmän säkerhet. Ledning kan även sökas i kammarrättspraxis där det fastslagits att rekvisitet förutsätter att det handlar om varor och tjänster av stor samhällsekonomisk betydelse eller av viktig medicinsk art. Mot bakgrund av detta har det vid direktupphandlingar avseende bland annat hörapparater, diabetesstickor, kollektivtrafik, skolskjuts, livsmedel till förskolor, skolor och äldreomsorg ansetts föreligga ett absolut nödvändigt behov att direktupphandla. Här ska det dock poängteras att endast det förhållandet att en upphandlande myndighet direktupphandlat ett samhällsåtagande innebär inte att villkoret absolut nödvändigt anses uppfyllt, utan domstolen verkar även fordra att samhällsåtagandet ifråga ska vara av signifikant betydelse för det allmänna.

Det andra rekvisitet, synnerlig brådska, förutsätter att det inte funnits tid att genomföra ett annonserat upphandlingsförfarande. Direktupphandling ska ha varit det enda alternativet som stod den upphandlande myndigheten till buds. Huruvida synnerlig brådska förelegat är dels en matematisk fråga och dels en bedömningsfråga för domstolen. Det är en matematisk fråga i den bemärkelsen att domstolen måste räkna på om den upphandlande myndigheten rent tidsmässigt haft möjlighet att hålla de ordinarie tidsfristerna, eller de förkortade tidsfristerna, som uppställs i LOU när det uppstått brådska på grund av överprövning. Utöver dessa tidsfrister måste domstolen beakta den tid som tillkommer för myndigheten att författa ett justerat alternativt nytt förfrågningsunderlag, anbudsutvärdera, inställelsetiden för en ny leverantör samt tidsåtgången för en överprövningsprocess. Då tiden för det ovan angivna varierar beroende på den aktuella upphandlingens art, komplexitet och omfattning är det inte möjligt att i förväg stipulera hur lång tid som behöver avsättas för dessa moment. Det är således upp till domstolen att göra en uppskattning i det enskilda fallet huruvida myndigheten haft tillräckligt med tid för att genomföra detta innan det gällande avtalet löpte ut. Inte i ett enda rättsfall som jag studerat har domstolen redogjort för hur denna bedömning har gått till, utan endast konstaterat att tiden antingen varit tillräcklig eller otillräcklig i detta avseende. Rekvisitet synnerlig brådska innefattar således till viss del även en skönsmässig bedömning från domstolens sida.

Rättspraxis visar att upphandlande myndigheter ofta faller på uppfyllandet av det tredje och fjärde rekvisitet. Min bedömning är att det beror på tre orsaker. Den första orsaken är att det måste föreligga kausalitet mellan brådskan och de oförutsedda omständigheterna som myndigheten åberopar. Den andra orsaken är att kravet på oförutsebarhet är högt ställt i EU-praxis där omständigheter, för att anses som oförutsedda, i princip ska ha karaktären av force majeure. Konsekvensen av det höga kravet på oförutsebarhet blir att det ställs höga krav på upphandlande myndigheters planering och organisationsförmåga. Den tredje orsaken är att kravet på de oförutsedda omständigheterna inte får vara hänförliga till den upphandlande myndigheten. Även detta krav innebär att upphandlande myndigheter måste planera och organisera sin verksamhet på ett tillfredsställande sätt. Tanken bakom kravet är att omständigheter som beror på den upphandlande myndighetens eget agerande anses vara förutsebara.

En omständighet som framför allt tenderar att vålla stora problem för upphandlande myndigheter, beträffande bevisbördan för uppfyllandet av de två sista rekvisiten, är när en direktupphandling genomförs därför att den ursprungliga upphandlingen blivit föremål för en överprövning. Det beror på att det i kammarrättspraxis har det fastslagits att en eventuell överprövningsprocess generellt sett är en förutsebar omständighet för upphandlande myndigheter. Att en överprövning betraktas som en förutsebar omständighet av domstolarna bör kunna förklaras med det höga kravet på oförutsebarhet som uppställs i EU-praxis. Konstaterandet att en överprövning är en förutsebar omständighet innebär att upphandlande

myndigheter måste planera för att en överprövning kan komma att uppstå under upphandlingsprocessens gång. En upphandling måste med andra ord påbörjas i god tid innan beräknad avtalsstart och inrymma tid för en eventuell överprövning. Om en upphandlande myndighet inte har avsatt tillräckligt med tid för en överprövning kommer den synnerliga brådskan med största sannolikhet anses bero på myndighetens eget agerande i form av bristande planering. Direktupphandling är således inte per automatik tillåten därför att synnerlig brådska uppstår till följd av en överprövningsprocess. Kontentan blir att undantaget om synnerlig brådska anses tillämpligt i de fall en upphandlande myndighet bedöms ha tagit tillräcklig höjd för en överprövning i sin planering men ändå hamnat i tidsnöd. Detta förutsätter naturligtvis att övriga villkor i undantaget om synnerlig brådska också är uppfyllda.

Vad som komplicerar tillämpningen av direktupphandlingar på grund av synnerlig brådska orsakad av en överprövning är att det inte finns något vägledande avgörande om hur lång tid upphandlande myndigheter bör räkna med för en eventuell överprövningsprocess. Det finns inget rättsfall från EU-domstolen som specifikt berör situationen med tidsbrist orsakad av en överprövningsprocess. Frågan har heller ännu inte prövats av HFD. Enligt det nuvarande rättsläget ska bedömningen av vad som är rimlig framförhållning i en upphandlingsprocess ske med beaktande av upphandlingens art, omfattning och komplexitet. Hur lång tid som behöver avsättas för en överprövningsprocess skiftar således från upphandling till upphandling. Enligt Konkurrensverket bör emellertid upphandlande myndigheter åtminstone avsätta tid för en tvåinstansprövning, det vill säga sex månader, med hänsyn till att cirka 20 procent av förvaltningsrätternas avgöranden överklagas till kammarrätterna. Det ska dock påpekas att upphandlande myndigheter måste göra en avvägning i detta avseende eftersom en alltför långdragen upphandlingsprocess kan få en ogynnsam inverkan på upphandlingen. Upphandlande myndigheter bör vara försiktiga med att avsätta alltför lång tid från annonsering till tilldelningsbeslut eftersom risken annars ökar för att potentiella anbudsgivare avstår från att delta i upphandlingar. Om endast en eller ett fåtal leverantör/-er väljer att lämna anbud uppstår i princip ingen konkurrens på marknaden för offentliga kontrakt, vilket i sin tur kan leda till att skattebetalarna får ett högre pris för offentliga varor och tjänster än nödvändigt. Resultatet kan således bli att ett av upphandlingslagstiftningens syften motverkas, att främja kostnadseffektivt användande av skattemedel.

En intressant fråga är om en överprövning kan bli så tidsmässigt omfattande att det framstår som orimligt att en upphandlande myndighet hade kunnat förutse och planera för en sådan process. Rättspraxis innehåller inget tydligt svar på denna fråga. Vid överprövningen av den skånska livsmedelsupphandlingen ansåg emellertid domstolen att brådskan som uppstod i september 2012, orsakad av överprövningsprocessen som startade år 2009, inte varit förutsebar för kommunerna vid planeringen av den ursprungliga upphandlingen år 2009, trots en optimistisk tidsplanering med sex månader från annonsering till avtalsstart. Samtidigt innebar inte detta att

kommunerna haft rätt att direktupphandla livsmedel, eftersom det fjärde rekvisitet inte ansågs uppfyllt. I detta sammanhang uppstår frågan om en upphandlande myndighet även ska behöva räkna med flera överprövningar av en och samma upphandling. Denna fråga är dock än så länge obesvarad i rättspraxis.

Av den skånska livsmedelsupphandlingen framgår att det är avgörande, för huruvida en direktupphandling ska anses tillåten eller ej, hur upphandlande myndigheter agerat efter det att en överprövning initierats. Förvaltningsrätten ansåg inte att de skånska kommunernas optimistiska tidsplanering gett upphov till brådskan i september 2012. Domstolen ansåg däremot att kommunerna efter överprövningen av den ursprungliga upphandlingen inte vidtagit alla nödvändiga åtgärder för att undvika ett oannonserat upphandlingsförfarande, eftersom kommunerna tagit oskäligt lång tid på sig att omarbeta det ursprungliga förfrågningsunderlaget och annonserade den nya upphandlingen först nio månader efter att kammarrätten beslutat att den första upphandlingen var tvungen att göras om. Enligt domstolen tydde detta agerande på bristande planering och kommunerna borde ha kunnat förutse att ett sådant agerande skulle leda till brådska. Brådskan ansågs därför delvis vara hänförlig till kommunernas eget agerande. Rättsfallet slår således fast att den upphandlande myndigheten efter överprövning måste vidta alla nödvändiga åtgärder i syfte att undgå direktupphandling. Emellertid framgår det inte av rättsfallet vad som utgör en skälig tid för att omarbeta, alternativt utarbeta ett nytt, förfrågningsunderlag till en upphandling av en sådan art och omfattning.

Den gemensamma nämnaren i rättsfallen i avsnitt 5.3 är att de upphandlande myndigheterna ingått tillfälliga avtal genom direktupphandling för att förse allmänheten med nödvändiga varor och tjänster i väntan på att överprövningen avseende det ursprungliga förfarandet kan slutföras. Av denna praxis framgår att uppfattningen huruvida tillfälliga avtal avseende samhällsviktiga varor och tjänster ska accepteras under en överprövningsprocess är delad. I direktupphandlingen avseende busstrafik för Skånes län ansåg kammarrätten att när det rör sig om upphandlingar som kräver ett betydande mått av planering från både upphandlande myndighet och leverantör måste tillfälliga avtal accepteras under tiden en överprövningsprocess pågår fram tills dess att den kunnat slutföras. Vidare ansåg kammarrätten, med hänsyn till att det är svårt att beräkna hur lång tid som går åt för en överprövning i flera instanser, att en viss tidsrymd eller ett visst antal månader inte är avgörande betydelse för om ett tillfälligt avtal ska godkännas eller inte. Med anledning av detta ansågs direktupphandlingen förenlig med LOU. I den skånska livsmedelsupphandlingen gjorde domstolen dock en helt annan bedömning och tillmätte inte dessa omständigheter någon relevans, utan här ansågs myndigheten istället skyldig att vidta nödvändiga åtgärder för att undgå direktupphandling. Enligt min mening borde ingåendet av tillfälliga avtal under domstolsprövning ha accepterats även i detta fall eftersom denna upphandling också var omfattande, vilket medfört en svårighet för kommunerna att förutse hur lång tid som skulle gå åt vid en eventuell överprövning. Kommunen hade

dessutom avsatt cirka sex månader för en eventuell överprövningsprocess, vilket motsvarar den tid som beräknas gå åt vid en tvåinstansprövning. Synen på tillfälliga avtal avseende samhällsåtaganden som ingås under överprövning på grund av synnerlig brådska behöver enas så att domstolens bedömning inte blir ett "roulettespel" för de upphandlande myndigheterna.

Rättspraxis visar att det saknar betydelse om det varit absolut nödvändigt för myndigheten att upphandla ett visst samhällsåtagande om inte övriga rekvisit i undantaget också anses uppfyllda. I fallet med diabetesstickorna framgick att diabetes är en sjukdom som kan förorsaka allvarliga komplikationer för patienter men den omständigheten gav ändå inte Region Skåne rätt att direktupphandla diabetesstickor och glukosmätare. Att det är frågan om direktupphandling av ett samhällsåtagande kan istället beaktas av domstolen vid överprövning av avtalets giltighet som tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

När ska ett direktupphandlat avtal avseende ett samhällsåtagande, som ingåtts på grund av synnerlig brådska, få bestå trots att avtalet egentligen ska ogiltigförklaras för utebliven annonsering?

Om samtliga rekvisit i undantaget om synnerlig brådska inte anses uppfyllda har den upphandlande myndigheten genomfört en otillåten direktupphandling. Härmed föreligger grund för ogiltigförklaring av det lagstridiga direktupphandlade avtalet. Om myndigheten emellertid lyckas bevisa att det upphandlade samhällsåtagandet utgör ett tvingande allmänintresse får avtalet bestå, trots att det egentligen ska ogiltigförklaras på grund av utebliven annonsering. Doktrinen om tvingande hänsyn till ett allmänintresse ska tillämpas restriktivt, vilket innebär att det endast är exceptionella omständigheter som kan medföra att ett avtal får bestå med anledning av denna hänsyn.

Redogörelsen av rättspraxis i kapitel 6 visar några exempel på vilka typer av samhällsåtaganden domstolarna ansett omfattas av begreppet tvingande hänsyn. Med utgångspunkt i denna praxis har hjälpmedel åt funktionshindrade i form av hörapparater, samordning av kollektivtrafik, sjuk- och färdtjänstresor samt livsmedel till förskolor, skolor och äldreomsorg betraktats som tvingande hänsyn till allmänintresset. Denna omständighet har medfört att det lagstridiga direktupphandlade avtalet fått bestå. Dessa samhällsåtaganden ansågs utgöra ett tvingande allmänintresse med hänsyn till att de är nödvändiga för att skydda människors liv och hälsa. Domstolen ansåg däremot inte att snöröjning och halkprevention faller inom ramen för begreppet. Orsaken till det var att tjänsterna inte ansågs ha direkt påverkan på människors liv och hälsa. Mot bakgrund av detta verkar det enligt praxis uppställas ett krav på att samhällsåtagandet ifråga ska ha direkt påverkan på exempelvis människors liv och hälsa eller allmän ordning och allmän säkerhet för att klassas som ett tvingande allmänintresse. Jag är enig med domstolen om att snöröjning och halkprevention endast har indirekt påverkan på människors liv och hälsa. Samtidigt vill jag påpeka att dessa tjänster utgör en service som

upphandlande myndigheter är skyldiga att tillhandahålla samhället. Av förarbetena framgår att inom ramen för vad som ska betraktas som tvingande hänsyn till allmänintresset bör stor betydelse läggas vid upphandlande myndigheters skyldighet att tillhandahålla samhället allmän service. Min tolkning är att förarbetsuttalandet ger stöd för att snöröjning och halkprevention kan klassas som ett tvingande allmänintresse. Jag anser därför att avtalen borde ha fått bestå och att domstolen gjorde en felbedömning i detta mål. Vidare är det anmärkningsvärt att domstolen inte vägrade allmänintresset av att räddningstjänst kan nå fram till skolbyggnader vid inträffandet av en olycka eller brand mot leverantörens intresse av att få de tillfälliga avtalen ogiltigförklarade, då en sådan avvägning ska göras enligt förarbetena. Det hade varit högst intressant att se hur domstolen hade resonerat i avvägningen mellan allmänintresset och leverantörsintresset.

Även om ett otillåtet direktupphandlat avtal avser ett samhällsåtagande som inte anses utgöra ett tvingande allmänintresse kan avtalet få bestå, förutsatt att myndigheten genomfört en frivillig förhandsinsyn och ingen leverantör ansökt om överprövning av direktupphandlingen. Förhandsinsyn skyddar nämligen mot ogiltigförklaring och säkerställer att ett avtal får bestå om det i efterhand visar sig att direktupphandlingen var otillåten. Efter att ha studerat rättspraxis är min uppfattning att det är få upphandlande myndigheter som utnyttjar möjligheten till förhandsinsyn. Jag finner det märkligt att det inte utvecklats en norm bland upphandlande myndigheter att alltid genomföra en frivillig förhandsinsyn i samband med direktupphandling av samhällsåtaganden vid synnerlig brådska, i syfte att skydda avtalet mot ogiltighet och säkerställa att ett samhällsåtagande kan utföras i tid. Ett tänkbart skäl till varför upphandlande myndigheter väljer bort förhandsinsyn är för att undvika att direktupphandlingen blir känd bland leverantörer för att på så sätt lyckas få upphandlingen att gå obemärkt förbi och därmed undgå risken för överprövning.

Vad krävs för att upphandlande myndigheter ska ha rätt att frånga upphandlingsregelverket då det råder synnerlig brådska, orsakad av en överprövningsprocess, för att fullgöra skyldigheter enligt andra lagar?

Ett av de största problemen med överprövningsprocesser är att upphandlande myndigheter tvingas att begå lagbrott för att kunna utföra lagstadgade uppgifter. Om en överprövningsprocess inte hinner slutföras i tid tvingas myndigheten välja mellan att bryta mot antingen upphandlingsreglerna eller annan offentligrättslig lagstiftning. Den upphandlande myndigheten hamnar i en moment 22-situation eftersom oavsett hur myndigheten väljer att agera bryter den mot ett regelverk. Det finns med andra ord ingen lösning för den upphandlande myndigheten som är förenlig med lag. I sådana situationer uppstår en lagkonflikt och frågan är vilket regelverk som ska ha företräde under nämnda omständigheter. I ett sådant läge är min åsikt att en upphandlande myndighets lagstadgade uppgifter bör prioriteras före upphandlingsreglernas tidsfrister och krav på annonsering. Av skolskjutsfallet framgår dock att en lagkonflikt inte räcker för att upphandlande myndigheter ska ha rätt att frånga

upphandlingsreglerna, utan avsteg kräver ett särskilt angivet behov av särskilt kvalificerat slag. Kammarrätten fann att skolskjuts inte utgör ett sådant särskilt skyddsvärt intresse att det har företräde framför LOU:s procedurregler. Att Stenungsunds kommun haft en skyldighet enligt skollagen att förse elever med skolskjuts innebar alltså inte att det varit tillåtet för kommunen att frånga upphandlingsreglerna. I målet uttalade Konkurrensverket att det inte kan uppstå någon lagkonflikt mellan upphandlingsreglerna och andra lagreglerade skyldigheter. Det beror på att upphandlingsregelverket är en ren procedurlagstiftning som endast anger hur offentliga kontrakt ska konkurrensutsättas och reglerar inte upphandlande myndigheters skyldigheter att tillhandahålla varor och tjänster, vilket innebär att upphandlingsreglerna har ett annat syfte än till exempel skollagen som reglerar en kommuns skyldigheter. Rent lagtekniskt kan det således inte uppstå en lagkonflikt men likväl kolliderar regelverken i praktiken, vilket skolskjutsfallet tydligt exemplifierar. Enligt min mening gjorde kammarrätten en felaktig bedömning avseende frågan om skolskjuts utgör ett sådant särskilt skyddsvärt intresse att det motiverar avsteg från upphandlingsreglerna. Jag anser att skolskjuts i allra högsta grad kan tolkas som en inneboende del av rätten till utbildning. Argumentet för detta är att många elever är beroende av skolskjuts för att komma till skolan och om en kommun hindras från att direktupphandla skolskjuts går de drabbade barnen miste om rätten till utbildning. Avgörandet signalerar att det är viktigare att upphandlingsreglerna efterlevs än att barn får skolskjuts och därmed skolgång. Att det kan ta en hel termin eller ännu längre tid att genomföra en upphandling av skolskjuts på grund av mellankommande överprövning är tydligen utan relevans. Med tanke på att fallet handlade om principiellt viktiga och komplexa frågor borde HFD ha prövat fallet samt inhämtat ett förhandsavgörande från EU-domstolen.

Jag anser att det är orimligt att ha motstridiga regelverk som medför att upphandlande myndigheter praktiskt taget tvingas att begå lagbrott därför att upphandlingsreglerna kolliderar med annan offentlighetslagstiftning, som en följd av att överprövningsprocesser initieras. Vidare är det inte upp till upphandlande myndigheter att avgöra vilket regelverk som har företräde vid en sådan lagkonflikt utan detta är en uppgift för den svenska lagstiftaren.

8.2 Sammanfattande slutsatser

Av svensk domstolspraxis framgår att direktupphandling av samhällsättaganden till offentliga verksamheter, i väntan på att överprövningen avseende den ursprungliga upphandlingen avslutats, är en högst osäker och riskabel lösning för upphandlande myndigheter. Den nuvarande regleringen innebär att det finns en stor risk för att en direktupphandling som genomförts på grund av brådska, orsakad av en överprövningsprocess, anses som otillåten trots att myndigheten agerat i syfte att tillgodose ett viktigt samhällsbehov i rätt tid. Skälet till detta är att överprövning anses vara en förutsebar omständighet som den upphandlande myndigheten måste ta med i beräkningen vid planeringen av en

upphandling. Enligt min bedömning består dock inte själva problemet i att upphandlande myndigheter har svårt att förutse huruvida det kommer att bli en överprövning eller ej, utan i svårigheten att bedöma hur lång tid en överprövningsprocess faktiskt kommer att ta. Det är inte helt ovanligt att samma upphandling överprövas i flera omgångar. För att upphandlingsreglernas syfte inte ska motverkas är det viktigt att otillåtna direktupphandlingar beivras, samtidigt måste det finnas en gräns för vad en upphandlande myndighet ska förväntas ta med i beräkningen vid planeringen av en upphandling. Praxis är dock tvetydig i detta avseende. Denna oklarhet medför att det är svårt för upphandlande myndigheter att förutse huruvida en direktupphandling kommer att anses som tillåten eller otillåten, vilket äventyrar rättssäkerheten. Rättsläget behöver således tydliggöras genom att HFD prövar frågan om synnerlig brådska orsakad av överprövning, i synnerhet vad gäller acceptansen av tillfälliga direktupphandlingar avseende samhällsåtaganden under överprövning.

Dagens reglering möjliggör för den nuvarande leverantören, i fall denne förlorar den nya upphandlingen, att utnyttja överprövningsinstitutet till sin fördel på så sätt att det gällande avtalet som är på väg att löpa ut tillfälligt förlängs i flera omgångar genom begäran om överprövning. Som exempel kan nämnas den omfattande överprövningsprocessen av livsmedelsupphandlingen där avtalet med Menigo förlängdes fyra gånger i följd för att kommunerna skulle kunna täcka det nödvändiga behovet av livsmedel till förskolor, skolor och äldreomsorg. I detta sammanhang kan det även nämnas att det är ineffektivt med en lagstiftning som innebär att en leverantör indirekt kan hindra upphandlande myndigheter från att utföra viktiga samhällsfunktioner genom att begära överprövning i flera omgångar.

En annan negativ aspekt med den gällande ordningen är att upphandlande myndigheter kan drabbas av upphandlingsskadeavgifter fastän de direktupphandlat i syfte att tillgodose viktiga samhällsbehov. Om domstolen finner att den upphandlande myndigheten inte haft rätt att direktupphandla på grund av synnerlig brådska föreligger en otillåten direktupphandling och därmed grund för påförande av upphandlingsskadeavgift. Då upphandlingsskadeavgiften bygger på ett strikt ansvar kan avgift utdömas oaktat att myndigheten direktupphandlat allmännyttiga varor eller tjänster för att ett nytt avtal inte kunnat ingås i tid på grund av pågående överprövning. Att direktupphandling skett under sådana omständigheter kan dock betraktas som förmildrande vid fastställandet av upphandlingsskadeavgiften. Även om sanktionsvärdet betraktas som lågt i dessa fall anser jag att upphandlingsskadeavgift är en alltför långtgående konsekvens med tanke på att myndigheten inte har möjlighet att avstå från att tillhandahålla samhället en viss vara eller tjänst fram till dess att den överprövade upphandlingen kunnat slutföras. Ett avtal som direktupphandlats för att den upphandlande myndigheten varit skyldig att tillgodose ett viktigt samhällsbehov får dessutom ofta bestå med stöd av doktrinen om tvingande hänsyn. I sådana fall är det oundvikligt att myndigheten påförs upphandlingsskadeavgift eftersom ändringsdirektivet kräver en alternativ sanktion till ogiltighet. Förvisso kan det inverka

sänkande på avgiften att ett direktupphandlat avtal fått bestå av tvingande hänsyn, något som domstolen beaktade i Sjöfartsverkets fall, men det är enligt min mening fortfarande inte tillräckligt. Vidare ger LOU domstolen en möjlighet att efterge avgiften med hänsyn till synnerliga skäl, men då utrymmet för eftergift är ytterst begränsat framstår regeln som nästintill verkningslös. Här ska det även understrykas att eftergift aldrig kan bli aktuell i de fall ett direktupphandlat avtal fått bestå av tvingande hänsyn till allmänintresset. Att upphandlande myndigheter påförs upphandlingsskadeavgift under dessa särskilda omständigheter tjänar enligt min mening inget syfte. I dessa fall har de upphandlande myndigheterna faktiskt annonserat de aktuella avtalen men ansett sig tvingad att ingå avtal genom direktupphandling under pågående överprövning. Det är således inte frågan om en typisk otillåten direktupphandling där myndigheten aldrig haft avsikten att iakttäta det obligatoriska annonseringskravet.

Upphandlande myndigheters behov av att direktupphandla allmännyttiga varor och tjänster under pågående överprövning ska vägas mot leverantörers intresse av att få direktupphandlingar överprövade. Leverantörers rätt till överprövning utgör en viktig del av rättssäkerheten, samtidigt går det inte att förneka att överprövningar ibland skapar stora problem. Det gäller framför allt i de situationer där överprövning orsakar förseningar i upphandlingsprocessen som medför att myndigheterna inte kan utföra obligatoriska uppgifter i tid, exempelvis tillhandahålla skolmat eller skolskjuts. I de fall en direktupphandling måste göras om, eller om ett direktupphandlat avtal förklaras ogiltigt, kan det få negativa konsekvenser för allmänheten genom att myndigheterna hindras från att förse samhället med den service som de har i uppgift att tillhandahålla. Under sådana särskilda omständigheter anser jag att upphandlande myndigheters skyldigheter att förse det allmänna med nödvändiga varor och tjänster väger aningen tyngre än leverantörers rätt till överprövning av en direktupphandling alternativt ett direktupphandlat avtal.

8.3 De lege ferenda

För att lösa denna specifika överprövningsproblematik anser jag att lagstiftaren bör följa Upphandlingsutredningens lagförslag om att införa ett nytt undantag i 15 kap. LOU, som tillåter temporär direktupphandling under pågående överprövning fram tills dess att den ursprungliga upphandlingen avslutats. I likhet med vad Upphandlingsutredningen föreslagit anser jag att det nya undantaget inte bör gälla direktupphandling under överprövning rent generellt utan endast avse varor och tjänster som upphandlande myndigheter är skyldiga att tillhandahålla allmänheten, det vill säga samhällsättaganden. Det temporära avtalet bör företrädesvis ingås med den förra leverantören eftersom denne redan har rutinen och strukturen för utförandet av uppdraget ifråga. Utöver detta anser jag att undantaget bör vara förenat med ett krav på att myndigheten beaktat överprövningsrisken genom att ha avsatt rimlig tid för överprövning vid planeringen av den ursprungliga upphandlingen. Vad som utgör en rimlig tid får avgöras med beaktande av den aktuella

upphandlingens art, omfattning och komplexitet. Det temporära avtalet bör även upphöra så snart den vinnande leverantören av den nya upphandlingen är redo att börja leverera de aktuella varorna eller utföra tjänsterna. Det är nödvändigt med begränsningar av undantaget annars riskerar upphandlingsreglerna att undergrävas och det kan öppna upp för missbruk från upphandlande myndigheters sida.

Det är motiverat med ett specifikt undantag för direktupphandling av samhällsåtaganden under överprövning därför att offentliga kontrakt som har stor samhällsekonomisk betydelse ofta medför att förlorande leverantörer begär överprövning av upphandlingsförfarandet i förhoppning om att vinna kontraktet då avtalet konkurrensutsätts på nytt. För somliga kan det framstå som onödigt med ett sådant undantag eftersom ett avtal avseende ett samhällsåtagande får bestå om det föreligger ett tvingande allmänintresse. Undantag från ogiltigförklaring på grund av tvingande hänsyn förutsätter dock att det aktuella samhällsåtagandet anses utgöra ett sådant särskilt skyddsvärt intresse. Snöröjning och skolskjuts är exempel på viktiga samhällsåtaganden som inte ansetts utgöra tvingande hänsyn. Mot bakgrund av det anförda anser jag att det ligger i samhällets intresse att en lagändring kommer till stånd inom en snar framtid eftersom nuvarande lagstiftning i slutänden går ut över servicen till enskilda medborgare.

Fördelarna med ett tillfälligt undantag för direktupphandling av samhällsåtagande under överprövning är flera. Antalet överprövningar av direktupphandlingar på grund av synnerlig brådska reduceras eftersom det nya undantaget ger upphandlande myndigheter lagstöd att direktupphandla obligatoriska uppgifter under pågående överprövning, därmed minskar incitamentet för leverantörer att begära överprövning av själva direktupphandlingen eller av avtalets giltighet. Färre överprövningar innebär att samhället sparar stora kostnader. Vidare slipper upphandlande myndigheter att bryta mot upphandlingslagstiftningen eller andra regelverk på grund av lagkonflikter. Dessutom undgår upphandlande myndigheter att betala upphandlingsskadeavgift för att ha genomfört en otillåten direktupphandling eller för att det lagstridiga direktupphandlade avtalet fått bestå med stöd av tvingande hänsyn till allmänintresset. Den största fördelen med ett sådant undantag är att upphandlande myndigheter kan utföra sina obligatoriska uppgifter helt oförhindrat, vilket leder till att servicen till det allmänna förbättras.

Införandet av lagförslaget löser förvisso endast problemen med direktupphandling av samhällsåtaganden som sker med stöd av de nationella reglerna men bör ändå få stort genomslag inom upphandlingsområdet eftersom majoriteten av upphandlingar som utförs sker enligt dessa regler. Med anledning av detta anser jag att det är motiverat att införa ett nytt undantag för direktupphandling av obligatoriska uppgifter under pågående överprövning i 15 kap LOU. Om undantaget får den inverkan på överprövningsproblematiken som Upphandlingsutredningen avsett kan detta föras fram till EU-kommissionen i syfte att få till en diskussion om att genomföra en ändring på direktivnivå.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Europeiska unionen

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 (första rättsmedelsdirektivet).
EGT L 395, 30.12.1989 s. 0033-0035.

Rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (andra rättsmedelsdirektivet).
EGT L 076, 23.03.1992 s. 0014-0020

Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (det klassiska direktivet).
EUT L 134, 30.04.2004 s. 0114-0240

Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/123/EG av den 12 december 2006 om tjänster på den inre marknaden (tjänstedirektivet).
EUT L 376, 27.12.2006 s. 0036-0068

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 (ändringsdirektivet).
EUT L 335, 20.12.2007 s. 0031-0046

Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling, 20.12.2011 (KOM 2011) 896 slutlig

Sverige

Förordning

Förordning (2007:1117) med instruktion för Konkurrensverket

Förarbeten

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

Prop. 1992/93:88, *Om offentlig upphandling*

Prop. 2001/02:142, *Ändringar i lagen om offentlig upphandling, m.m.*

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*

SOU 2011:73, *På jakt efter den goda affären – analys och erfarenheter av offentlig upphandlingen*

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

Litteratur

Arrowsmith, Sue, *The law of public and utilities procurement*, second edition, Sweet & Maxwell, London, 2005

Asplund, Anders, Ehn, Magnus, Johansson, Daniel, Olsson, Erik, *Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF*, Jure Förlag, Stockholm, 2012

Bergman, Mats, Indén, Tobias, Lundberg, Sofia, Madell, Tom, *Offentlig upphandling - på rätt sätt och till rätt pris*, Studentlitteratur, Lund, 2011.

Bovis, Christopher. H, *EU public procurement law*, second edition, Edward Elgar, Cheltenham, 2012

Falk, Jan-Erik, *Lag om offentlig upphandling - en kommentar*, upplaga 2, Jure Förlag, Stockholm, 2011

Forsberg, Niclas, *Upphandling enligt LOU, LUF, LUFSS och LOV*, upplaga 2, Norstedts Juridik, Stockholm, 2013

Gertéll, Pernilla, *Nya lagen om offentlig upphandling – en handbok*, Studentlitteratur, Lund, 2011

Hollander, Anna, Alexius Borgström, Katarina, *Juridik och rättsvetenskap i socialt arbete*, Studentlitteratur, Lund, 2009

Peczenik, Aleksander, *Juridikens teori och metod*, Fritzes Förlag, Göteborg, 1995

Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder – en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, upplaga 2, Jure Förlag, Stockholm, 2011

Rosén Andersson, Helena, Mühlenbock, Eva-Maj, Willquist, Henrik, Svensson, Natalie, *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2013

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*, upplaga 2, Norstedts Juridik, Stockholm, 2007

Sandgren, Claes, *Vad är rättsvetenskap?*, Jure Förlag, Stockholm, 2009

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

Werling, Per, *Offentlig upphandling från A till Ö*, upplaga 1, Liber AB, Malmö, 2012

Artiklar

Jareborg, Nils, *Rättsdogmatik som vetenskap*, SvJT 2004 s. 4

Peczenik, Aleksander, *Juridikens allmänna läror*, SvJT 2005 s. 249

Pedersen, Kristian, *Upphandlingskrönika – ogiltighet av avtal*, ERT nr 4 2010 s. 812

Sandgren, Claes, *Vad är rättsvetenskap?*, Festschrift för Peter Siepel, s. 527-552, 2006

Slavicek, Michael, *Upphandlingens olika ansikten*, ERT nr 1 2002 s. 15

Myndighetspublikationer och rapporter

Ekonomistyrningsverket, *Finansiering av tillsyn*, rapport till tillsynsutredningen, 2004:16

Upphandlingsutredningen 2010, *Förslag till svar på kommissionens grönbok (Fi2010:06 2011/11)*

Kammarkollegiets vägledning, Upphandlingsprocessen steg för steg, 2011:5

Kammarkollegiet vägledning, Direktupphandling, 2011:6

Sveriges kommuner och Landsting, Dnr 11/6809, På jakt efter den goda affären – analys och erfarenheter av den offentliga upphandlingen (SOU 2011:73)

Konkurrensverket, vägledning, Upphandlingsreglerna – en introduktion, 2012

Konkurrensverket, rapport, Överprövningar av upphandlingar – siffror och fakta, 2013:5

Elektronisk källa

http://www.konkurrensverket.se/t/IFramePage_3087.aspx (2013-08-05)

Källa för sökning på antal beviljade prövningstillstånd från Högsta Förvaltningsdomstolen.

Sökkriterier: Högsta Förvaltningsdomstolen, Prövningstillstånd, 14 mars till 24 juli 2013

Rättsfallsförteckning

Europeiska unionen

Europeiska unionens domstol

Mål C-24/91, *Kommissionen mot Spanien*, REG 1992 s. I-1989

Mål C-107/92, *Kommissionen mot Italien*, REG 1993 s. I- 4655

Mål C-328/92, *Kommissionen mot Spanien*, REG 1994 s. I-1569

Mål C-318/94, *Kommissionen mot Tyskland*, REG 1996 s. I-1946

Mål C-81/98, *Alcatel Austria AG*, REG 1999 s. I-07671

Mål C-385/02, *Kommissionen mot Italien*, REG 2004 s. I-08121

Mål C-26/03, *Stadt Halle*, REG 2005 s. I-50

Mål C-84/03, *Kommissionen mot Spanien*, REG 2005 s. I-00139

Mål C-6/05, *Medipac – Kazantzidis AE*, REG 2007 s. I- 04557

Mål C-337/05, *Kommissionen mot Italien*, REG 2008 s. I-02173

Sverige

Högsta Förvaltningsdomstolen (före detta Regeringsrätten)

RÅ 2009 not 134, dom 21 september 2009

Högsta Förvaltningsdomstolen, mål nr 7143-10, Prövningstillstånd

1 oktober 2011

Kammarrätterna

Kammarrätten i Göteborg, mål nr 1403-09, dom 8 april 2009

Kammarrätten i Göteborg, mål nr 5455-09, dom 21 januari 2010

Kammarrätten i Göteborg, mål nr 784-10, dom 12 november 2010

Kammarrätten i Göteborg, mål nr 1501-10, dom 22 juni 2010

Kammarrätten i Göteborg, mål nr 5819-11, dom 2 december 2011

Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3759-11, dom 27 oktober 2011

Kammarrätten i Göteborg, mål nr 7469-7472-11, dom 28 februari 2012

Kammarrätten i Göteborg, mål nr 1446-1452-12, dom 29 februari 2012

Kammarrätten i Göteborg, mål nr 8879-8882-12, dom 30 januari 2013
Kammarrätten i Göteborg, mål nr 8884-8886-12, dom 30 januari 2013

Kammarrätten i Jönköping, mål nr 1587-1589-11, dom 18 november 2011
Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2972-11, dom 13 februari 2012

Kammarrätten i Stockholm, mål nr 234-07, dom 12 juli 2007
Kammarrätten i Stockholm, mål nr 880-12, dom 7 februari 2012

Förvaltningsrätterna (före detta länsrätterna)

Förvaltningsrätten i Jönköping, mål nr 5355-11, dom 1 februari 2012

Förvaltningsrätten i Karlstad, mål nr 1724-11, dom 29 augusti 2011

Förvaltningsrätten i Linköping, mål nr 1959-11, dom 6 maj 2011

Förvaltningsrätten i Malmö, mål nr 2975-11 E, dom 4 maj 2011
Förvaltningsrätten i Malmö, mål nr 10015-12 E, dom 20 november 2012
Förvaltningsrätten i Malmö, mål nr 10017-12 E, dom 20 november 2012
Förvaltningsrätten i Malmö, mål nr 10018-12 E, dom 20 november 2012
Förvaltningsrätten i Malmö, mål nr 10019-12 E, dom 20 november 2012
Förvaltningsrätten i Malmö, mål nr 10020-12 E, dom 20 november 2012
Förvaltningsrätten i Malmö, mål nr 10021-12 E, dom 20 november 2012
Förvaltningsrätten i Malmö, mål nr 10204-12 E, dom 20 november 2012
Förvaltningsrätten i Malmö, mål nr 334-13, dom 16 maj 2013

Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr 23502-11, dom 16 januari 2012

Yttrande

Yttrande från Konkurrensverket, kammarrätten i Göteborg mål nr 5657-09
(mål nr 784-10) mellan Stenungsunds kommun och Ellös buss AB, dnr
346/2010, 25 augusti

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift för otillåten
direktupphandling, dnr 143/2012, 144/2012, 145/2012, 146/2012, 147/2012,
14 mars

Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift för otillåten
direktupphandling, dnr 85/2013, 2 februari