



UPPSALA
UNIVERSITET

Juridiska institutionen
Vårterminen 2021

Examensarbete i förvaltningsrätt, särskilt offentlig upphandling
30 högskolepoäng

Direktupphandling till följd av en utdragen överprövningsprocess

Direct Award due to Reasons of Extreme Urgency when the
Urgency is Caused by a Prolonged Review Procedure

Författare: Linn Syd vik

Handledare: Docent Annika Nilsson



Innehållsförteckning

Sammanfattning	5
1 Inledning	7
1.1 <i>Upphandling i brådskande tider</i>	7
1.1.1 En aktuell undantagsbestämmelse	7
1.1.2 Överprövningsprocessen som en oförutsedd omständighet	7
1.2 <i>Syfte, frågeställningar och avgränsning</i>	8
1.3 <i>Metod och material</i>	9
1.3.1 Den EU-rättsliga grunden och metoden	9
1.3.2 Den rättsdogmatiska metoden.....	10
1.3.3 Urval av rättsfall	12
1.4 <i>Disposition</i>	12
2 Direktupphandling	14
2.1 <i>Kapitlets syfte och disposition</i>	14
2.2 <i>Utgångspunkter</i>	14
2.2.1 Kontrakt ska öppnas upp för en bred konkurrens	14
2.2.2 Annonseringsskyldigheten som huvudregel.....	15
2.3 <i>Tillåten direktupphandling</i>	16
2.3.1 Introduktion	16
2.3.2 Direktivstyrd och icke-direktivstyrd upphandling.....	16
2.4 <i>Otillåten direktupphandling</i>	18
2.4.1 Ogiltighet och upphandlingsskadeavgift	18
2.4.2 Tvingande hänsyn till allmänintresset – avtal består trots ogiltigheten.....	18
2.4.3 Skadestånd som följd av en otillåten tilldelning.....	19
2.5 <i>Överprövningsprocessen</i>	19
2.5.1 EU-rättslig påverkan.....	19
2.5.2 Förvaltningsprocessens funktion	20
2.5.3 Processens effektivitet eller ineffektivitet	21
2.6 <i>Sammanfattande slutsatser</i>	21
3 Synnerlig brådska	23
3.1 <i>Introduktion</i>	23
3.1.1 Kapitlets syfte och disposition.....	23
3.1.2 Restriktiv tolkning av undantaget för en faktisk tilldelning	23
3.2 <i>Tolkning av ordalydelse, systematik och syfte</i>	24
3.2.1 Språklig jämförelse.....	24
3.2.2 Systematisk tolkning.....	26
3.2.3 Ändamålsenlig tolkning.....	26
3.2.4 Slutsats.....	27
3.3 <i>Oförutsedda och icke-tillskrivbara omständigheter</i>	27
3.3.1 Myndighetsbeslut kan förutses	27
3.4 <i>Tidsfristerna kan omöjligen följas</i>	29
3.4.1 Annonsering har inte kunnat genomföras.....	29
3.4.2 Eventuellt ett mer långtgående krav	31
3.4.3 Slutsats.....	32
3.5 <i>Orsakssambandet mellan omständigheten och brådskan</i>	32
3.6 <i>Anskaffningen är absolut nödvändig</i>	32

3.6.1	Samhällsekonomisk betydelse	32
3.6.2	Bör avtalsvillkoren vara absolut nödvändiga?.....	33
3.6.3	Slutsats.....	34
3.7	<i>Sammanfattande slutsatser</i>	34
4	Överprövningsprocessen som en oförutsebar omständighet	36
4.1	<i>Introduktion</i>	36
4.1.1	Kapitlets syfte och disposition.....	36
4.1.2	Direktupphandlade avtal för telefoni i HFD 2019 ref. 65	36
4.2	<i>Synnerlig brådska saknades – tre kammarrättsmål</i>	37
4.2.1	Hörapparater, skolskjuts och elevresor.....	37
4.2.2	Fyra månader var för kort tid.....	38
4.3	<i>Synnerlig brådska förelåg – tre kammarrättsmål</i>	39
4.3.1	Trafikuppdrag, livsmedel och trafikupphandling	39
4.3.2	Mellan sju och tio månader var tillräckligt med tid.....	41
4.4	<i>Aspekter som påverkar processens förutsebarhet</i>	42
4.4.1	Avsnittets syfte och disposition.....	42
4.4.2	Höga krav ställs på myndighetens planering.....	42
4.4.3	Hänsyn bör tas till en instans	43
4.4.4	De genomsnittliga handläggningstiderna kan beaktas.....	44
4.4.5	Affärsmässiga skäl talar för ett kortare förfarande	46
4.4.6	Avtalens omfattning – utdragna avtal accepteras	47
4.5	<i>Skäl för en rättssäker och effektiv prövning</i>	48
4.6	<i>Sammanfattande slutsatser</i>	49
5	Är den svenska tillämpningen förenlig med EU-rätten?.....	50
5.1	<i>Kapitlets syfte och disposition</i>	50
5.2	<i>En kritisk granskning av tillämpningen</i>	50
5.2.1	Avsaknaden av EU-rättsliga avgöranden.....	50
5.2.2	Vissa belägg för att en förutsebar omständighet kan bli oförutsebar	51
5.2.3	Måste processen utgöra en exceptionell omständighet?.....	52
5.2.4	Konkurrensutsättning bör ske när det är möjligt	54
5.2.5	Slutsatser.....	55
5.3	<i>Liv och hälsa riskeras i en alltid förutsebar överprövning</i>	56
5.4	<i>Slutsatser om bestämmelsens funktion och betydelse</i>	57
6	Avslutning.....	59
6.1.1	Oförutsebara omständigheter som säkerhet mot direktupphandlingar	59
6.1.2	Den svenska tillämpningen kan behöva begränsas.....	59
	Käll- och litteraturförteckning	60

Sammanfattning

En viktig utgångspunkt för reglerna om offentlig upphandling är de krav som ställs på att den upphandlande myndigheten ska annonsera sin avsikt att ingå kontrakt eller ramavtal. Annonseringsskyldigheten säkerställer att leverantörer inom och utanför Sveriges gränser får vetskap om och kan delta i kommande upphandlingar. Syftet med regelverket är att kontrakt ska öppnas upp för en så bred konkurrens som möjligt. I vissa situationer har det dock ansetts motiverat att tillåta direkta inköp utan någon föregående annonsering.

I uppsatsen undersöks ett sådant undantag från annonseringsskyldigheten, nämligen 6 kap. 15 § LOU om synnerlig brådska. Enligt bestämmelsen kan direktupphandlingar ske för att tillgodose absolut nödvändiga behov som uppstått till följd av oförutsebara omständigheter. Genom HFD 2019 ref. 65 bekräftas att en överprövningsprocess kan utgöra en oförutsedd omständighet i bestämmelsens mening.

Uppsatsens övergripande slutsats är att bestämmelsen om synnerlig brådska utgör en restriktiv möjlighet att genomföra nödvändiga och brådskande inköp. Bestämmelsen förutsätter att tidsfristerna för de annonserade förfarandena är omöjliga att hålla och att det beror på omständigheter som varken kan tillskrivas eller förutses av den upphandlande myndigheten. I ljuset av EU-rätten bör synnerlig brådska enbart tillämpas under närmast exceptionella omständigheter då det annonserade förfarandet inte kan användas. Bestämmelsen kan ses som en säkerhet mot att myndigheten själv framkallar en situation och utnyttjar den för att få möjlighet att direktupphandla.

1 Inledning

1.1 Upphandling i brådskande tider

1.1.1 En aktuell undantagsbestämmelse

Inte ens i en rättsvetenskaplig uppsats som den här tycks det gå att helt undkomma Covid-19-pandemins verkningar. Mitt ämnesval har präglats av de larmrapporter om den akuta brist på bland annat skyddsutrustning som rådde under pandemins första månader.¹ Enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) kan sådana nödvändiga och brådskande anskaffningar som påkallats av oförutsedda omständigheter i vissa fall motivera ett undantag från regelverkets krav på annonsering.

Som utgångspunkt ska nämligen alla större upphandlingar annonseras i en unionsgemensam databas, vilket säkerställer att både inhemska och utländska leverantörer får kännedom om upphandlingarna. Syftet är att kontrakt ska öppnas upp för konkurrens.² Ett större leverantörsdeltagande anses bidra till att offentliga medel används mer effektivt eftersom myndigheter ges större valfrihet och priserna blir lägre.³

Uppfylls förutsättningarna i 6 kap. 15 § LOU krävs däremot ingen annonsering. I bestämmelsen stadgas det förhandlade förfarandet utan föregående annonsering vilket i praktiken utgör en direktupphandling; begreppen används synonymt i uppsatsen.⁴ Utöver att anskaffningen bör vara nödvändig och brådskande ska omständigheterna som orsakat brådskan inte kunna tillskrivas eller förutses av den upphandlande myndigheten. Det är kring detta sista rekvisit som uppsatsen kretsar. I slutet av 2019 meddelades nämligen HFD 2019 ref. 65, i vilken en utdragen överprövningsprocess ansågs vara en sådan oförutsebar omständighet.

1.1.2 Överprövningsprocessen som en oförutsedd omständighet

Den synnerliga brådskan som bedömdes i HFD 2019 ref. 65 framkallades inte av ovanliga omständigheter som en världsomspännande pandemi, utan till följd av att myndighetens ursprungliga upphandling hade överprövats och överprövningen dragit ut på tiden. Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) konstaterade att brådskan fick anses bero på en för

¹ DN Nyheter 13/3-20 Skyddsmaterial och antibiotika räcker inte åt alla, SvD Nyheter 28/3-20 Läkare köpte overaller på byggvaruhus, Vårdfokus 17/3-20 Bristen på skyddsutrustning kan bli akut.

² C-26/03 Stadt Halle p. 47 och C-305/08 CoNISM a p. 37 och 38.

³ Upphandlingsdir. skäl 2, Pedersen s. 26.

⁴ En synonym tillämpning av begreppen användes i HFD 2019 ref. 65, som är central för uppsatsen. Det går dock att vända kritik mot domstolen för en hopblandning av begreppen, se Sundstrand s. 25 fotnot 34.

myndigheten oförutsedd omständighet, nämligen den utdragna överprövningsprocessen. De tillfälliga direktupphandlingarna som genomförts för att säkerställa myndighetens tillgång till telefoni och bredband var därför tillåtna enligt LOU. Domen behandlas i det fjärde kapitlet (avsnitt 4.1.2).

HFD 2019 ref. 65 är intressant mot bakgrund av att överprövningar är frekvent förekommande på upphandlingsområdet; i snitt överprövas 6,6 procent av alla annonserade upphandlingar.⁵ Överprövningsfrekvensen talar för att överprövningsprocessen är en förutsebar omständighet som inte föranleder synnerlig brådska. Genom HFD 2019 ref. 65 bekräftas dock den kammarrättspraxis som visar att det finns en gräns då en överprövningsprocess går från att vara en förutsebar omständighet, som inte uppfyller rekvisiten i 6 kap. 15 § LOU, till att bli en oförutsebar omständighet som gör det möjligt att genomföra en direktupphandling.

Var gränsen går mellan en oförutsebar och en förutsebar omständighet får stor betydelse för den upphandlande myndigheten. En otillåten direktupphandling är ett av de allvarligaste upphandlingsfelen varför hårda sanktioner är kopplade till överträdelsen: ogiltigförklaring av avtalet, skadestånd och upphandlingsskadeavgift.⁶

Under våren 2021 har EU-domstolen ännu inte prövat om synnerlig brådska kan uppstå till följd av en överprövningsprocess. Eftersom LOU implementerar upphandlingsdirektivet⁷ i svensk rätt är det extra intressant att belysa den svenska tillämpningen av bestämmelsen i ljuset av EU-rätten. Trots att uppsatsen ägnas åt ett undantag från annonseringsskyldigheten i LOU aktualiseras större frågor, bland annat om överprövningsprocessens effektivitet och förhållandet mellan EU-rätt och svensk rätt. Med andra ord är min avsikt att belysa det lilla för att slutligen kunna säga något om det stora.

1.2 Syfte, frågeställningar och avgränsning

Uppsatsens syfte är att utreda när synnerlig brådska enligt 6 kap. 15 § LOU föreligger enligt gällande rätt, speciellt när brådskan uppkommer till följd av en överprövningsprocess. Ämnet har valts eftersom en direkttilldelning enligt nämnda paragraf får användas bara om brådskan beror på omständigheter som inte kan tillskrivas och inte har kunnat förutses av myndigheten. Som nämnts ovan går det att fråga sig om en överpröv-

⁵ Statistik om offentlig upphandling 2020 s. 150.

⁶ Prop. 2009/10:180 s. 197, KKV:s rapport om korruption s. 25.

⁷ Direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävandet av direktiv 2004/18/EG.

ningsprocess kan utgöra en sådan oförutsebar omständighet. För att uppfylla uppsatsens syfte används följande frågeställningar: Under vilka förutsättningar föreligger synnerlig brådskas enligt 6 kap. 15 § LOU? När kan en överprövningsprocess utgöra en oförutsedd omständighet enligt svensk praxis? Är den svenska tillämpningen förenlig med EU-rätten? Frågeställningarna besvaras i den nämnda ordningen i kapitel tre, fyra och fem.

Uppsatsens syfte aktualiserar flertalet lagar, exempelvis lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF) och lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK). Frågeställningarna besvaras framförallt i förhållande till LOU varför begreppet upphandlande myndighet genomgående används.

Trots att övriga lagar har lämnats utanför uppsatsen är resonemangen i stora delar applicerbara även där eftersom bestämmelsen om synnerlig brådskas förekommer utanför LOU.⁸ För att tolka synnerlig brådskas används därför vissa domar som avgjorts enligt LUF eller LUK. I uppsatsen används den EU-rättsliga och den rättsdogmatiska metoden, som presenteras nedan, tillsammans med för uppsatsen relevant material.

1.3 Metod och material

1.3.1 Den EU-rättsliga grunden och metoden

Sveriges EU-medlemskap tillsammans med upphandlingsreglernas EU-rättsliga grund påverkar valet av metod och material men även själva tolkningen av LOU:s regler. Grunden för unionsbygget är, enligt artikel 4.3 i fördraget om Europeiska unionen (FEU), principen om lojalt samarbete. Ytterligare en viktig princip, som framgår av artikel 5 FEU, är den om tilldelade befogenheter som innebär att den kompetens som inte har tilldelats unionen kvarstår hos medlemsländerna. Den tilldelade befogenheten ska utövas med medlemsstaternas nationella identitet i åtanke, vilket framgår av artikel 4 FEU.⁹

EU-rätten anses överordnad den nationella rätten och har därför företräde framför den.¹⁰ På den inre marknaden utövar unionen och medlemsländerna delad kompetens enligt artikel 4 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF). Offentliga kontrakt har sedan 1970-talet ansetts påverka den inre marknaden så till den grad att det motiverat en samordnad reglering i form av direktiv.¹¹ Det senaste och nu gällande

⁸ Se 6 kap. 8 § LUF och 15 kap. 6 § LUK.

⁹ Se även Schütze s. 137, Reichel s. 113, Hettne & Eriksson s. 83.

¹⁰ 6/64 Costa mot E.N.E.L, 26/62 Van Gend en Loos jfr. Schütze s. 124, Hettne & Eriksson s. 173.

¹¹ Steinicke s. 2.

upphandlingsdirektivet antogs i februari 2014.¹² Ett direktiv är enligt artikel 288 FEUF bindande utifrån det resultat som avses men det är upp till det enskilda medlemslandet att bestämma dess genomförande och form.¹³ Enligt de svenska förarbetena är upphandlingsdirektivet direktivnära implementerat i LOU.¹⁴

Vid användningen av den EU-rättsliga metoden styrs tolkningen av EU-rättens källor och tolkningsmetoder.¹⁵ De relevanta rättskällorna finns bland annat i sekundär- och primärrätten tillsammans med EU-domstolens praxis. Vikt kan även fästas vid generaladvokaternas förslag till avgörande och till rättsakternas skäl.¹⁶ EU-domstolen är den högsta uttolkaren av direktivets ordalydelse och syfte varför EU-rättslig praxis får stor betydelse för att fastställa gällande rätt.¹⁷

Det saknas avgöranden från EU-domstolen som behandlar hur och om synnerlig brådskan kan uppstå till följd av en överprövningsprocess. Synnerlig brådskan till följd av andra omständigheter har däremot blivit föremål för domstolens prövning och dessa mål används i uppsatsen för att fastställa gällande rätt.

Uppsatsens bör förstås mot bakgrund av att vägledande avgöranden från EU-domstolen som berör överprövningsprocessen som omständighet saknas, vilket har inneburit att en utfyllande tolkning mot bakgrund av direktivet getts större plats.

Vid tolkningen har inspiration hämtats från EU-domstolens tolkningsmetoder, bland annat tolkning utifrån ordalydelse, sammanhang och syfte. Avsaknaden av EU-praxis har även fått till följd att avgöranden från HFD och kammarrätten fått en framskjuten plats i uppsatsen vilket underbygger användandet av den s.k. rättsdogmatiska metoden.

1.3.2 Den rättsdogmatiska metoden

Juristens traditionella arbetsmetod är den rättsdogmatiska metoden, men det råder delade meningar om vad metoden innefattar. Som utgångspunkt består den rättsdogmatiska metoden i att analysera innehållet i rättskällehierarkin för att fastställa gällande rätt.¹⁸ Rättskällorna utgörs av lag, prejudikat, förarbeten och doktrin. Metoden består i att beskriva hur en abstrakt rättsregel uppfattas i ett visst konkret sammanhang.¹⁹ I ett

¹² Direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

¹³ Se även Hettne & Eriksson s. 179, Olsson s. 2.

¹⁴ Prop. 2015/16:195 s. 301.

¹⁵ Reichel s. 125, Hettne & Eriksson s. 39.

¹⁶ Hettne & Eriksson s. 40 och 117.

¹⁷ C-271/02 Björnkulla p. 13, Reichel s. 126, Hettne & Eriksson s. 189, Olsson s. 2.

¹⁸ Kleineman s. 26, Lavin I s. 118, Peczenik s. 44.

¹⁹ Kleineman s. 26.

replikskifte mellan Lavin och Perczenik diskuterades rättsdogmatikens omfattning.²⁰ Lavin menade att hans metod inte var rättsdogmatisk, dock motsatte sig Perczenik Lavins uppfattning och menade att ett kritiskt granskande och utvärderande perspektiv även inryms i rättsdogmatiken. Även Kleineman menar att det är möjligt att föra fram en kritisk ansats inom ramen för den rättsdogmatiska metoden.²¹

Mot denna bakgrund används en rättsdogmatisk metod i uppsatsen som innefattar en kritisk granskning av rättskällorna i syfte att inventera och utvärdera de problem som ännu inte besvarats av prejudikatinstanserna. Ovan nämnda EU-rättsliga tolkningsmetoder (tolkning utifrån ordalydelse, sammanhang och syfte) återfinns även i rättsdogmatiken.²² Vid tillämpningen av den EU-rättsliga och den rättsdogmatiska metoden kommer lagtext och prejudikat att bilda utgångspunkt för att utreda gällande rätt beträffande brådska. Nämnda tolkningsmetoder används för att fylla ut och analysera bestämmelsen om synnerlig brådska.

Utifrån sin roll som svensk prejudikatinstans ges HFD en framträdande plats. Det finns vissa problem med att fastställa hierarkin mellan HFD:s avgörande, som specifikt behandlar synnerlig brådska till följd av en överprövningsprocess, och de mål från EU-domstolen som allmänt behandlar synnerlig brådska. Läsaren bör ha i åtanke att HFD i regel ska justera sin rättstillämpning utifrån EU-domstolens praxis varför HFD:s avgöranden bör återspegla EU-rätten. Huruvida den svenska tillämpningen går att förena med EU-rätten undersöks i uppsatsens femte kapitel. Eftersom HFD 2019 ref. 65 är det enda svenska prejudikat som specifikt berör frågan om överprövningsprocessen används även kammarrättspraxis. Enligt Lavin kan avgöranden från underinstanser belysa den faktiska tillämpningen av reglerna och bilda utgångspunkt för en probleminventering.²³

Min uppfattning är att kammarrättsmålen, när de analyseras mot bakgrund av HFD 2019 ref. 65, utgör en viktig rättskälla för undersökningen av gränsen mellan en förutsebar och en oförutsebar överprövningsprocess. Eftersom kammarrättsmålen inte nödvändigtvis speglar gällande rätt analyseras de med viss försiktighet.

Trots att EU-rättens källor ges företräde enligt den EU-rättsliga metoden tillmäter den rättsdogmatiska metoden förarbetena stor vikt. Svenska förarbeten används därför när de kan bidra till analysen av gällande rätt. Då upphandlingsreglerna ändrats flera gånger utan

²⁰ Lavin I s. 115ff och Perczenik s. 42ff samt Lavin II s. 71ff.

²¹ Kleineman s. 40.

²² Perczenik s. 50.

²³ Lavin I s. 121.

att det inneburit någon ändring i sak hänvisas i vissa fall direkt till äldre förarbeten. Rättsfallsanalysen är central för uppsatsen, varför valet av domar presenteras nedan.

1.3.3 Urval av rättsfall

För att fastställa tillämpningen av bestämmelsen om synnerlig brådska har rättsfall på EU-nivå och nationell nivå analyserats. EU-domstolens avgöranden om synnerlig brådska har identifierats genom sökningar på ”synnerlig brådska”, respektive ”extreme urgency” samt ”direktiv 2014/24/EU” i databasen JP Infonet samt i unionens databas EUR-lex.²⁴ Jag har identifierat nio fall om synnerlig brådska under perioden 1988 till 2008.²⁵ Ytterligare fyra fall som berör tolkningen av direktivet har identifierats.²⁶ Vid en jämförelse med Rosén Anderssons lagkommentar från år 2020 återfinns samtliga mål i framställningen och inget betydande avgörande saknas.²⁷

Utöver HFD 2019 ref. 65 behandlas sju kammarrättsfall.²⁸ De sju målen har identifierats genom en sökning i JP Infonet efter ”synnerlig brådska” mellan 2010-01-01 och 2021-01-01. Perioden har valts för att rättsfallen ska ha tidsmässig relevans samt för att begränsa urvalet. Totalt 42 mål hittades i sökningen, men bara i sju av dessa kunde jag utläsa att domstolen förde ett närmare resonemang om synnerlig brådska till följd av en överprövningsprocess. Därför analyseras dessa sju avgöranden.

1.4 Disposition

Uppsatsen är indelad i sex kapitel. I syfte att presentera vad direktupphandling är och när det används analyseras reglerna om direktupphandling i kapitel två. I kapitlet ges även viss bakgrund till regleringen av offentliga kontrakt och dess syften.

Förutsättningarna för synnerlig brådska i 6 kap. 15 § LOU presenteras i kapitel tre tillsammans med en tolkning av bestämmelsens ordalydelse, systematik och syfte. Förutsättningarna presenteras i separata avsnitt. I kapitlet besvaras den första frågeställningen om vilka förutsättningar som krävs för att konstruera synnerlig brådska.

Det fjärde kapitlet ägnas åt svensk praxis om synnerlig brådska till följd av en

²⁴ JP Infonet nås via <https://www.jpinfonet-se> och EUR-lex via <https://eur-lex.europa.eu/homepage.html>.

²⁵ C-199/85 Kommissionen mot Italien, C-199/88R Kommissionen mot Italien, C-24/91 Kommissionen mot Spanien, C-107/92 Kommissionen mot Italien, C-318/94 Kommissionen mot Tyskland, C-385/02 Kommissionen mot Italien, C-126/03 Kommissionen mot Tyskland, C-525/03 Kommissionen mot Italien, C-275/08 Kommissionen mot Tyskland.

²⁶ C-328/92 Kommissionen mot Spanien, C-337/05 Kommissionen mot Italien, C-26/03 Stadt Halle, C-305/08 CoNISMa.

²⁷ Rosén Andersson m.fl. s. 380–386.

²⁸ Kammarrätten i Göteborgs mål nr 5455-09, Kammarrätten i Göteborgs mål nr 1501-10, Kammarrätten i Göteborgs mål nr 784-10, Kammarrätten i Göteborgs mål nr 821–827-12, Kammarrätten i Sundsvalls mål nr 1943-14, Kammarrätten i Sundsvalls mål nr 2279-15, Kammarrätten i Sundsvalls mål nr 1480-20.

överprövningsprocess. Sex kammarrättsfall presenteras och diskuteras i ljuset av HFD 2019 ref. 65. I kapitlet besvaras frågan ”När kan en överprövningsprocess utgöra en oförutsedd omständighet enligt svensk praxis?”. I det femte kapitlet diskuteras hur utrymmet som skapats för direktupphandlingar till följd av överprövningsprocesser i svensk rätt kan förenas med EU-rätten vilket innebär att den tredje och sista frågeställningen besvaras: ”Är den svenska tillämpningen förenlig med EU-rätten?”. Med det sjätte kapitlet avslutas uppsatsen. I kapitlet sammanfattas rättsläget och några sammanfattande reflektioner ges.

Genom framställningen, indelad i sex kapitel, bör därmed uppsatsens syfte, att ”utreda när synnerlig brådska enligt 6 kap. 15 § LOU föreligger enligt gällande rätt, speciellt när brådskan uppkommer till följd av en överprövningsprocess”, i sin helhet ha besvarats.

2 Direktupphandling

2.1 Kapitlets syfte och disposition

I kapitlet presenteras direkttilldelningens funktion och konsekvenser. Det görs i separata avsnitt över tillåten och otillåten direktupphandling, skadestånd, upphandlingsskadeavgift samt överprövningsprocessen.

Innevarande kapitel ägnas åt grunderna för offentliga kontrakt, inklusive regelverkets syfte och tillämpningens effekter, och efterföljande kapitel ägnas åt att analysera förutsättningarna i 6 kap. 15 § LOU. Som redan nämnts utgör bestämmelsen om synnerlig brådska ett undantag från huvudregeln om annonsering.

2.2 Utgångspunkter

2.2.1 Kontrakt ska öppnas upp för en bred konkurrens

LOU tillämpas av upphandlande myndigheter som anskaffar varor, tjänster eller byggentreprenad genom tilldelning av kontrakt enligt 1 kap. 2 § LOU. Den upphandlande myndigheten har stor frihet i att bestämma föremålet för upphandlingen, så länge som LOU och dess grundläggande principer iakttas.

Processen för tilldelningen av ett kontrakt ser förenklat ut som följer: upphandlingen utannonseras, leverantörer lämnar anbud inom bestämda tidsfrister och en leverantörs- och anbudskvalificering genomförs. Slutligen antas det anbud som uppfyller upphandlingsdokumentens krav samt är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Med andra ord regleras *hur* myndigheterna genomför sina anskaffningar, inte *vad* som köps in. LOU kan därför anses utgöra en procedurlagstiftning.²⁹

Det övergripande syftet med de regler som styr offentliga kontrakt är att leverantörer inom EU på ett öppet och förutsebart vis ska erbjudas möjligheten att konkurrera om kontrakten.³⁰ Kontrakten ska öppnas upp för en så bred konkurrens som möjligt.³¹ Ett ökat leverantörsdeltagande ligger både i unionens och i de upphandlande myndigheternas intresse. Genom ett ökat deltagande ges myndigheten större valfrihet beträffande vilket som är det mest fördelaktiga anbudet.³² Konkurrensutsättningen bidrar därför till att offentliga medel används på ett mer effektivt sätt eftersom kvalitet och priset på det

²⁹ Rosén Andersson m.fl. s. 36.

³⁰ Upphandlingsdir. skäl 1, prop. 2015/16:195 s. 292.

³¹ C-26/03 Stadt Halle p. 47 och C-305/08 CoNISM a p. 37 och 38.

³² C-305/08 CoNISM a p. 37.

antagna anbudet förbättras. De upphandlingsrättsliga principerna om likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet stadgas i 4 kap. 1 § LOU. Principerna säkerställer att myndigheterna genomför processen korrekt och behandlar alla leverantörer lika.³³

Utöver nämnda principer får en upphandling inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde eller för att otillbörligt begränsa konkurrensen, vilket framgår av 4 kap. 2 § LOU. Öppenhetsprincipen ser till så att alla anbudsgivare ges samma möjlighet till insyn i upphandlingsförfarandet.³⁴ Annonseringsskyldigheten ses därför som ett utflöde av principen om öppenhet.³⁵

2.2.2 Annonseringsskyldigheten som huvudregel

Som utgångspunkt ska upphandlingar annonseras.³⁶ Genom anbudsinfordran informerar den upphandlande myndigheten om sin avsikt att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal, enligt 10 kap. 1 § LOU. Annonseringen kan därför ses som en förutsättning för att syftet om att öppna upp kontrakt uppnås. En anbudsinfordran genomförs i en annons om upphandling eller genom en förhandsannons. När en förhandsannons enligt 10 kap. 2 § LOU används kan i vissa fall de ordinarie tidsfristerna kortas. Annonsen tillgängliggör anbudsinformation som gör det möjligt för en intresserad leverantör att ta ställning till upphandlingen och de krav som ställs i den, se 10 kap. 7 § LOU.³⁷

Annonsen skickas till Europeiska unionens publikationsbyrå som i sin tur publicerar upphandlingarna i en gemensam databas.³⁸ För mindre upphandlingar finns inte lika utförliga krav på publicering, se 19 kap. 9 § LOU. Samtliga annonser ska dock publiceras på nationell nivå i en registrerad databas.³⁹

Annonseringsskyldigheten bidrar till att EU-kommissionen kan kontrollera att upphandlingsdirektivet tillämpas korrekt inom unionen och säkerställer upphandlingsregelverkets primära syften om att öppna upp kontrakt för en så bred konkurrens som möjligt.⁴⁰ När en upphandling vidtas utan någon föregående annonsering, genom en direktupphandling, gynnas en viss leverantör utan att övriga leverantörer har fått lämna anbud och

³³ Upphandlingsdir. skäl 1, Steinicke s. 8, Pedersen s. 31.

³⁴ Prop. 2006/07:128 s. 155, Steinicke s. 320, Rosén Andersson m.fl. s. 266.

³⁵ Steinicke s. 19, Rosén Andersson m.fl. s. 267.

³⁶ Se 10 kap. LOU, Caranta s. 378, Pedersen s. 119.

³⁷ Pedersen s. 124.

³⁸ Databasen nås genom ted.europa.eu, Pedersen s. 119, Rosén Andersson m.fl. s. 532.

³⁹ Prop. 2018/19:142 s. 27, Promemoria om upphandlingsstatistik s. 19.

⁴⁰ Pedersen s. 119, Rosén Andersson m.fl. s. 534.

det ordinarie upphandlingsförfarandet åsidosätts. Det förekommer då en överhängande risk för korruption och utnyttjande av personliga kontakter mellan myndigheten och leverantören.⁴¹ Konsekvenserna av en tillåten direktupphandling är att avtalet sluts utan någon efterföljande avtalsspärr, se 20 kap. 1 och 2 §§ LOU. Syftet med avtalsspärren är att ge samtliga leverantörer en möjlighet att granska tilldelningen och överväga behovet av en överprövning av upphandlingen.⁴² I de fall en överprövning inleds förlängs avtalsspärren under processens gång enligt 20 kap. 8 § LOU.

När en direktupphandling utförs gäller ingen avtalsspärr utan avtalet sluts direkt mellan den upphandlande myndigheten och den utvalda leverantören och överprövningen gäller avtalets giltighet. Principerna om upphandling är som utgångspunkt tillämpliga även när direktupphandlingar genomförs, se 4 kap. 1 § och 19 kap. 2 §§ LOU, men tillämpningen av principerna kan enligt HFD 2018 ref. 60 variera utifrån varje enskilt ärendes karaktär och föremål.⁴³ Nedan diskuteras grunderna för tillåtna direktupphandlingar inom och utanför det direktivstyrda området.

2.3 Tillåten direktupphandling

2.3.1 Introduktion

Den för uppsatsen relevanta bestämmelsen 6 kap. 15 § LOU kan nås på två sätt. Antingen nås bestämmelsen genom en hänvisning från 19 kap. 7 § LOU eller direkt genom 6 kap. LOU. Direkttilldelning enligt det 19 kap. benämns *direktupphandling* och direkttilldelning enligt det 6 kap. benämns *förhandlat förfarande utan föregående annonsering*. Det förstnämnda förfarandet grundas i nationella regler till skillnad från det sistnämnda som bygger på upphandlingsdirektivets regler. Som nämnts används begreppen synonymt i uppsatsen eftersom de i praktiken illustrerar samma förfarande.

2.3.2 Direktivstyrd och icke-direktivstyrd upphandling

Upphandlingsdirektivet samordnar medlemsländers upphandlingar över vissa tröskelvärden.⁴⁴ Kontrakt över tröskelvärdena har ansetts påverka den inre marknaden i så stor utsträckning att det motiverat en gemensam EU-rättslig reglering.⁴⁵ Direktivet har därför

⁴¹ Pedersen s. 119, KKV:s rapport om korruption s. 25.

⁴² Prop. 2009/10:180 s. 352, Rosén Andersson m.fl. s. 879.

⁴³ Enligt 19 kap. 35 § LOU gäller dock inte principerna vid upphandling av välfärdstjänster som understiger tröskelvärdena och inte har ett bestämt gränsöverskridande intresse. Se även Rosén Andersson m.fl. s. 254.

⁴⁴ Upphandlingsdir. skäl 1.

⁴⁵ Upphandlingsdir. art. 4, Steinicke s. 206, Lindahl Toftegaard s. 45.

begränsats till att gälla kontrakt och ramavtal med högre värden. Tröskelvärdena revideras vartannat år av EU-kommissionen.⁴⁶ I svensk rätt regleras kontrakt över tröskelvärdena i det 6 kap. LOU och kontrakt under tröskelvärdena i det 19 kap. LOU. För varu- och tjänstekontrakt för centrala statliga myndigheter är nu gällande tröskelvärden 1 427 377 kr och för övriga upphandlande myndigheter 2 197 545 kr.⁴⁷ Reglerna i 19 kap. LOU ställer inte lika utförliga krav på hur den upphandlande myndigheten utför sina anskaffningar som reglerna i 6 kap. LOU.

Enligt 19 kap. 4 § LOU definieras en direktupphandling som en upphandling utan krav på anbud i viss form. Tillvägagångssättet får, enligt 19 kap. 7 § LOU, enbart användas om upphandlingens värde uppgår till högst 28 procent av det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 § LOU och som gäller för en upphandlande myndighet som inte är en central upphandlande myndighet vid upphandling av varor och tjänster. Nämnda mening i 19 kap. 7 § LOU ger uttryck för den s.k. direktupphandlingsgränsen som är 28 procent av tröskelvärdet vilket enligt nuvarande tröskelvärde är 615 312 kronor.

Gränsen får till följd att ett avtal vars värde understiger 615 312 kronor kan tecknas genom en direktupphandling. I de fall direktupphandlingens värde överstiger 100 000 kr stadgas i 19 kap. 30 § LOU krav på att den upphandlande myndigheten ska dokumentera inköpet. Direktupphandling får även användas i de fall upphandlingens värde överstiger direktupphandlingsgränsen men faller under tröskelvärdet om någon av bestämmelserna i 6 kap. 12–19 §§ uppfylls eller om det finns synnerliga skäl.

Genom hänvisningen från 19 kap. 7 § LOU till 6 kap. 15 § LOU blir bestämmelsen om synnerlig brådska tillämplig oavsett om kontraktet faller inom eller utanför det direktivstyrda området. Under direktupphandlingsgränsen finns däremot inget behov av att använda bestämmelsen om synnerlig brådska eftersom direktupphandlingar till lägre värden tillåts. För kontrakt och ramavtal vars värde faller under tröskelvärdet men över direktupphandlingsgränsen tillämpas 19 kap. 7 § LOU jämförd med 6 kap. 15 § LOU.⁴⁸

Det kan konstateras att kontrakt och ramavtal som överstiger direktupphandlingsgränsen i många fall blir beroende av bestämmelsen om synnerlig brådska. För kontrakt eller ramavtal som överstiger tröskelvärdena är bestämmelsen om synnerlig brådska ett av de få undantagen som finns från annonseringsskyldigheten.

⁴⁶ Upphandlingsdir. art. 6, skäl 129.

⁴⁷ Tillkännagivande (2020:8) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

⁴⁸ HFD 2019 ref. 65 p. 45.

2.4 Otillåten direktupphandling

2.4.1 Ogiltighet och upphandlingsskadeavgift

Begreppet otillåten direktupphandling förekommer inte i lagtexten men däremot i de äldre förarbetena, i vilka det angavs att en otillåten direktupphandling var en tilldelning som skedde utan någon föregående annonsering, i strid med LOU.⁴⁹ Ett avtal som inte föregåtts av en annonsering kan förklaras ogiltigt i domstol, enligt 20 kap. 13 § LOU. En ansökan om överprövning av avtalets giltighet ska ha inkommit inom sex månader från det att avtalet slöts, enligt 20 kap. 17 § LOU.

Ett ogiltigförklarande innebär att avtalet blir civilrättsligt ogiltigt. Avtalet kan då inte göras gällande mellan parterna.⁵⁰ Har förpliktelseerna helt eller delvis uppfyllts ska de återgå, och om det inte är möjligt, ska förmögenhetsläget helt eller delvis återställas på annat sätt. Syftet är att parterna inte ska berika sig på det otillåtna avtalet.⁵¹

Ytterligare något som följer av ett avtals ogiltigförklarande är att en upphandlingsskadeavgift kan åläggas den upphandlande myndigheten, vilket framgår av 21 kap. 1 § LOU. Bestämmelsen ger uttryck för ett strikt ansvar.⁵² Det är tillsynsmyndigheten, alltså Konkurrensverket⁵³, som ansöker hos domstol om avgiften, enligt 21 kap. 2 § LOU. Eftersom otillåtna direktupphandlingar anses vara en av de allvarligaste överträdelserna av regelverket kan det leda till höga belopp.⁵⁴

Prövningen av upphandlingsskadeavgift kan alltså utgöra en efterföljande process i de mål som berör direktupphandlingar, exempelvis när direktupphandlingen är otillåten men den trots det får bestå till följd av tvingande hänsyn.

2.4.2 Tvingande hänsyn till allmänintresset – avtal består trots ogiltigheten

Ett avtal som förklarats ogiltigt kan bestå med beaktan av tvingande hänsyn till allmänintresse enligt 20 kap. 14 § LOU. Bestämmelsen ska tillämpas restriktivt eftersom den är konkurrensbegränsande.⁵⁵ Ett avtal som skulle ha förklarats ogiltigt, exempelvis eftersom det tecknats utan föregående annonsering, accepteras nämligen med stöd i bestämmelsen. I det första rättsmedelsdirektivets⁵⁶ skäl 22 anges att det endast är under

⁴⁹ Prop. 2009/10:180 s. 188.

⁵⁰ Prop. 2009/10:180 s. 360, Pedersen s. 204, Rosén Andersson m.fl. s. 984.

⁵¹ Rosén Andersson m.fl. s. 984.

⁵² Prop. 2009/10:180 s. 368.

⁵³ Prop. 2009/10:180 s. 200, Rosén Andersson m.fl. s. 1039.

⁵⁴ Prop. 2009/10:180 s. 197, KKV:s rapport om korruption s. 25.

⁵⁵ Prop. 2009/10:180 s. 362, prop. 2015/16:195 s. 747.

⁵⁶ Se vidare om rättsmedelsdirektiven i avsnitt 2.5.

”exceptionella omständigheter” som ett ogiltigt avtal kan bestå. Exempel från svensk praxis på sådant som ansetts utgöra anskaffningar av allmänintresse är skolskjuts, färdtjänstresor, sjukresor och skolvikarier.⁵⁷ I HFD 2019 ref. 18 uttalades att regionen i målet inte visat att det förelåg sådana exceptionella omständigheter som motiverade att avtalet skulle få bestå med hänsyn till tvingande allmänintresse. Målet illustrerar att det ställs höga krav på att ett ogiltigt avtal ska få bestå.

2.4.3 Skadestånd som följd av en otillåten tilldelning

En leverantör som finner sig åsidosatt, exempelvis när den upphandlande myndigheten slutit ett direktupphandlat avtal med en annan leverantör, kan ansöka om skadestånd från den upphandlande myndigheten, vilket regleras i 20 kap. 20 § LOU.⁵⁸ Skadeståndet ska väckas vid allmän domstol inom ett år från det att avtal slutits för att rätten till skadestånd inte ska bortfalla, enligt 20 kap. 21 §§ LOU.

I sammanhanget är det värt att notera att överprövningen utgör det primära rättsmedlet. Som Högsta domstolen uttalade i NJA 2018 s. 1127 fyller en skadeståndstalan främst en funktion i de fall unionsrätten åsidosatts och det får konsekvenser för den enskildes tillgång till effektiva rättsmedel. Överprövningen är den process som primärt används för att åtgärda bristerna i förfarandet. Nästa avsnitt ägnas åt processen; först dess EU-rättsliga grund och därefter dess funktion och effektivitet.

2.5 Överprövningsprocessen

2.5.1 EU-rättslig påverkan

Under åren efter införandet av det första upphandlingsdirektivet fanns en tendens bland nationella myndigheter att hålla upphandlingarna inom landet, bland annat genom att undvika annonsering.⁵⁹ För att säkerställa efterlevnaden av upphandlingsdirektivet antogs de två rättsmedelsdirektiven.⁶⁰ De båda direktiven har ändrats genom det s.k. ändrings-

⁵⁷ HFD 2019 ref. 18, Kammarrätten i Sundsvalls mål nr 1480-20, Kammarrätten i Göteborgs mål nr 5819-11, Kammarrätten i Sundsvalls mål 522-14.

⁵⁸ Prop. 2009/10:180 s. 366 och s. 221.

⁵⁹ Steinicke s. 1385.

⁶⁰ 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) samt 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), Asplund m.fl. s. 21 som hänvisar till mål C-81/98 Alcatel p. 33, se även Steinicke s. 1386.

direktivet.⁶¹ Rättsmedelsdirektiven, i lydelsen enligt ändringsdirektivet, har genomförts i svensk rätt genom bestämmelserna om avtalsspärr, ogiltighet, överprövning och skadestånd i LOU.⁶² Processen regleras i förvaltningsprocesslagen (1971:291) (FPL) och belyses nedan.

2.5.2 Förvaltningsprocessens funktion

Den leverantör som vill invända mot ett avtals giltighet kan vända sig till de allmänna förvaltningsdomstolarna med sitt klagomål, enligt 20 kap. 4 § LOU. För talerätt krävs att det överklagade beslutet i sig har en precis och påtaglig betydelse för klaganden och att de objektiva grunderna identifierats, enligt 20 kap. 6 § LOU.⁶³

Domstolens prövning går ut på att kontrollera myndighetsbeslutet i syfte att nå materiellt riktiga beslut och värna den enskildes rättsskydd och rättssäkerhet.⁶⁴ Det är rätten som, enligt 8 § FPL, ska se till att målet blir utrett så som dess beskaffenhet kräver. Utredningen bör vara tillräcklig, med andra ord ”fullgod”.⁶⁵ Frågan om domstolens utredningsansvar, dvs. domstolens materiella processledningsskyldighet, är en komplex fråga i vilken domaren i varje mål får väga kravet på en effektiv process och materiell rättvisa mot kravet på domstolens objektivitet.⁶⁶ Utredningsansvaret är till viss del begränsat i upphandlingsmål.⁶⁷ Den part som gjort gällande att en upphandling är felaktig måste på ett tydligt sätt ange vilka omständigheter som talan grundas på.⁶⁸

När den upphandlande myndigheten använder sig av det förhandlade förfarandet utan föregående annonsering med motiveringen att synnerlig brådska föreligger är det myndigheten som har bevisbörda för att de faktiska omständigheter som ledde till brådskan föreligger.⁶⁹ Långa handläggningstider är en av faktorerna som kan leda till att en överprövningsprocess drar ut på tiden, vilket utvecklas nedan.

⁶¹ 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) tillämpas tillsammans med de två första direktiven vilket innebär att de två första direktiven fortfarande är i kraft, se skäl 3 i ändringsdirektivet.

⁶² Prop. 2015/16:195 s. 876, Asplund m.fl. s. 24. Märk dock att problemet med avtalsspärren inte förekom i Sverige eftersom Sverige redan efter domen i Alcatel infört en tidsfrist på tio dagar.

⁶³ Finns en lång praxis om talerätt, se bl.a. målen HFD 2011 ref. 29, HFD 2013 ref. 53, HFD 2017 ref. 62.

⁶⁴ Prop. 1995/96:22 s. 79, prop. 2012/13:45 s. 111, von Essen I, kommentar till förvaltningsprocessens funktion.

⁶⁵ von Essen I, kommentar till 8 § FPL.

⁶⁶ von Essen I, kommentar till 8 § FPL.

⁶⁷ RÅ 2009 ref. 69, von Essen II s. 60.

⁶⁸ I vissa fall kan däremot domstolens utredningsansvar vara mer omfattande än vad som hittills har anförts, vilket följer av C-450/06 Varec som bekräftats genom HFD 2015 ref. 55. Se även HFD 2018 ref. 28 om vilken skyldighet domstolen har att granska visst material.

⁶⁹ C-199/85 Kommissionen mot Italien p. 14, Arrowsmith s. 1075.

2.5.3 *Processens effektivitet eller ineffektivitet*

I december 2020 presenterades ett utkast till lagrådsremissen ”En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar”. Utkastet gav en samlad bedömning över de förslag som presenterats i de två tidigare utredningarna Överprövningsutredningen SOU 2015:12 och Förenklingsutredningen SOU 2018:44.⁷⁰

I samtliga utredningar identifierades de långa handläggningstiderna som problematiska. Långa processer ansågs avhålla leverantörer från att lämna anbud samt ha en negativ påverkan på myndigheternas utformning av upphandlingarna. I snitt var det 6,6 procent av alla annonserade upphandlingar som överprövades under år 2019.⁷¹ Av de upphandlingsmål som prövades i sak fick klagande helt eller delvis rätt i en av fyra överprövningar.⁷² Knappt en femtedel av förvaltningsrätternas beslut överklagades till kammarrätten och tre av tio beslut som avgjordes i kammarrätterna gick hela vägen till HFD.⁷³ För mål som avgjordes i sak var tidsåtgången mellan fyra och fem månader för prövningen i förvaltningsrätten respektive för prövningen i kammarrätterna.⁷⁴ Prövningen i HFD tog i genomsnitt runt ett års tid.

Ett antal förslag har presenterats i syfte att effektivisera domstolsprocessen, bland annat ett lagstadgat skyndsamhetskrav, preklusionsfrister som sätter stopp för att åberopa nya omständigheter efter en viss tidpunkt, möjligheten att vidta temporära direktupphandlingar samt förslag om att förtydliga lagtexten för de omständigheter som kan orsaka synnerlig brådska.⁷⁵ Processens effektivitet utvecklas i avsnitt 4.5. Nästa stycke sammanfattar innevarande kapitel.

2.6 **Sammanfattande slutsatser**

Att vidta en direktupphandling innebär i princip att den upphandlande myndigheten kontaktar valfri leverantör direkt och sluter avtal med leverantören. Eftersom förfarandet innebär att övriga leverantörer hindras från att delta i upphandlingen anses direktupphandlingen utgöra en av de allvarligaste överträdelserna av LOU. Det primära syftet med reglerna om offentlig upphandling är nämligen att öppna upp de offentliga kontrakten för

⁷⁰ Överprövning av upphandlingsmål m.m. SOU 2015:12 och Möjligt, tillåtet och tillgängligt – förslag till enklare och flexibla upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål i SOU 2018:44.

⁷¹ Statistik om offentlig upphandling 2020 s. 150.

⁷² Statistik om offentlig upphandling 2020 s. 160.

⁷³ Statistik om offentlig upphandling 2020 s. 162–163.

⁷⁴ Statistik om offentlig upphandling 2020 s. 159–169.

⁷⁵ Utkast till lagrådsremiss En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar s. 31–37 och s. 59–61, SOU 2018:44 s. 356–360,

en så bred konkurrens som möjligt. Åsidosatta leverantörer kan angripa det direktupphandlade avtalets giltighet i en överprövningsprocess. Dessutom kan skadestånd och upphandlingsskadeavgifter aktualiseras.

För en direktupphandling, som inte faller under direktupphandlingsgränsen, krävs att 6 kap. 15 § LOU uppfylls. Tolkningen av bestämmelsens rekvisit är av avgörande betydelse för att den upphandlande myndigheten ska kunna genomföra brådskande anskaffningar för att säkerställa nödvändiga behov. Bestämmelsens rekvisit analyseras i nästa kapitel.

3 Synnerlig brådska

3.1 Introduktion

3.1.1 Kapitlets syfte och disposition

I flera mål har EU-domstolen konstaterat att undantaget i 6 kap. 15 § LOU tillämpas under följande förutsättningar: förekomsten av en oförutsedd händelse som inte kan härledas till den upphandlande myndigheten, synnerlig brådska som gör det omöjligt att hålla ordinarie tidsfrister samt ett orsakssamband mellan den oförutsedda händelsen och den synnerliga brådskan.⁷⁶ Anskaffningen ska dessutom vara absolut nödvändig.

Kapitlets syfte är att besvara uppsatsens första frågeställning: under vilka förutsättningar föreligger synnerlig brådska enligt 6 kap. 15 § LOU? Bestämmelsens rekvisit presenteras i separata avsnitt. Samtliga förutsättningar måste vara uppfyllda för att synnerlig brådska ska föreligga. I nästa avsnitt presenteras grunderna för bedömningen av synnerlig brådska och därefter tolkas 6 kap. 15 § LOU utifrån dess ordalydelse, sammanhang och syfte. Kapitlet avslutas med en sammanfattning.

3.1.2 Restriktiv tolkning av undantaget för en faktisk tilldelning

Som nämnts utgör 6 kap. 15 § LOU ett undantag från LOU:s annonseringsskyldighet. EU-domstolen har uttalat att undantag från de regler som säkerställer en effektiv inre marknad ska ges en restriktiv tolkning.⁷⁷ Domstolen uttalade i mål C-328/92, som gällde direkttilldelningar av farmaceutiska varor och tjänster, att undantagen till upphandlingsdirektivet är uttryckligt och uttömmande reglerade.⁷⁸ Bevisbördan ligger på den som stödjer sig på omständigheterna ifråga.⁷⁹ I det nämnda målet hade en överenskommelse tecknats mellan en myndighet och en sammanslutning av farmaceutiska förbund.

EU-kommissionen uppmärksammade att Spanien under perioden knappt annonserat några upphandlingar på området. Enligt EU-domstolen bör förutsättningarna för synnerlig brådska uppfyllas i det enskilda fallet varför ett system med direkttilldelning på förhand inte kunde accepteras.⁸⁰ Direktupphandlingen bör avse en faktisk tilldelning. Mot bakgrund av nämnda utgångspunkter ägnas nästa avsnitt åt en närmare tolkning av 6 kap.

⁷⁶ C-107/92 Kommissionen mot Italien p. 12, C-126/03 Kommissionen mot Tyskland p. 23, C-318/94 Kommissionen mot Tyskland p. 14, C-328/92 Kommissionen mot Spanien p. 18.

⁷⁷ C-337/05 Kommissionen mot Italien p. 57

⁷⁸ C-328/92 Kommissionen mot Spanien p. 12.

⁷⁹ C-328/92 Kommissionen mot Spanien p. 16.

⁸⁰ C-328/92 Kommissionen mot Spanien p. 18.

15 § LOU i ljuset av upphandlingsdirektivet. Analysen görs med hjälp av några av de vanligt förekommande tolkningsmetoderna i EU-domstolen; den textuella tolkningen, tolkningen utifrån bestämmelsens sammanhang samt utifrån dess syfte.⁸¹ Först ut är den textuella tolkningen.

3.2 Tolkning av ordalydelse, systematik och syfte

3.2.1 Språklig jämförelse

Paragraf 6 kap. 15 § LOU är utarbetad efter 32.2 (c) i upphandlingsdirektivet som stadgar att ”Användning av förhandlat förfarande utan föregående meddelande om upphandling (...) får tillämpas i följande fall”:

Om det, när det är absolut nödvändigt och på grund av synnerlig brådska till följd av omständigheter som den upphandlande myndigheten inte har kunnat förutse, är omöjligt att iaktta de tidsfrister som gäller vid öppet förfarande, selektivt förfarande eller förhandlat förfarande under konkurrens. De omständigheter som åberopas som skäl för synnerlig brådska får inte i något fall tillskrivas den upphandlande myndigheten.

I den svenska lagtexten, 6 kap. 15 § LOU, har direktivets bestämmelse getts följande lydelse:

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

I den svenska översättningen har ”absolut nödvändigt” placerats sist i bestämmelsen, till skillnad från i direktivet, i vilket uttrycket framgår av första meningen. Min uppfattning är att det inte har någon betydelse för den absoluta nödvändigheten i sig. Däremot kan placeringen innebära att direktivets bestämmelse vid första anblicken kan anses beskriva en mer akut situation.

I direktivets sista mening stadgas att ”De omständigheter som åberopas som skäl för synnerlig brådska får *inte i något fall* tillskrivas den upphandlande myndigheten” (min kursivering). I LOU:s version stadgas ”som inte kan tillskrivas och inte har kunnat förutses av myndigheten”. Tillägget ”inte i något fall” i direktivets sista mening kan bidra

⁸¹ Reichel s. 122, Hettne & Eriksson s. 159 och s. 167–170.

till att direktivets bestämmelse tolkas något strängare än den svenska bestämmelsen. Vid en jämförelse med den engelska språkversionen översätts synnerlig brådskan till ”extreme urgency” och absolut nödvändigt till ”strictly necessary”.⁸²

Enligt nationalencyklopedin betyder synnerlig ”särskilt stor eller viktig”.⁸³ Ordet förekommer sällan i dagligt tal men är betydelsefullt i juridiska sammanhang för att kvalificera olika typer av omständigheter. Exempelvis används ordet synnerlig som beteckning på en särskilt hänsynslös misshandel i 3 kap. 6 § BrB till skillnad från en misshandel som enligt paragrafen enbart betecknas som grov. Ordet synnerlig kan ses som en kvalificerad brådskan till skillnad från en brådskan som inte betecknas som synnerlig varför ordet synnerlig kvalificerar omständigheterna. Det är enbart tillräckligt allvarlig (synnerlig) brådskan som motiverar en direktupphandling.

Enligt Caranta är det däremot inte ordet synnerlig som har störst betydelse för kvalificeringen i bestämmelsen utan det efterföljande stycket ”till följd av att omständigheterna inte ska kunna förutses och inte i något fall ska kunna tillskrivas den upphandlande myndigheten”.⁸⁴ Vad som utgör en oförutsebar omständighet analyseras i det fjärde kapitlet. Redan nu kan konstateras att myndighetens vetskap bör fokusera på vad som rimligen kunnat ha förutsetts av myndigheten. Både i direktivet och den svenska versionen stadgas att omständigheterna inte ska ha kunnat förutses.

Arrowsmith poängterar att undersökningen bör göras av vad myndigheten haft möjlighet att förutse och planera för, till skillnad från vad domstolen i det s.k. Ems-målet C-318/94 beaktat, vilket var vad den upphandlande myndigheten faktiskt hade förutsett.⁸⁵ I linje med Arrowsmiths uppfattning är det rimligt att tolkningen bör göras av vad myndigheten haft möjlighet att förutse och planera för och inte vad myndigheten faktiskt haft vetskap om. En annan slutsats skulle kunna leda till svåra bedömningssituationer av vad myndigheten faktiskt vetat om.

Slutligen några språkliga kommentarer om direktivets ordalydelse. Vid en jämförelse mellan den engelska, svenska och franska språkversionen är det speciellt den sista meningen i direktivet som väcker mitt intresse. I den engelska och franska versionen stadgas att omständigheterna ”som ska rättfärdiga” den synnerliga brådskan inte får till-

⁸² Den franska versionens motsvarigheter är ”strictement nécessaire” och ”l’urgence impérieuse” vilket tycks motsvara den engelska versionens betydelse.

⁸³ Nationalencyklopedin, synnerlig. <http://www-nese.ezproxy.its.uu.se/uppslagsverk/ordbok/svensk/synnerlig> (hämtad 2021-04-14).

⁸⁴ Caranta s. 437.

⁸⁵ Arrowsmith s. 1076.

skrivs den upphandlande myndigheten. I den svenska versionen stadgas att omständigheter som åberopas ”som skäl” för synnerlig brådska inte får tillskrivas myndigheten.⁸⁶ Det finns en viss betydelseskilnad mellan ”som ska rättfärdiga” och ”som skäl”.

Den engelska och franska versionen gör det tydligare att det är omständigheterna som kan rättfärdiga brådskan vilket illustrerar bestämmelsens funktion. I bestämmelsen om brådska vägs nämligen huvudregeln om annonsering mot undantaget om direktupphandling. Den engelska och franska versionen tydliggör att det finns omständigheter som kan rättfärdiga ett åsidosättande av annonseringsskyldigheten. Däremot finns det inget som tyder på att tolkningen av bestämmelsen förändras av de skilda formuleringarna.

Mellan den franska och svenska språkversionen motsvarar ordet ”tillskrivas” det franska ordet ”imputables” vilket snarare betyder ”hänföras” på svenska. Hänföras görs på förhand men tillskrivas sker i efterhand. Betydelseskilnaden är liten men kan trots det noteras. Nästa tolkningsoperation utförs i form av en systematisk tolkning.

3.2.2 Systematisk tolkning

I tolkningen av direktivets systematik är bestämmelsen placerad som sista förfarande i direktivets avdelning II. Av placeringen, tillsammans med första punkten som anger att medlemsstaterna under de förutsättningar som ges i punkterna 2–5 kan föreskriva att de upphandlande myndigheterna får tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående meddelande, framgår att det är fråga om ett undantag från de vanliga förfarandena som kan införas av medlemsstaterna. Någon skyldighet för medlemsstaterna att införa artikel 32 finns inte enligt ordalydelsen i bestämmelsen.

Ordet annons omnämns i direktivet som meddelande, men det finns inget som tyder på att betydelsen ändras av ordvalet. Med stöd i den systematiska tolkningen går det att dra slutsatsen att bestämmelsen om synnerlig brådska är ett undantag till övriga upphandlingsförfaranden. Därefter är det dags för den sista tolkningsoperationen.

3.2.3 Ändamålsenlig tolkning

Den sistnämnda metoden, syftes- eller ändamålstolkningen, är mer känd som den teleologiska tolkningen och innebär att en bestämmelse tolkas utifrån dess motiv och skälen bakom lagstiftningen i stort.⁸⁷ I upphandlingsdirektivets skäl 50 anges att med hänsyn till de skadliga effekterna på konkurrensen bör ett förhandlat förfarande utan

⁸⁶ Den engelska versionens ”to justify” och den franska versionens ”pour justifier”.

⁸⁷ Hettne & Eriksson s. 169.

föregående offentliggörande endast användas under exceptionella omständigheter. Undantaget bör begränsas till fall då offentliggörande är omöjligt på grund av att synnerlig brådskan föreligger. Av andra stycket i skäl 50 framgår att upphandlande myndigheten bör motivera varför det inte finns några rimliga eller möjliga alternativ till att genomföra en upphandling utan konkurrens.

Offentliggörande bör således vara *omöjligt* på grund av synnerlig brådskan till följd av omständigheter som den upphandlande myndigheten inte har kunnat förutse och som inte kan tillskrivas myndigheten. I en ändamålstolkning framstår möjligheten att tillämpa undantaget, mot bakgrund av direktivet, som mycket liten. Det är upp till den upphandlande myndigheten att visa att en sådan exceptionell undantagssituation faktiskt var vid handen när bestämmelsen om brådskan tillämpades.

3.2.4 *Slutsats*

Utifrån tolkningen av 6 kap. 15 § LOU i ljuset av artikel 32.2 (c) upphandlingsdirektivet har vissa skillnader noterats, både i formulering och ordval, som gör att den brådskan som stadgas i direktivet i viss mån framstår som strängare än den svenska lydelsen. När direktivets engelska, franska och svenska version jämförs hittas inga utmärkande betydelskillnader. I den systematiska tolkningen noterades att bestämmelsen bär en undantagsroll för direktivet.

Både genom den systematiska och den ändamålsenliga tolkningen kan bestämmelsen anses utgöra ett verkligt och exceptionellt undantag från direktivets huvudsakliga annonseringsskyldighet. Som nämnts inledningsvis bör undantag tolkas restriktivt. Det är vidare den upphandlande myndigheten som har att visa att förutsättningarna för undantaget är uppfyllda när myndigheten väljer att teckna en direktupphandling över direktupphandlingsgränsen. Kapitlets resterande del ägnas åt att granska bestämmelsens delar.

3.3 Oförutsedda och icke-tillskrivbara omständigheter

3.3.1 *Myndighetsbeslut kan förutses*

En av förutsättningarna för synnerlig brådskan i 6 kap. 15 § LOU är att de omständigheter som orsakar brådskan ska vara oförutsebara. Två avgöranden från EU-domstolen som båda berör arbeten på floder belyser tolkningen av förutsebarhet: C-385/02 Kommissionen mot Italien och C-318/94 Kommissionen mot Tyskland. I det förstnämnda målet hade det omtvistade kontraktet tecknats mellan en leverantör och den italienska myndigheten

Magistrato per il Po di Parma i syfte att vidta åtgärder som skulle öka säkerheten för de områden som berördes av översvämningar från floden Parma och dess bifloder.⁸⁸ Avtalen ifråga hade slutits löpande utan någon föregående annonsering. Den italienska regeringen ansåg att det var brådskande att färdigställa arbetena för att undvika översvämningar.⁸⁹

EU-domstolen konstaterade att de ursprungliga arbetena vidtogs på 1980-talet och att myndigheten redan vid projektstarten vetat om att projektet skulle genomföras i flera delar.⁹⁰ Enligt EU-domstolen kunde den påtalade brådskan inte hänföras till oförutsedda omständigheter utan till myndighetens bristfälliga organisation av arbetet.⁹¹

Det andra målet, C-318/94, gällde muddringar av floden Ems. Kontraktet för att utföra arbetena hade tecknats av den tyska vatten- och sjöfartsmyndigheten utan någon föregående annonsering eftersom den ursprungliga upphandlingen försenats på grund av att godkännandet som krävdes enligt tysk lagstiftning inte lämnades av regeringen i Weser-Ems.⁹² Enligt EU-domstolen var den omständigheten att en instans som hade att godkänna förfarandet kom med sådana invändningar som den hade rätt till, inom den utsatta tiden, ingen oförutsedd omständighet i direktivets bemärkelse.⁹³

Även i mål C-394/02 rörde det sig om brådskan till följd av ett myndighetsgodkännande. I målet hade det omtvistade kontraktet av transportbandsystem för att transportera aska från ett värmekraftverk till en gruva tecknats mellan det grekiska offentliga företaget DEI och företaget Koch/Metka. En förutsättning för upphandlingen var ett erhållande av ett godkännande från miljömyndigheten. Godkännandet gällde bara under vissa tidsfrister varför DEI genomförde en upphandling utan annonsering.⁹⁴ Enligt EU-domstolen fanns det tid för att genomföra en upphandling med annonsering.⁹⁵ Någon kvalificerad brådskan förelåg därför inte.

Från både Ems-målet och DEI-målet får jag uppfattningen av att exempelvis ett myndighetsbeslut från en annan instans inte kan utgöra en sådan omständighet som orsakar brådskan. Ett mål i linje med nämnda uppfattning är HFD 2017 ref. 66. Omtvistat i målet var de inköp av konsultstöd som Statens servicecenter hade gjort från PwC under tiden då servicecentret inledde sin verksamhet. HFD konstaterade att brådskan som

⁸⁸ C-385/02 p. 15.

⁸⁹ C-385/02 p. 25.

⁹⁰ C-385/02 p. 27.

⁹¹ C-385/02 p. 28.

⁹² C-318/94 p. 2–5.

⁹³ C-318/94 p. 15 och 20.

⁹⁴ C-394/02 p. 8.

⁹⁵ C-394/02 p. 43 och 44.

uppkom för att få myndigheten funktionsduglig berodde på den snäva tidsram som regeringen satt upp för myndighetens etablering. Enligt HFD kunde regeringsbeslutet om att inleda en ny verksamhet inte i sig utgöra en sådan oförutsedd omständighet som motiverade en direktupphandling. Min uppfattning är att nämnda mål illustrerar att vissa beslut, trots att de resulterar i brådska, inte tycks kunna utgöra oförutsebara omständigheter som kan konstruera synnerlig brådska i 6 kap. 15 § LOU:s bemärkelse.

Sammanfattningsvis kan inte förutsebara omständigheter, exempelvis regeringsbeslut eller godkännandebeslut från en annan myndighet, konstruera brådska. Trots att den upphandlande myndigheten kan anses vara i en brådskande situation krävs det att omständigheterna för brådskan inte beror på myndighetens egen organisation eller oförmåga, vilket kommer utvecklas vidare i det fjärde kapitlet. Nästa avsnitt undersöker hur möjligheten att vidta ett annonserat förfarande påverkar förekomsten av brådska.

3.4 Tidsfristerna kan omöjligen följas

3.4.1 Annonsering har inte kunnat genomföras

I 6 kap. 15 § LOU stadgas att det förhandlade förfarandet utan någon föregående annonsering får användas om det på grund av synnerlig brådska är omöjligt att hålla de tidsfrister som gäller vid ett öppet och selektivt förfarande eller vid ett förhandlat förfarande med föregående annonsering.

Tidsfristerna stadgas i 11 kap. LOU och ger uttryck för den minsta tiden som behöver föreligga mellan en myndighets annonsering av upphandlingen och den sista dagen för anbudsgivningen. Det är enbart tidsfrister för det öppna, selektiva och förhandlade förfarande med föregående annonsering som nämns i 6 kap. 15 § LOU. Övriga upphandlingsförfaranden saknar en central konkurrensutsättning och kan därför bara användas under vissa förutsättningar som särskilt stadgas i respektive paragraf.⁹⁶

Den upphandlande myndigheten har enligt 11 kap. 1 § LOU flera saker att beakta vid beräkningen av tidsfristerna. Särskild hänsyn ska tas till hur komplicerad upphandlingen är samt hur lång tid som leverantörerna kan anses behöva för att utarbeta anbudssökningen eller anbudet. När en tidsfrist kortas ska hänsyn alltid tas till upphandlingens komplexitet.⁹⁷ En alltför kort tidsfrist kan, trots att den överensstämmer

⁹⁶ I 6 kap. 1 § LOU nämns de sex förfarandena som finns tillgängliga: öppet, selektivt, förhandlat med eller utan föregående annonsering, konkurrenspräglad dialog eller innovationspartnerskap. Enligt prop. 2015/16:195 s. 494 ska det förfarande väljas som passar den aktuella situationen bäst.

⁹⁷ Prop. 2015/16:195 s. 636 och s. 1060.

med de stadgade fristerna, bli föremål för en överprövningsprocess.⁹⁸ De ordinarie tidsfristerna är minst 35 dagar för det öppna förfarandet och 30 dagar för det selektiva och förhandlade förfarandet, enligt 11 kap. 2 och 3 §§ LOU. Om det på grund av tidsbrist är omöjligt att tillämpa de ordinarie tidsfristerna kan tiden bestämmas till minst 10 respektive 15 dagar för att komma in med ett anbud, enligt 11 kap. 10 § LOU. Enligt upphandlingsdirektivets skäl 46 behöver det inte vara frågan om brådska som uppstått till följd av oförutsedda omständigheter men det anges i förarbetena att myndigheten inte själv ska ha bidragit till brådskan.⁹⁹ Vad som närmare gäller får besvaras i rättspraxis.

EU-domstolen har i flera mål ansett att det förkortade, s.k. påskyndade förfarandet kunnat tillämpas och att myndigheten därför inte befunnit sig i sådan brådska som uppfyller förutsättningarna i 6 kap. 15 § LOU. I mål C-126/03 Kommissionen mot Tyskland ansågs staden München haft möjlighet att genomföra ett selektivt påskyndat förfarande varför villkoren för synnerlig brådska inte ansågs uppfyllda.¹⁰⁰ Målet angick det avtal som slutits utan föregående annonsering mellan den regionala myndigheten i München och företaget Rethmann angående transporten av avfall till ett värmekraftverk.

I ytterligare ett mål, C-107/92 Kommissionen mot Italien, hade Italien inte visat varför det påskyndade förfarandet med konkurrensutsättning varit omöjligt att genomföra.¹⁰¹ Målet rörde en upphandling av en lavinbarriär. Upphandlingen hade vidtagits utan någon annonsering till följd av en ny rapport som påvisat vad som, enligt den italienska regeringen, var oförutsedda risker för förestående laviner. EU-domstolen konstaterade att myndigheten dragit ut på förfarandet i sådan utsträckning att någon synnerlig brådska inte förelåg. Målen illustrerar att brådskan behöver ha varit så allvarlig att det ska ha varit omöjligt att använda annonserade förfaranden. Det faktum att tidsfristerna inte kan hållas visar att myndigheten befunnit sig i allvarlig kvalificerad brådska.

Vid bedömningen av om ordinarie tidsfrister ej kunnat följas anfördes i Kammarrätten Göteborgs mål nr 821–827-12 att de omständigheter som skulle beaktas vid bedömningen var reglerna om förkortade tidsfrister, den tid det tog att författa ett justerat eller nytt förfrågningsunderlag, tiden för att utvärdera inkomna anbud, inställetiden för en ny leverantör samt tiden för en överprövningsprocess. Målet rörde en upphandling av livsmedelsleveranser. Målet illustrerar att ett betydande tidsspänn behövs även vid

⁹⁸ Prop. 2015/16:195 s. 637.

⁹⁹ Prop. 2015/16:195 s. 1066 jmf. Rosén Andersson m.fl. s. 571.

¹⁰⁰ C-126/03 p. 22 och p. 23.

¹⁰¹ C-107/92 p. 13.

tillämpningen av det förkortade förfarandet. Trots att förfarandet i vissa fall kan förkortas från 35 till 10 dagar tyder kammarrättsfallet på att ytterligare tid behöver tas med i beräkningen. Huruvida ytterligare omständigheter behöver beaktas, exempelvis överprövningsprocessen och författandet av ett nytt förfrågningsunderlag, diskuteras vidare i ljuset av EU-rätten i kapitel fem (avsnitt 5.2.4). En intressant fråga i sammanhanget är om och i vilken utsträckning den upphandlande myndigheten är skyldig att vidta ett annonserat förfarande, se nästa avsnitt.

3.4.2 Eventuellt ett mer långtgående krav

Kammarrätten i Sundsvalls mål nr 2279-15 är ett exempel på när domstolen ställer långtgående krav på den upphandlande myndigheten. I målet hade Trafikverkets ursprungliga entreprenadupphandling överprövats och till följd av den utdragna överprövningsprocessen anförde Trafikverket att de hamnat i synnerlig brådska som gjorde det möjligt att direktupphandla.

Enligt kammarrätten hade Trafikverket visserligen inte kunnat förutse den långa överprövningsprocessen men myndigheten var trots det skyldig att vidta alla åtgärder för att undvika upphandlingar utan föregående annonseringar. När HFD i den ursprungliga upphandlingen meddelade prövningstillstånd skulle Trafikverket därför i första hand övervägt om ett förfarande med förkortade tidsfrister kunnat genomföras. Trafikverket hade inte lyckats visa att ett sådant förfarande inte kunnat användas varför brådskan kunde hänföras Trafikverket.

Målet ger uttryck för att långtgående krav kan ställas på den upphandlande myndigheten i fråga om begränsningen av användningen av direktupphandlingar. Domen kan tolkas som att myndigheten under processens gång bör ha uppsikt över processen och ha beredskap för att vidta tillfälliga annonserade upphandlingar när brådska uppkommer. I HFD 2019 ref. 65 angavs att det ”inte fanns tid för att genomföra en upphandling genom ett annonserat förfarande”, men någon utförlig beskrivning av varför myndigheten inte kunnat tillämpa de ordinarie eller förkortade tidsfristerna förekom inte.

Frågan är om myndigheterna någon gång under den pågående överprövningsprocessen ska fråga sig om de genom ett förkortat förfarande kan annonsera en tillfällig upphandling. HFD nämner inte något som tyder på att ett sådant, mer långtgående krav, åligger myndigheten. Det är därför enbart med viss försiktighet som det ibland kan tänkas att ett sådant krav ställs på den upphandlande myndigheten under tiden som leder fram till brådskan.

3.4.3 *Slutsats*

I de fall en upphandlande myndighet har möjlighet att genomföra ett ordinarie eller förkortat förfarande föreligger inte synnerlig brådskan. Det innebär att ett annonserat förfarande alltid i första hand ska genomföras. Vilket ansvar den upphandlande myndigheten har för att undvika en direktupphandling under tiden som leder fram till att synnerlig brådskan uppstår är oklart varför det finns anledning att fördjupa diskussionen av frågan i samband med den EU-rättsliga belysningen i det femte kapitlet (avsnitt 5.2.4).

3.5 Orsakssambandet mellan omständigheten och brådskan

Som anges i kapitlets inledande stycke är en av de fyra förutsättningarna för synnerlig brådskan att det föreligger ett orsakssamband mellan den oförutsebara händelsen och brådskan som följer därav.¹⁰²

Orsakssambandet framgår ofta som ett indirekt faktum och sällan som en omtvistad fråga i målen vilket kan ha bidragit till att förutsättningen inte uttryckligen blir en fråga i de svenska avgörandena om synnerlig brådskan. I HFD 2019 ref. 65 framgick orsakssambandet indirekt när det nämdes att brådskan som uppkom ansågs bero på en oförutsedd omständighet, nämligen den utdragna överprövningsprocessen.

I HFD 2017 ref. 66, om Statens servicecenter, angavs uttryckligen att ett av kraven för synnerlig brådskan var orsakssambandet mellan de omständigheter som inte kunnat förutses och den synnerliga brådskan. Sammanfattningsvis kan sägas att orsakssambandet är uppfyllt när omständigheten i sig konstruerat brådskan. Vidare behöver anskaffningen vara absolut nödvändig.

3.6 Anskaffningen är absolut nödvändig

3.6.1 *Samhällsekonomisk betydelse*

Kravet på att anskaffningen ska vara absolut nödvändig förekommer inte i äldre praxis eftersom omständigheten lagts till senare.¹⁰³ Av upphandlingsdirektivets skäl 41 framgår att direktivet inte bör hindra genomförande av sådana åtgärder som behövs för att skydda allmän ordning, moral och säkerhet, att skydda människors och djurs hälsa och liv. Rosén Andersson m.fl. menar att upphandlingsdirektivets skäl 41 kan tjäna som utgångspunkt för bedömningen av vad som är absolut nödvändigt men att bedömning bör göras utifrån

¹⁰² Se t. ex. C-394/02 p. 40, C-107/92 p. 12.

¹⁰³ Rekvisitet nämns bl.a. i C-107/92, se även Sundstrand s. 18.

omständigheterna i det enskilda fallet.¹⁰⁴ I HFD 2019 ref. 65 p. 47 förtydligades att det är anskaffningen i sig, dvs. kontraktsföremålet som ska vara absolut nödvändig. Upphandlingen i domen avsåg telefoni och bredband. Telefoni och bredband kan tänkas utgöra en grundläggande förutsättning för en myndighet. Utan telefoni kan myndigheten varken kommunicera externt eller internt. Vid ett leveransstopp skulle myndighetens verksamhet snabbt närma sig ett krisläge. Det kan därför anses vara en sådan anskaffning som är absolut nödvändig.

Ytterligare exempel från svensk praxis på anskaffningar som ansetts nödvändiga är skoltransporter, dosdispenserade läkemedel samt basunderhåll av vägar.¹⁰⁵ Ett mål som illustrerade den tvingande hänsynen som stadgas i skäl 41 är Kammarrätten Göteborgs mål nr 821–827-12 som gällde en upphandling av livsmedel för skolor, servicehus och förskolor. Kammarrätten konstaterade att det vid ett leveransstopp av livsmedlen inom en snar framtid skulle uppstå mycket allvarliga följder för människors hälsa varför anskaffningen var absolut nödvändig.

Anskaffningar av vinterväghållning och avfallstjänster ha däremot inte ansetts absolut nödvändiga.¹⁰⁶ Inte heller flytt-, transport- och magasineringstjänster har varit av sådan samhällsekonomisk betydelse eller viktig medicinsk art som krävs för absolut nödvändighet.¹⁰⁷

Sammanfattningsvis kan sägas att anskaffningen bör vara av grundläggande betydelse för den upphandlande myndigheten. En fråga som hänger samman med anskaffningens nödvändighet är frågan om avtalsvillkoren i sig behöver vara nödvändiga.

3.6.2 Bör avtalsvillkoren vara absolut nödvändiga?

I HFD 2019 ref. 65 punkt 47 förtydligas att det är kontraktsföremålet som bör vara absolut nödvändigt men att det i sig inte betyder att avtalets innehåll saknar betydelse. Resonemanget får förstås mot bakgrund av diskussionen som fördes i förvaltningsrätten om att även avtalsvillkoren kunde ses som absolut nödvändiga för att synnerlig brådska skulle föreligga. Förvaltningsrätten hänvisade till Kammarrätten i Stockholms mål nr 6421-15, ett mål som avsåg Stockholms stads direktupphandling av skolskjuts. I målet om skolskjuts ansåg kammarrätten att frågan om absolut nödvändighet inte fick avgöras

¹⁰⁴ Rosén Andersson m.fl. s. 383.

¹⁰⁵ Kammarrätten i Stockholms mål nr 6421-15, Kammarrätten i Göteborgs mål nr 3674-14, Kammarrätten i Sundsvalls mål nr 2279-15.

¹⁰⁶ Kammarrätten i Göteborgs mål nr 3759-11, Kammarrätten i Stockholms mål nr 2118-16.

¹⁰⁷ Kammarrätten i Göteborgs mål nr 7469–7472-11.

enbart mot bakgrund av om det varit absolut nödvändigt för kommunen att ingå avtalet om skolskjuts. Avtalsvillkor såsom avtalstid och eventuella förlängningsoptioner skulle även anses absolut nödvändiga. I målet var avtalets förlängningstid konstruerad på det sättet att avtalet kunde löpa i oändlig tid vilket inte var en absolut nödvändig utformning.

Mot bakgrund av kammarrättsmålet konstaterade förvaltningsrätten i HFD 2019 ref. 65 att det inte var visat att avtalsvillkoren var absolut nödvändiga. Till skillnad från förvaltningsrätten fäste HFD däremot inte fullt så mycket vikt vid avtalsvillkoren utan framförde att det var anskaffningen som skulle vara absolut nödvändig.

Enligt HFD var det enbart vid en tolkning i vilken det framgick att anskaffningen gjordes för att kringgå annonseringen som avtalsvillkoren kunde bidra till att anskaffningen inte ansågs som absolut nödvändig. Trots att HFD öppnar upp för att avtalsvillkoren i vissa fall kan påverka bedömningen berör det huvudsakliga resonemanget anskaffningens nödvändighet, varför det är anskaffningens absoluta nödvändighet som ska bedömas. Enbart i de fall avtalsvillkoren konstruerats för att undgå annonseringen, exempelvis genom användningen av en oproportionerligt lång avtalstid, kan villkoren i sig inverka på bedömningen.

3.6.3 Slutsats

Anskaffningen av telefoni och bredband i HFD 2019 ref. 65 utgjorde en viktig förutsättning för myndighetens verksamhet och kunde därför anses nödvändig. Kontraktsföremålet, alltså anskaffningen i sig, bör vara absolut nödvändigt för att rekvisitet ska uppfyllas, men enligt HFD 2019 ref. 65 saknar inte avtalsvillkoren helt betydelse. I ljuset av upphandlingsdirektivet bör anskaffningen vara av avgörande samhällsekonomisk eller medicinsk betydelse.

3.7 Sammanfattande slutsatser

Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att sådan synnerlig brådskan föreligger som kan motivera en direktupphandling. Direktupphandlingar ska tillgodose ett behov som faktiskt uppstått eller kan förväntas uppstå inom kort. I en tolkning av den svenska bestämmelsen mot bakgrund av direktivet framkommer att brådskan bör vara exceptionell.

Bestämmelsen om synnerlig brådskan bör i ljuset av direktivets skäl enbart tillämpas när det är närmast omöjligt att använda ett annonserat förfarande. Vissa mindre språkliga variationer har identifierats mellan den franska, engelska och svenska versionen av

direktivet men det tycks inte påverka bestämmelsens betydelse. Synnerlig brådska konstateras utifrån fyra förutsättningar; förekomsten av en oförutsedd händelse som inte kan härledas till den upphandlande myndigheten, synnerlig brådska som gör det omöjligt att hålla ordinarie tidsfrister, ett orsakssamband mellan den oförutsedda händelsen och den synnerliga brådskan samt att anskaffningen ska vara absolut nödvändig.

I refererade mål kunde myndighetsbeslut inte utgöra oförutsebara omständigheter. Att tidsfristerna för de annonserade förfarandena inte ska kunnat ha tillämpats kvalificerar brådskan ytterligare. Orsakssambandet framkommer ofta indirekt och har inte i sig blivit föremål för en närmare domstolstolkning. Det är vidare kontraktsföremålet som bör vara absolut nödvändigt, närmast av samhällsekonomisk eller medicinsk betydelse. När alla förutsättningar för synnerlig brådska föreligger kan en direktupphandling företas vilket åsidosätter annonseringsskyldigheten.

I nästa kapitel undersöks svensk praxis för att fastställa gränsen mellan en förutsebar och en oförutsebar omständighet.

4 Överprövningsprocessen som en oförutsebar omständighet

4.1 Introduktion

4.1.1 Kapitlets syfte och disposition

Kapitlet besvarar uppsatsens andra frågeställning: När kan en överprövning utgöra en oförutsedd omständighet enligt svensk praxis? För att besvara frågeställningen analyseras sex kammarrättsmål i ljuset av HFD 2019 ref. 65. Mot bakgrund av praxisanalysen diskuteras var gränsen går mellan en förutsedd och en oförutsedd överprövningsprocess.

Genom analysen identifieras viktiga aspekter för när överprövningen kan anses oförutsebar. De aspekter som har betydelse för bedömningen och därför ägnas utrymme i kapitlet är myndighetens planering av upphandlingarna, domstolens handläggningstid, prövningen i en instans, affärsmässiga skäl och de tillfälliga avtalens omfattning. Slutligen diskuteras prövningens effektivitet. Kapitlet avslutas med en sammanfattning.

Syftet med kapitlet är att undersöka vilket utrymme det finns för att vidta en direktupphandling till följd av en överprövningsprocess i svensk praxis. Följande avsnitt ägnas åt det s.k. Telia-målet, HFD 2019 ref. 65.

4.1.2 Direktupphandlade avtal för telefoni i HFD 2019 ref. 65

Bakgrunden till HFD 2019 ref. 65 var att kommunförbundet Skåne tillsammans med ett flertal andra myndigheter under 2016 hade genomfört en upphandling av ett ramavtal för fast och mobil telefoni. Upphandlingen skulle tillgodose myndigheternas behov när det befintliga avtalet med Telenor Sverige AB löpte ut den 15 oktober 2017.

I upphandlingen tilldelades Telia ramavtalet. Telenor ansökte om överprövning och målet vandrade från förvaltningsrätten till kammarrätten för att slutligen avvisas av HFD den 16 april 2018. Under överprövningsprocessen löpte det befintliga ramavtalet ut och flera av myndigheterna tecknade då tillfälliga kontrakt för att täcka de behov som var föremål för överprövningen. I HFD prövades om de tillfälliga avtalen utgjorde tillåtna direktupphandlingar på grund av att förutsättningarna för synnerlig brådska i 6 kap. 15 § LOU var uppfyllda. Enligt HFD, i punkt 52, framgick att den annonserade upphandlingen av ramavtal påbörjades i juni 2016 vilket ansågs vara i tillräckligt god tid för att ett nytt ramavtal skulle kunna ingås när det befintliga ramavtalet med Telenor upphörde att gälla den 15 oktober 2017. Den brådska som uppkom i oktober 2017 fick därmed anses ha

berott på en för myndigheterna oförutsedd omständighet, nämligen den utdragna överprövningsprocessen. Gränsen mellan en förutsebar omständighet och en oförutsebar omständighet hade passerats. Det var cirka sexton månader från det att upphandlingen påbörjades tills det befintliga ramavtalet upphörde att gälla. Myndigheten kunde därför inte förutse att en överprövningsprocess skulle dra ut så mycket på tiden och HFD ansåg att myndigheten uppfyllt sin del i förfarandet och ägnat tillräcklig tid åt planeringen.

Processen kunde inte tillskrivas eller förutses av myndigheten och det rörde sig därmed om tillåtna direktupphandlingar. I ljuset av HFD 2019 ref. 65 analyseras kammarrättspraxis nedan. I det första stycket presenteras tre mål i vilka brådska saknades.

4.2 Synnerlig brådska saknades – tre kammarrättsmål

4.2.1 Hörapparater, skolskjuts och elevresor

I tre mål, ett om hörapparater och två om skolskjuts, kunde synnerlig brådska inte konstateras. I det första målet, Kammarrätten i Göteborgs mål nr 1501-10, överprövades Region Skånes upphandling av hörapparater (nedan benämnt ”hörapparatsmålet”). Den ursprungliga upphandlingen av hörapparater hade överprövats strax innan anbudstiden gått ut och som följd hade Region Skåne direktupphandlat ett avtal i syfte att säkerställa regionens behov fram till dess att en ny upphandling hunnit genomföras.

Enligt kammarrätten var förekomsten av en aktuell överprövningsprocess en omständighet som den upphandlande myndigheten var tvungen att räkna med och i vart fall ta hänsyn till vid planeringen av upphandlingen. Tidsnöden fick därför tillskrivas bristande planering från den upphandlande myndighetens sida och någon rätt att använda det förhandlade förfarandet utan föregående annonsering förelåg inte. Mellan annonseringen av den ursprungliga upphandlingen och den planerade avtalsstarten var det drygt fyra månader.¹⁰⁸

I nästa mål, Kammarrätten i Göteborgs mål nr 784-10 (härefter ”Ellös Buss-målet”), hade ett tillfälligt kontrakt tecknats för att täcka höstterminens behov av skolskjuts eftersom den ursprungliga upphandlingen överprövats. Ellös Buss ansökte om överprövning av den nya tilldelningen och menade att den utgjorde en otillåten direktupphandling. Enligt kammarrätten var det förutsebart att upphandlingar av det aktuella slaget och i den omfattningen kunde komma att överprövas varför den upphandlande myndigheten vid sin planering var tvungen att ta i beaktande den tidsutdräkt som en överprövning kunde med-

¹⁰⁸ Av förvaltningsrättens dom framkommer att annonsering skedde den 29 oktober 2009, sista anbudsdag var den 14 december 2009 och planerad avtalsstart var den 15 februari 2010.

föra. Den brådska som kommunen åberopade var därför förutsebar och berodde på kommunens egen bristande planering. Tilldelningsbeslutet i den ursprungliga upphandlingen hade fattats den 28 april vilket innebar att knappt fyra månader fanns tillgängliga innan driften skulle vara igång.¹⁰⁹

Den sista målet, Kammarrätten i Sundsvalls mål nr 1480-20, gällde Specialpedagogiska skolmyndighetens (SPSM) upphandling av elevresor (härefter ”Cabonline-målet”). Upphandlingen överprövades av Cabonline och i väntan på avgörandet ingick SPSM den 10 juni 2019 ett avtal med Trendtaxi utan någon föregående annonsering. Kammarrätten konstaterade att en överprövning som utgångspunkt kunde förutses. En överprövning som däremot i betydande omfattning översteg den genomsnittliga tidsåtgången var i normalfallet inte en omständighet som kunde förutses. Det fanns, enligt kammarrätten, inte något entydigt svar på hur lång tid som skulle beaktas vid planeringen av upphandlingen, men i vart fall en prövning i en instans skulle planeras för.

Kammarrätten bedömde, mot bakgrund av upphandlingens art, omfattning och komplexitet samt den statistik över genomsnittliga handläggningstider som fanns tillgänglig vid anbudsutvärderingen, att SPSM inte hade uppfyllt de högt ställda kraven på planering. Den tillfälliga upphandlingen ansågs därför otillåten, men fick trots det bestå till följd av tvingande allmänintresse.

I den ursprungliga upphandlingen var det ungefär fyra månader mellan annonseringen och tilldelningsbeslutet.¹¹⁰ Slutlig tilldelning skulle vara klar senast i maj alternativt i början av juni, vilket var sju månader från annonseringen av den ursprungliga upphandlingen. Nedan följer en sammanfattande analys av målen.

4.2.2 Fyra månader var för kort tid

I hörapparatmålet var det drygt fyra månader mellan annonseringen och den planerade avtalsstarten. I Ellös Buss-målet konstaterade kammarrätten att det efter tilldelningsbeslutet fanns ett utrymme på knappt fyra månader innan driften var igång. Brådskan kunde därför tillskrivas kommunen. I Cabonline-målet fanns fyra månader tillgängliga mellan annonseringen och tilldelningsbeslutet. Både i hörapparatmålet och i Cabonline-målet fäste kammarrätten vikt vid annonseringen som första punkt för tidsbedömningen.

¹⁰⁹ Annonsering skedde den 6 februari 2009, sista anbudsdag var den 2 april 2009 och tilldelningsbeslutet var daterat den 28 april 2009.

¹¹⁰ Annonsering skedde den 13 november 2018, sista anbudsdag var den 14 december 2018 och beslut om tilldelning fattades den 12 februari 2019.

I Ellös Buss-målet utgjorde tilldelningsbeslutet den första punkten som domstolen fäste vikt vid. I hörapparats- och Cabonline-målet användes avtalsstart alternativt driftstart som slutpunkt. I Ellös Buss-målet utgjorde tilldelningsbeslutet den sista bedömningspunkten.

Mellan vilka tidpunkter bedömningen bör göras och vad som inverkar på tiderna går inte att med säkerhet utläsa från målen. Det kan tänkas leda till svårigheter för den upphandlande myndigheten. Hur ska en myndighet veta att tillräcklig tid tagits i beaktan för en överprövningsprocess när domstolens bedömning av tidsspannet skiljer sig så mycket åt i olika mål? Trots att det inte framgår explicit av domskälen kan det tänkas att kammarrätten gjort en bedömning av upphandlingen som helhet och inte fäst vikt vid vissa specifika tidpunkter. Med det i åtanke kan det tänkas vara av mindre betydelse att det antingen är tilldelningsbeslutet *eller* avtalsstarten som används som slutpunkt.

Frågetecken kvarstår dock rörande tidsberäkningen. Exempelvis hade kammarrätten kunnat komma fram till att det förelåg omkring sju respektive nio månader i Ellös Buss och Cabonline-målet om tiden mellan annonsering och avtalsstart uppmärksammades istället för de fyra månaderna mellan tilldelningsbeslutet och avtalsstarten.

Det kan alltså konstateras att fyra månader mellan annonseringen och tilldelningsbeslutet alternativt mellan tilldelningsbeslutet och avtalsstarten ansågs vara för kort tid för att myndigheten skulle ha uppfyllt sin planeringsskyldighet. Den utdragna överprövningsprocessen kunde därför tillskrivas myndighetens bristande planering och processen ansågs förutsebar. I nästa avsnitt redogörs för tre mål i vilka överprövningen ansetts oförutsebar.

4.3 Synnerlig brådska förelåg – tre kammarrättsmål

4.3.1 Trafikuppdrag, livsmedel och trafikupphandling

I tre kammarrättsavgöranden kunde synnerlig brådska konstateras. Kammarrätten i Göteborgs mål nr 5455-09 rörde Skånetrafikens tillfälliga avtal beträffande trafikuppdragen Hässleholm, Landskrona, Trelleborg och Österlen (härnedan ”trafikuppdragsmålet”). De tillfälliga avtalen hade tecknats efter att den ursprungliga upphandlingen överprövats. Enligt kammarrätten låg möjligheten att genomföra tillfälliga avtalslösningar till dess att överprövningen accepterades i sakens natur eftersom det var fråga om omfattande trafikupphandlingar i vilka det krävdes ett betydande mått av planering från såväl upphandlande myndighetens som den valda entreprenörens sida. Kammarrätten ansåg att överprövningsprocessen var så svårberäknad att en viss tidsrymd eller ett visst antal månader inte kunde vara avgörande för om ett tillfälligt avtal skulle godkännas

eller ej. Mot den bakgrunden ansågs synnerlig brådska föreligga. I den ursprungliga upphandlingen var det drygt åtta månader mellan annonseringen och tilldelningsbeslutet.¹¹¹ I Kammarrätten Göteborgs mål nr 821–827-12 (nedan ”livsmedelsmålet”) överprövades en upphandling som genomförts för att tillgodose kommunernas behov av livsmedel för skolverksamhet, servicehus och daghem.

Lysekils kommun m.fl. ansåg sig ha hamnat i brådska till följd av överprövningen och tecknade därför ett tillfälligt avtal med Svensk Cater AB. Menigo Foodservice invände mot avtalet. Kammarrätten konstaterade i likhet med tidigare mål att överprövningsprocessen som utgångspunkt kunnat förutses och tillade att det mot bakgrund av unionsrätten ankom på den upphandlande myndigheten att vidta alla nödvändiga åtgärder för att undgå ett upphandlingsförfarande utan föregående annonsering. Någon skyldighet för den upphandlande myndigheten att vidta åtgärder under processens gång förelåg däremot inte eftersom det redan vid förvaltningsrättens dom förelåg synnerlig brådska. Annonseringen skedde cirka tio månader innan den planerade avtalsstarten.¹¹²

Det sista målet, Kammarrätten i Sundsvalls mål nr 1943-14 (nedan ”Dalamålet”), gällde en trafikupphandling som Dalatrafiken genomfört. Det ursprungliga avtalet överprövades och förvaltningsrätten beslutade att upphandlingen skulle göra om. Under tiden då upphandlingen gjordes om tecknade Dalatrafiken avtal med Keolis för att täcka periodens behov. Nobina yrkade på att avtalet skulle ogiltigförklaras.

Kammarrätten ansåg att sex veckor för en överprövningsprocess var för kort tid men att så mycket som tio månader inte behövde avsättas. Med hänsyn till att ungefär 20 procent av förvaltningsrätternas avgöranden överklagades till kammarrätterna borde i vart fall tiden för en tvåinstansprövning tagits med i beräkningen, med beaktan av upphandlingens art, omfattning och komplexitet. Av affärsmässiga skäl var ett utdraget upphandlingsförfarande däremot mindre lämpligt. En tvåinstansprövning som i betydande mån överskred den genomsnittliga tidsåtgången kunde inte förutses av upphandlande myndighet, vilket var fallet i målet, varför synnerlig brådska möjliggjorde Dalatrafikens direktupphandling. I Dalatrafikens ursprungliga upphandling hade sju månader avsatts för en möjlig överprövningsprocess. Nämda mål gör bilden av förutsebarhet i fråga om en överprövningsprocess mer komplex, vilket undersöks nedan.

¹¹¹ Upphandlingen annonserades den 19 juni 2008, upplysning om tilldelningsbeslutet lämnades den 4 mars 2009.

¹¹² Annonsering skedde den 12 april 2011, upphandlingen överprövades i maj 2011 vilket var cirka 9 månader innan planerad avtalsstart. Mellan annonsering och avtalsstart var det då cirka 10 månader.

4.3.2 Mellan sju och tio månader var tillräckligt med tid

I trafikuppdragsmålet förelåg mer än åtta månader mellan annonsering och tilldelning. I livsmedelsmålet förelåg cirka tio månader mellan annonsering och den beräknade avtalsstarten. I Dalamålet hade höjd tagits för en överprövningsprocess på sju månader. Även här märks att domstolen utgått från olika tidpunkter när tidsspannen bedömts.

Vid en jämförelse med de tidigare nämnda målen i vilka brådska inte kunde konstateras är tidsspannet längre i de mål i vilka brådska kunnat konstaterats. I tidigare nämnda mål ansågs fyra månader för kort tid mellan annonsering och tilldelning alternativt mellan tilldelning och avtalsstart. Slutsatsen för innevarande avsnitt är att det i målen funnits mellan sju och tio månader tillgängliga för en överprövningsprocess.

I ljuset av HFD 2019 ref. 65 bör sju till nio månader vara tillräckligt med tid avsatt för en överprövningsprocess. Överskrider överprövningsprocessen nämnda tid betraktas den som en oförutsebar omständighet. I HFD-målet framgick att den ursprungliga upphandlingen påbörjades i juni 2016 vilket var tillräckligt lång tid till dess att det befintliga ramavtalet med Telenor upphörde att gälla den 15 oktober 2017 (cirka sexton månader). HFD konstaterade att brådska förelåg i oktober 2017. Trots att tidsspannen stämmer överens med vad som framkommit i kammarrätten komplicerar HFD:s formulering frågan ytterligare.

I de flesta kammarrättsfall har tidpunkten för annonsering varit utgångspunkten för tidsberäkningen. I HFD 2019 ref. 65 anges tiden från när upphandlingen *påbörjades*. Ehn, Nordberg och Svensson är av uppfattningen att det är tiden för själva prövningen i domstol som myndigheten bör planera för.¹¹³ Relevant för bedömningen bör enligt författarna vara tidsrymden mellan tilldelningsbeslutet och avtalsstarten.

Tiden mellan tilldelningsbeslutet och avtalsstarten i HFD 2019 ref. 65 går att utläsa från underrätterna och uppgår till drygt elva månader¹¹⁴, ett tidsspänn som aldrig nämndes uttryckligen i HFD. Det är olyckligt eftersom det kan få konsekvenser för vad myndigheterna beaktar vid planeringen. Innebär det att den upphandlande myndigheten kan påbörja en upphandling, sedan lägga den i byrålådan ett tag, och därefter ta upp och annonsera den och då inte behöva beakta lika lång tid för att ”ta höjd” för en överprövningsprocess? Eller räcker det att annonsera för att upphandlingen ska ha fått en konkret form och därmed anses påbörjad? Det framkommer indirekt i HFD 2019 ref. 65 att det

¹¹³ Ehn, Nordberg och Svensson s. 1.

¹¹⁴ Tilldelningsbeslutet fattades den 18 november 2016 och det nya avtalet skulle börja löpa den 16 oktober 2017.

funnits tid mellan annonseringen/tilldelningen och avtalsstarten med tanke på att cirka sexton månader fanns tillgängligt mellan påbörjandet och att avtalet upphörde att gälla. Däremot är det olyckligt att domstolen inte tydligare konkretiserade tillämpningen.

Mot bakgrund av praxisgenomgången ägnas nästa avsnitt åt att analysera några av de aspekter som i ovan nämnda mål fick betydelse för domstolens bedömning.

4.4 Aspekter som påverkar processens förutsebarhet

4.4.1 Avsnittets syfte och disposition

Mot bakgrund av kammarrättspraxis och HFD 2019 ref. 65 framträder vissa aspekter som tycks ha betydelse för bedömningen av förutsebarhet. Syftet med avsnittet är att belysa aspekterna för att slutligen besvara frågan om var gränsen går mellan en förutsebar och en oförutsebar omständighet.

I avsnittet analyseras följande: antal instanser och vilka handläggningstider myndigheten bör ta hänsyn till vid sin planering av upphandlingen, affärsmässiga skäl som motiverar ett kortare förfarande samt omfattningen av de direktupphandlade avtalen.

4.4.2 Höga krav ställs på myndighetens planering

Som framkommit i praxis ställs höga krav på den upphandlande myndighetens planering av och inför en upphandling. Det är bara genom en tillräcklig planering som myndigheten kan tillämpa direktupphandling till följd av en överprövningsprocess, eftersom processen då är utanför myndighetens kontroll och varken kan tillskrivas eller förutses av myndigheten. Genom att planera upphandlingen i tillräckligt god tid kan myndigheten anses uppfylla sina skyldigheter enligt upphandlingslagstiftningen. Myndigheten tycks då ha ”gjort sitt” och kan inte tillskrivas den utdragna processen.

En fråga som har visat sig få betydelse för förekomsten av synnerlig brådska är om myndigheten har begränsat risken för direktupphandling. Exempelvis konstaterade Kammarrätten Sundsvall i mål nr 2279-15, gällande Trafikverkets entreprenad-upphandling, att den upphandlande myndigheten var skyldig att vidta alla åtgärder för att undvika upphandlingar utan föregående annonseringar. Redan när HFD meddelade prövningstillstånd skulle Trafikverket ha övervägt att genomföra en tillfällig annonserad upphandling. Eftersom Trafikverket inte kunde visa att så hade gjorts förelåg inte förutsättningarna för synnerlig brådska.

Ett likartat resonemang fördes i livsmedelsmålet i vilket kammarrätten anförde att unionsrätten krävde att alla nödvändiga åtgärder vidtogs för att undgå en upphandling

utan annonsering. I målet hade brådskan däremot redan uppkommit i ett tidigt skede av processen och den tillfälliga upphandlingen fick godtas. Av resonemangen i målen framstår det närmast som att den upphandlande myndigheten under en överprövningsprocess ständigt har att bevaka risken för att processen drar ut på tiden och i så fall teckna ett tillfälligt annonserat avtal. Det skulle enligt nämnda mål föreligga en skyldighet för myndigheten att under överprövningsprocessens gång vidta en annonserad tillfällig upphandling och bara om det övervägts och visats att det varit omöjligt kunde synnerlig brådska föreligga.

Det går att ifrågasätta om en sådan skyldighet verkligen föreligger. Resonemanget får förstås som en tolkning av 6 kap. 15 § LOU eftersom det i bestämmelsen stadgas att tidsfristerna ska vara omöjliga att hålla för att synnerlig brådska ska föreligga. I HFD 2019 ref. 65 nämndes i punkt 51 att det inte ”fanns tid att genomföra en upphandling genom ett annonserat förfarande”. Däremot uttalade inte HFD något som med tydlighet pekar på att den upphandlande myndigheten under tiden som leder fram till brådskan borde ha övervägt att vidta ett annonserat förfarande. Ett sådant resonemang kan däremot föras mot bakgrund av unionsrätten vilket görs i det femte kapitlet.

Slutsatsen blir att det visserligen ställs höga krav på myndighetens planering men att det inte uttryckligen kan innefatta en skyldighet att under överprövningsprocessen vidta annonserade upphandlingar. Nedan fördjupas analysen av myndighetens planeringskrav.

4.4.3 Hänsyn bör tas till en instans

Som nämnts i avsnitt 4.3.2 framgår det av kammarrättspraxis och HFD 2019 ref. 65 att antalet månader som behöver beaktas för en överprövningsprocess kan anses vara mellan sju och tio månader. Överskrider överprövningen nämnda tidsspann räknas det som en oförutsedd omständighet. Frågan är hur denna tid förhåller sig till antalet instanser som ska beaktas vid planeringen. I Ellös Buss-målet från år 2010 inhämtade kammarrätten ett yttrande från Konkurrensverket. I yttrandet angavs att den upphandlande myndigheten i vart fall behövde ta en tvåinstansprövning i beaktan vid beräkningen av tidsrymden för processen. I Cabonline-målet från år 2020 framförde kammarrätten att Konkurrensverket ersatt det tidigare uttalandet om två instanser med ett nytt yttrande.¹¹⁵

I det nya yttrandet ansågs den upphandlande myndigheten efter cirka 100 dagar ha möjlighet att upphandla utan föregående annonsering, om processen i domstol drog ut på

¹¹⁵ Konkurrensverkets yttrande dnr 22/2015 den 22 maj 2015 över betänkandet SOU 2015:12.

tiden. Handläggningstiderna var när det nya yttrandet antogs mellan 1,9 och 2,3 månader. Kammarrätten konstaterade att utgångspunkten för den upphandlande myndighetens planering av tidsåtgången borde vara en överprövningsprocess i en instans men att bedömningen fick göras i det enskilda fallet utifrån aktuella handläggningstider tillsammans med upphandlingens komplexitet, art och omfattning.

Cabonline-målet avgjordes efter HFD 2019 ref. 65. I HFD-målet uttalades inget uttryckligen om hur många instanser eller hur lång tid som behövde beaktas. Trots att kammarrättens resonemang i Cabonline-målet inte är prejudicerande anser jag att det på ett bra vis sammanfattar det rättsläge som framkommit vid en översyn av praxis i ljuset av HFD 2019 ref. 65. Eftersom det krävs prövningstillstånd till kammarrätten och därför inte är sannolikt att varje mål når kammarrätten framstår det som oskäligt att myndigheten ska behöva räkna med en prövning i två instanser. Däremot kan det, precis som framförts i Cabonline-målet, krävas att myndigheten bedömer upphandlingens art med stor noggrannhet eftersom en komplex upphandling i överprövningsbenägna branscher kan medföra en större sannolikhet för att målet prövas i två instanser. Genom att ta hänsyn till upphandlingens art kan myndigheten förutse sannolikheten för en utdragen överprövning.

Intressant i sammanhanget är det lagförslag som lämnats om att förtydliga paragrafen om synnerlig brådska genom att i lagtext ange att överprövning i en instans är något som kan förutses av den upphandlande myndigheten.¹¹⁶ Vid en utvärdering av lagförslaget ansågs det inte finnas skäl för en sådan specificering eftersom myndighetens planering även berodde på ärendets art och komplexitet tillsammans med domstolens handläggningstider. Förslaget visar att frågan i många fall leder till bedömningssvårigheter och förtjänar att utredas vidare.

Den slutsats som kan dras är att den upphandlande myndigheten för att fullgöra de höga krav som ställs på planering som utgångspunkt ska ta hänsyn till prövningen i en instans men även beakta upphandlingens komplexitet, art och omfattning.

4.4.4 De genomsnittliga handläggningstiderna kan beaktas

I ovan nämnda Cabonline-mål ägnades ett stort utrymme åt bedömningen av domstolens handläggningstider. Trots att kammarrätten kom fram till att det räckte att beakta en instans är det fortfarande inte helt tydligt hur beräkningen av den tiden bör göras. Enligt Lavér och Svensson är en relevant fråga om myndigheten bör ta hänsyn till att hand-

¹¹⁶ Utkast till lagrådsremiss En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar s. 60.

läggningstiderna skiljer sig åt i domstolar runt om i landet.¹¹⁷ Författarna anser att det rimligaste bör vara att ta hänsyn till den genomsnittliga handläggningstiden. Under 2020 var den genomsnittliga handläggningen för mål som prövades i sak i en instans mellan 4 och 5 månader.¹¹⁸ Lavér och Svensson frågar sig i artikeln om det är rimligt att räkna med genomsnittliga handläggningstider när de faktiska tiderna varierar i stor utsträckning.

Som ett exempel på detta är handläggningstiden när uppsatsen skrivs under våren 2021 knappt tre månader för prövningen i Stockholms förvaltningsrätt, fem till nio månader för prövning i Göteborgs förvaltningsrätt och fyra månader för en prövning i Malmö förvaltningsrätt.¹¹⁹ Jag instämmer med författarnas uppfattning att det kan anses främmande att en myndighet i Stockholm bör ta fem månaders tidsåtgång i beaktan för en överprövningsprocess trots att den faktiska processen tar högst tre månader. Något som däremot talar för en användning av genomsnittliga tider är att det blir mer jämlikt och mer förutsebart för samtliga myndigheter.

Ytterligare en fråga som Lavér och Svensson ställer är vid vilken tid den upphandlande myndigheten bör kontrollera vad som utgör den genomsnittliga handläggningstiden. Författarna föreslår att det bör göras i god tid innan upphandlingen påbörjas och inte som gjorts i Cabonline-målet; vid anbudsutvärderingen. Det är en klok uppfattning. Skulle handläggningstider beaktas först vid anbudsutvärderingen hade det varit ”för sent” för myndigheten att justera tiden för upphandlingen och i vissa fall skulle myndigheten misslyckas med att genomföra upphandlingen i tillräckligt god tid inför avtalsstart.

En närliggande fråga är vad som händer med eninstansprövningen om handläggningstiderna plötsligt förkortas, exempelvis till följd av de förslag för att effektivisera processen som utreds. Frågan är om det skulle innebära att domstolen justerar sitt resonemang och återgår till att två instanser bör tas i beaktan. Min uppfattning är att så skulle kunna vara fallet eftersom frågan om förutsebarhet förhåller sig till vad som är en utdragen process. En snabb och effektiv process skulle sällan leda till att synnerlig brådskande kunde konstateras redan efter prövning i en instans. Om handläggningen kortas kan det tänkas att det inte krävs att prövningen drar ut så mycket på tiden för att processen

¹¹⁷ Lavér & Svensson s. 3.

¹¹⁸ Statistik om offentlig upphandling 2020 s. 159–169.

¹¹⁹ Samtliga tider är hittade på respektive förvaltningsrätts hemsida, Stockholm <https://www.domstol.se/forvaltningsratten-i-stockholm/om-forvaltningsratten/aktuellt/handlaggningstider/> Göteborg <https://www.domstol.se/forvaltningsratten-i-goteborg/om-forvaltningsratten/aktuellt/handlaggningstider/> och Malmö <https://www.domstol.se/forvaltningsratten-i-malmo/om-forvaltningsratten/aktuellt/handlaggningstider/>.

skulle utgöra en oförutsebar omständighet. Vid kortare genomsnittliga handläggningstider kan det vara rimligt att myndigheten inte tar lika lång tid i beaktan när upphandlingen planeras, eftersom bedömningen av vad en ”utdragen process” då har förändrats. Som slutsats talar mycket för att den upphandlande myndigheten vid sin planering av upphandlingen bör ta hänsyn till de befintliga genomsnittliga handläggningstiderna för överprovningen i en instans trots att en sådan skyldighet inte uttryckligen uttalats av HFD. I nästa avsnitt analyseras effekterna av ett långt upphandlingsförfarande.

4.4.5 Affärsmässiga skäl talar för ett kortare förfarande

I Dalamålet ansågs ett alltför utdraget upphandlingsförfarande av affärsmässiga skäl vara mindre lämpligt. Enligt kammarrätten kunde ett långt förfarande innebära att anbudsgivare kompenserade sig för den osäkerhet som förelåg genom att höja priset i anbuden. Det kunde enligt kammarrätten inte uteslutas att vissa anbudsgivare helt avstod från att lämna anbud när annonseringen skedde långt innan tilldelningen.

I linje med kammarrättens resonemang finns flera skäl som talar för att undvika ett alltför långt upphandlingsförfarande. Pris som angetts i förväg kan leda till att leverantören redan vid avtalsstarten går med stora förluster. Prissvängningar kan ha skett och underleverantörer dragit sig ur under tiden mellan anbudsgivningen och avtalsstarten. Vidare kan en lång anbudstid leda till att leverantören i värsta fall inte längre kan utföra sin prestation vid avtalsstarten.

Resonemanget illustrerar baksidan av kraven på den upphandlande myndighetens planering. Långa upphandlingsförfaranden kan bidra till att regelverkets syfte åsidosätts. Vid en effektiv konkurrenssituation används offentliga medel på ett transparent vis eftersom myndigheten har att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. När leverantörer av olika anledningar inte anser sig kunna lämna det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet leder det till en ineffektiv användning av offentliga medel och en begränsning av syftet att kontrakt ska öppnas upp för konkurrens.

Slutsatsen blir att myndigheten bör ta tillräcklig höjd för upphandlingsförfarandet, inklusive en överprovningprocess, men samtidigt i så stor utsträckning som möjligt begränsa tiden för själva förfarandet. Det är ingen lätt avvägning att vidta för den upphandlande myndigheten. Nästa avsnitt ägnas åt avtalens omfattning.

4.4.6 *Avtalens omfattning – utdragna avtal accepteras*

De direktupphandlingar som accepterats i praxis består av tillfälliga avtal för att täcka ett visst behov fram till dess att den ursprungliga upphandlingen avslutas. I HFD 2019 ref. 65 punkt 51 angavs att brådskan möjliggjort ingåendet av tillfälliga avtal om telefoni-tjänster till dess att en ny annonserad ramavtalsupphandling kunde genomföras. Möjligheten att teckna temporära tillfälliga upphandlingar har diskuterats i samtliga utredningar som behandlat effektiviseringen av överprövningsprocessen.¹²⁰

Enligt Förenklingsutredningen förelåg det ett nationellt utrymme för och behov av att, under tröskelvärdena, införa regler om direktupphandlingar när den ursprungliga upphandlingen är föremål för en överprövning.¹²¹ Täckningsköpen skulle fungera som en ”tillfällig lösning för att lösa en akut situation”. Någon möjlighet att införa regler för täckningsköp för större kontrakt utanför direktivets tillämpningsområde förelåg inte eftersom alla undantag från regelverket om offentliga kontrakt tolkas restriktivt.

Eftersom upphandlingsprinciperna gäller även för kontrakt under tröskelvärdena går det att ifrågasätta möjligheten att införa fler bestämmelser om direktupphandling. Det kan även tänkas medföra en negativ inverkan på principen om öppenhet, som är en viktig del av LOU och bland annat garantera leverantörers insyn och deltagande i upphandlingar.

Mot bakgrund av att inte finns någon ytterligare möjlighet att införa bestämmelser om direktupphandlingar kan det diskuteras om HFD 2019 ref. 65 utökad utrymme för direkttilldelningar. När synnerlig brådska kan konstateras, vilket i HFD 2019 ref. 65 kunde göras i oktober 2017, har myndigheten möjlighet att direktupphandla. Frågan är hur långt dessa direktupphandlade avtal kan sträckas ut. I vissa fall kan en överprövning av högre instans nämligen återförvisas till lägre instans för en vidare prövning där. Ska domen tolkas som att möjligheten att direktupphandla föreligger under hela processen? Mot bakgrund av att 6 kap. 15 § LOU kvalificerar brådskan men däremot inte stadgar något om avtalets längd, tillsammans med domskälen i HFD 2019 ref. 65, kan en direktupphandling företas under hela processen. Proportionalitetsprincipen skulle dock kunna användas för att angripa ett allt för långt avtal.

Slutsatsen blir att en direktupphandling som gjorts till följd av en överprövningsprocess kan tillåtas under en längre tid. Som diskuterats ovan är det enbart kontraktets föremålet, alltså anskaffningen i sig, som ska vara absolut nödvändig. Trots att HFD öppnat upp för att avtalsvillkoren i vissa fall får betydelse är det själva anskaffningens

¹²⁰ Utkast till lagrådsremiss En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar s. 59–61.

¹²¹ SOU 2018:44 s. 359.

nödvändighet som ska bedömas. En anskaffning för att täcka behov fram till dess att överprövningsprocessen tagit slut kan därför vara absolut nödvändig och sådana avtalsvillkor kan inte anses utesluta förekomsten av synnerlig brådska.

Vid förekomsten av en utdragen process har det skapats ett relativt stort utrymme att direktupphandla. I åtanke bör hållas att alla rekvisit i bestämmelsen måste uppfyllas varför tillämpningen begränsas. Nästa avsnitt ägnas åt processens effektivitet.

4.5 Skäl för en rättssäker och effektiv prövning

Det bakomliggande problemet i frågan om synnerlig brådska till följd av en överprövningsprocess är processens längd. I utredningen om effektiva överprövningar som presenterades i december 2020 ansågs långa handläggningstider inverka negativt både på leverantörer och upphandlande myndigheter, bidra till att leverantörer inte lämnade anbud och motverka regelverkets större syften.¹²² Frågan är då om handläggningstiderna är så långa att regelverket bör förändras.

Överprövningen ser till så att myndigheternas beslut blir korrekta och skyddar leverantörer från felaktiga lagtillämpningar, exempelvis otillåtna direktupphandlingar. Trots att frågan om effektivitet har utretts flera gånger har några större förändringar inte vidtagits. För att verkligen förkorta handläggningstiderna bör domstolarna tillföras mer resurser. Visst kan preklusionsfrister och skyndsamhetskrav eventuellt snabba på handläggningen men vad som kan tänkas ge verklig effekt är om domstolarna fick mer resurser att lägga på handläggningen. En kortare genomsnittlig process skulle få till följd att myndigheterna vid sin planering inte behövde ta hänsyn till en lika lång process för att uppfylla planeringskravet och därför inte skulle behöva använda sig av direktupphandling i lika stor utsträckning.

Ett kortare förfarande skulle sannolikt förbättra upphandlingsprocessen, och göra det mer inbjudande för leverantörer att delta i upphandlingarna, vilket kan resultera i att konkurrensen stärks mellan leverantörerna. Myndigheten får då möjlighet att välja ett bättre anbud. På det sättet tas offentliga medel mer effektivt tillvara eftersom det antagna anbudspriset sannolikt blir lägre. Kortare handläggningstider kan därför anses positivt för att upprätthålla regelverkets syften, med det måste vägas mot domstolens möjlighet att lägga fram materiellt riktiga och rättssäkra domar, i vilka den enskildes rätt tagits tillvara.

¹²² Utkast till lagrådsremiss En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar s. 31.

4.6 Sammanfattande slutsatser

Det har inte varit helt enkelt att fastställa var gränsen går mellan en förutsebar och en oförutsebar överprövningsprocess och därmed besvara frågan om när en överprövningsprocess utgör en oförutsebar omständighet. Vissa slutsatser kan dock dras. En oförutsebar process bygger i stor utsträckning på den upphandlande myndighetens tillräckliga planering av förfarandet. I planeringen tycks ingå ett krav på att myndigheten ska beakta de genomsnittliga handläggningstiderna för domstolsprocessen. Ett förfarande där det funnits mellan sju till tio månader tillgängliga för en process har inneburit att en överprövning som överskridit denna tid utgjort en oförutsebar omständighet vilket möjliggjort för den upphandlande myndigheten att företa en direktupphandling.

När tiden för överprövningsprocessen ska beräknas bör hänsyn tas till en instans samt till upphandlingens art, komplexitet och omfattning. Affärsmässiga skäl talar för att upphandlingsförfarandet ej bör utsträckas i tiden eftersom en sådan utsträckning kan få negativa konsekvenser för konkurrensen och i slutändan bidra till dyrare upphandlingar.

Är förutsättningarna för brådska uppfyllda tillåts en direktupphandling under tiden för överprövningsprocessen. HFD 2019 ref. 65 har befast ett visst utrymme för att direktupphandla. Prejudicerande mål har tidigare saknats varför målet har stor betydelse för nuvarande och kommande rättstillämpning. En fråga jag reflekterat över under författandet av detta kapitel är hur den svenska tolkningen förhåller sig till EU-rätten. Bland annat frågor om avtalens längd och myndighetens skyldighet att begränsa direktupphandlingarna är intressanta i det unionsrättsliga sammanhanget. Nästa kapitel ägnas därför åt att undersöka den svenska tolkningen av bestämmelsen om synnerlig brådska i ljuset av EU-rätten.

5 Är den svenska tillämpningen förenlig med EU-rätten?

5.1 Kapitlets syfte och disposition

Som utgångspunkt får direktivets lydelse och syfte stor betydelse för tolkningen av synnerlig brådskan vilket utförligt berörs i metoddelen (avsnitt 1.3). Trots att överprövningsprocessen i svensk praxis accepterats som en omständighet som kan orsaka brådskan bör slutsatsen belysas i en EU-rättslig kontext för att skapa en mer fullständig bild.

Kapitlet besvarar uppsatsens tredje frågeställning: Är den svenska tillämpningen förenlig med EU-rätten? Det finns svårigheter med att komma fram till hur HFD 2019 ref. 65 tillsammans med kammarrättspraxis förhåller sig till EU-rätten. Vid en jämförelse mellan den nationella rätten och EU-rätten kan det nämligen vara lockande att dra slutsatser om oförenligheten mellan systemen. Även jag anser att det finns sådant som inte naturligt passar in i den EU-rättsliga systematiken, men det i sig betyder inte att svensk praxis och EU-rättslig praxis är oförenlig.

I kapitlet analyseras föregående kapitels slutsatser i ljuset av EU-rätten. Det första avsnittet ägnas åt att analysera den svenska tillämpningen. Efterkommande avsnitt ägnas först åt att belysa vilka konsekvenser det skulle få om processen alltid ansågs vara förutsebar och därefter åt att analysera 6 kap. 15 § LOU:s funktion i regelverket i stort.

5.2 En kritisk granskning av tillämpningen

5.2.1 Avsaknaden av EU-rättsliga avgöranden

Enligt EU-domstolen kan myndighetsbeslut, trots att de utgör förutsättningar för en viss upphandling, inte utgöra omständigheter som konstruerar brådskan när besluten fattas av behöriga myndigheter inom förutbestämda tidsfrister. En omständighet som myndigheten på förhand kunnat ta ställning till kan sällan betraktas som oförutsedd, se avsnitt 3.3.1.

Under de första månaderna av pandemin ansågs pandemin utgöra en sådan oförutsebar omständighet som kunde konstruera brådskan.¹²³ En mindre hälsokris kan tänkas vara något som myndigheterna bör kunna förutse och ha beredskap för, till skillnad mot en världsomfattande pandemi, som i sin omfattning och längd ansågs oförutsedd. Avsaknaden av EU-rättsliga avgöranden på området betyder inte i sig att överprövnings-

¹²³ Vägledning från Europeiska kommissionen om användningen av reglerna om offentlig upphandling i nödsituationen i samband med covid-19-krisen (2020/C 108 I/01).

processen inte kan utgöra en oförutsebar omständighet. För att undersöka frågan används andra rättskällor samt en utfyllande tolkning av EU-rätten. I nästa avsnitt undersöks de rättskällor som tyder på att en på förhand förutsebar omständighet kan bli oförutsebar.

5.2.2 *Vissa belägg för att en förutsebar omständighet kan bli oförutsebar*

Generaladvokat Jacobs förslag till avgörande i mål C-525/03, Kommissionen mot Italien, förekommer ofta i litteratur och artiklar som diskuterar oförutsebara omständigheter.¹²⁴ I målet hade det bland annat anskaffats helikoptrar för brandbekämpning utan någon föregående annonsering. EU-domstolen prövade dock aldrig målet i sak. Kováčiková & Blažo menar emellertid att Jacobs analys kan användas som modell för att avgöra om synnerlig brådska föreligger i fråga om oförutsebara omständigheter.¹²⁵

Generaladvokat Jacobs konstaterade i sitt förslag att skogsbränder i normala fall var en sådan omständighet som hade kunnat förutses varför myndigheten vanligtvis inte kunde stödja sig på sitt eget misslyckande för att undgå annonseringsskyldigheten.

I målet var det däremot, enligt Jacobs, fråga om exceptionella skogsbränder till följd av exceptionella väderförhållanden vilket inte ansågs förutsägbart varför synnerlig brådska kunde konstateras. Det går att ifrågasätta vilket rättskällevärde generaladvokatens förslag har då EU-domstolen inte prövade målet i sak och således inte fick användning av Jacobs analys. Vad som anges i förslaget kan därför inte sägas vara avgörande för frågan om vad som utgör gällande rätt, men trots det är förslaget av stort intresse för uppsatsens analys eftersom det illustrerar att på förhand förutsebara omständigheter i ett senare skede kan ses som oförutsebara. Enligt Jacobs resonemang bör omständigheterna i sig vara exceptionella, vilket utvecklas nedan i avsnitt 5.2.3.

Paralleller kan dras mellan generaladvokat Jacobs resonemang om brådska som orsakas av omfattande skogsbränder till ett resonemang om brådska som orsakas av överprövningsprocessen. En överprövningsprocess är till sin natur förutsebar men skulle trots det i vissa fall kunna övergå i att bli oförutsebar, vilket illustreras i HFD 2019 ref. 65.

I sammanhanget är även två kammarrättsmål av intresse. I målet illustreras när en förutsebar omständighet, i målen ett ökat flyktingmottagande, övergår till att bli en oförutsebar omständighet. I Kammarrätten i Jönköpings mål nr 2972-11 ansåg sig Migrationsverket tvungna att direktupphandla ett avtal för tillfälligt boende och måltider för asylsökande till följd av ett ökat flyktingmottagande under hösten 2010. Kammar-

¹²⁴ Se Caranta s. 437, Kováčiková & Blažo s. 206.

¹²⁵ Kováčiková & Blažo s. 206.

rätten konstaterade att en så kraftig ökning av antalet asylsökande inte hade kunnat förutses av Migrationsverket varför synnerlig brådska förelåg och avtalen fick direktupphandlas. I det ett år senare avgjorda Kammarrätten i Jönköpings mål nr 1178–1183-12 kom domstolen till den motsatta slutsatsen. Enligt kammarrätten hade ökningen av asylsökande varit känd under en längre tid varför det inte längre var en oförutsebar omständighet. Målen visar prov på att en omständighet, ökningen av asylsökande, i ett inledande skede av en akut situation varit oförutsedd, trots att flyktingmottagandet i sig varit förutsebart.

Till skillnad från överprövningsprocessen är ett ökat antal asylsökande inte en lika given omständighet som det att överprövningsprocessen drar ut på tiden. Kammarrättsdomarna visar dock att en omständighet kan vara oförutsedd, trots att myndigheten hade vetskap om den på förhand.

Uppfattningen om att förutsebara omständigheter kan övergå i oförutsebara omständigheter förekommer både på unionsnivå och i svensk rätt. Kammarrättspraxisen, i likhet med generaladvokatens förslag, illustrerar däremot inte nödvändigtvis gällande rätt. För att närmare undersöka frågan ägnas nästa del åt en analys ljuset av direktivet.

5.2.3 Måste processen utgöra en exceptionell omständighet?

Av skäl 50 i upphandlingsdirektivet framgår att en direktupphandling endast bör användas under mycket exceptionella omständigheter. Det framgår inte vad som utgör en exceptionell omständighet. I rättsmedelsdirektivets skäl 22 stadgas grunderna för att låta ett avtal bestå till följd av exceptionella omständigheter som gör det nödvändigt att beakta vissa tvingande hänsyn till allmänintresset som annars skulle leda till akuta samhälleliga eller medicinska förluster. Det tyder på att direktupphandling enbart bör vidtas i lika akuta situationer. Generaladvokat Jacobs uttalande kan tolkas som att det var skogsbränderna i sig som skulle vara exceptionella vilket tyder på att det är själva omständigheterna som bör vara exceptionella.

En världsomspännande pandemi kan utgöra en sådan exceptionell omständighet men däremot är frågan om en utdragen överprövningsprocess kan vara exceptionell. Att det är omständigheter i sig som måste vara speciellt allvarliga är även ett argument som Arrowsmith framför.¹²⁶ En domstolsprocess kan enligt min uppfattning sällan ses som en exceptionell omständighet i ordets rätta bemärkelse. Eventuellt kan det argumenteras för

¹²⁶ Arrowsmith s. 1073.

att det i HFD 2019 ref. 65 var fråga om stora upphandlingar med många inblandade myndigheter som genomförde nödvändiga anskaffningar, varför situationen var exceptionell i sig. Enligt direktivets lydelse och generaladvokatens resonemang får jag dock uppfattningen om att även själva processen bör utgöra en exceptionell omständighet. Någon sådan slutsats går inte att utläsa direkt från EU-domstolens avgöranden. Vad som däremot har framkommit från EU-domstolen är att vissa beslut i sig inte kunnat utgöra sådana omständigheter som konstruerat brådska.

Ett regeringsbeslut inom en på förhand fastställd tidsram kan exempelvis inte utgöra en oförutsägbar omständighet enligt det s.k. Ems-målet, eftersom ett sådant beslut gick att förutse.¹²⁷ Mot bakgrund av nämnda mål konstaterar Arrowsmith att en tidsram som bestämts av myndigheten själv, utan påverkan utifrån, aldrig kan leda till synnerlig brådska.¹²⁸ I HFD 2017 ref. 66 om Statens servicecenter ansågs ett regeringsbeslut om att en myndighet skulle inleda sin verksamhet vid en viss tidpunkt inte i sig utgöra en sådan oförutsedd omständighet som kunde motivera en direktupphandling.

Enligt Ems- och Statens servicecenter-målet har ett beslut från en annan myndighet, som är en förutsättning för upphandlingen i sig, inte kunnat utgöra en oförutsedd omständighet. Kan en överprövning jämföras med ett beslut från en annan instans? Eventuellt – överprövningen är på samma sätt en förutsättning för upphandlingen och ska ske inom vissa tidsramar. I de fall överprövningsprocessen tolkas som en typ av godkännandebeslut kan det tänkas att EU-domstolen skulle anse att bestämmelsen om brådska inte kunde användas vid en överprövningsprocess.

Det är dock möjligt att även ett utdraget och försenat beslut, precis som en utdragen överprövningsprocess, skulle kunnat försätta den upphandlande myndigheten i synnerlig brådska. Sammanfattningsvis finns det inte något i EU-domstolens praxis som med stor säkerhet tyder på att en utdragen överprövningsprocess inte kan utgöra en sådan omständighet som leder till brådska.

I generaladvokat Jacobs förslag till avgörande, kammarrättspraxis och i litteraturen förekommer uppfattningar om att en förutsebar omständighet kan övergå till att bli en oförutsebar omständighet vilket talar för att en överprövningsprocess i vissa lägen kan orsaka brådska. I ljuset av direktivet bör däremot omständigheten som orsakar brådskan vara exceptionell i sig, vilket kan ifrågasättas om en utdragen överprövning är. Mot bakgrund av ordalydelsen i 6 kap. 15 § LOU finns det dock skäl att ifrågasätta om så stor

¹²⁷ C-318/94 p. 15 och 20.

¹²⁸ Arrowsmith s. 1074.

vikt bör fästas vid vilken omständighet som orsakar brådskan. Betydelse kan istället fästas vid om den synnerliga brådskan gjort det omöjligt att hålla tidsfristerna för de annonserade förfarandena, vilket utvecklas i nästa del.

5.2.4 Konkurrensutsättning bör ske när det är möjligt

I upphandlingsdirektivets skäl 50 stadgas att annonsering ska ha varit omöjligt att hinna med till följd av synnerlig brådska. Vidare stadgas att det förhandlade förfarandet utan föregående annonsering bör begränsas med hänsyn till de skadliga effekterna på konkurrensen som förfarandet ger upphov till. Varken ett förkortat eller ordinarie förfarande ska ha varit möjligt att företa, se målen C-126/03 om avfallstransporten och C-107/92 om lavinbarriären som refererats i avsnitt 3.4.1.

Min uppfattning är att skäl 50 förtydligar att annonsering bör ske om så är möjligt. När ett annonserat förfarande inte används bör det motiveras. I HFD 2019 ref. 65 konstaterades att något annonserat förfarande inte kunnat användas men mer än så framkommer inte av HFD:s domskäl. För att på ett tydligare sätt visa att annonsering är huvudregeln bör domstolen ange varför det påskyndade förfarandet inte kunde användas i situationen. Att ställa krav på att myndigheten bör företa ett annonserat förfarande under processens gång skulle möjligen kunna läsas in i ljuset av EU-rätten i allmänhet och direktivets skäl 50 i synnerhet.

Min uppfattning är att det finns ett krav på den upphandlande myndigheten om att begränsa tillämpningen av direktupphandlingar. Eftersom överprövningsprocessen har sin gilla gång kan det tänkas att myndigheten under processen bör ha viss beredskap för att genomföra ett annonserat förfarande. Genom att myndigheten åläggs en skyldighet att undersöka det ordinarie och förkortade annonserade förfarandet och redovisa varför det inte använts i fallet begränsas tillämpningen av undantaget för direktupphandling på ett sätt som överensstämmer med direktivets syfte om att säkerställa en öppen unionsmarknad. Den kammarrättspraxis som ger uttryck för en mer tillåtande syn på direktupphandling, exempelvis målet om trafikupphandling i vilket domstolen uttalade att det låg ”i sakens natur” att acceptera en tillfällig avtalslösning i målet, är svår att förena med direktivets restriktiva syn på utrymmet för direktupphandling.

Trots att annonsering är huvudregeln är den praktiska användningen av det annonserade förfarandet förenad med vissa frågor, exempelvis går det att fråga sig hur mycket det påskyndade förfarandet faktiskt förkortar förfarandet. Vid ett ordinarie förfarande gäller 35 dagar som minsta tid mellan annonsering och sista dagen för anbudsingivning

jämtemot det förkortade förfarandets 15 dagar. I kammarrätten har det uttalats att utöver nämnda tid bör den tiden det tar att författa ett justerat eller nytt förfrågningsunderlag tas i beaktan, tillsammans med tiden för att utvärdera inkomna anbud, inställelsetiden för en ny leverantör samt tiden för en överprövningsprocess.¹²⁹ Mot bakgrund av uttalandet går det att fråga sig hur mycket det förkortade förfarandet i praktiken skiljer sig åt från det ordinarie. Det finns inget som i EU-praxis som på ett lika tydligt sätt som fastställer vad som bör beaktas vid beräkningen av det annonserade förfarandet. Det kan tänkas att EU-domstolen jämfört med kammarrätten skulle kunna tillåta en kortare tid vid beräkningen av det annonserade förfarandet vilket förenklar för den upphandlande myndigheten att under en överprövningsprocess kunna vidta en annonserad upphandling.

Ytterligare något som komplicerar användningen av det annonserade förfarandet under en pågående överprövningsprocess är att även den upphandlingen kan överprövas. En överprövning av det annonserade tillfälliga avtalet leder till att myndigheten står med två avtal som inte kan användas. Om processen för det ursprungliga avtalet sedan avslutas står myndigheten kvar med en upphandling som överprövas för ett behov som redan tillfredsställts genom den första processen och frågan blir om det då föreligger skäl för myndigheten att avbryta den senare tillkomna upphandlingen. En skadeståndsprocess kan dessutom aktualiseras från den leverantör som lagt ner tid på att konstruera ett anbud som därefter blivit onyttigt.

Mot bakgrund av de komplikationer som ett annonserat tillfälligt avtal kan medföra går det i många fall att förstå varför myndigheten använder sig av direktupphandling. Trots att direktupphandlingen kan överprövas kommer avtalet på plats direkt utan någon avtalsspärr och det blir frågan om en överprövning av avtalets giltighet istället för en överprövning av upphandlingen.

Under förutsättning att det direktupphandlade avtalet begränsas till att gälla under överprövningsprocessen kan det minska komplikationerna för den upphandlande myndigheten, till skillnad från ett annonserat tillfälligt avtal, samt eventuellt även minska komplikationerna för de anbudsgivare som slipper lämna anbud som senare blir onyttiga.

5.2.5 *Slutsatser*

Det har inte framkommit något som med tydlighet talar för att en överprövningsprocess inte kan utgöra en oförutsedd omständighet enligt EU-rätten. Mot bakgrund av EU-rätten

¹²⁹ Kammarrätten i Göteborgs mål nr 821–827-12.

kan däremot utrymmet som skapats i svensk praxis för direktupphandling under en överprövningsprocess ifrågasättas utifrån de direktupphandlade avtalens längd. Med tanke på direktivets konkurrensfrämjande syfte kan det framstå som motsägelsefullt att tillåta att ett direktupphandlat avtal sträckas ut allt för långt.

Annonsering bör därför ske när det är möjligt, men som tidigare nämnts kan annonserade tillfälliga avtal behäftas med komplikationer både för den upphandlande myndigheten och för leverantören. Genom belysningen som gjorts i avsnittet uppkommer en intressant fråga: vad hade det fått för konsekvenser om EU-domstolen menade att överprövningsprocessen alltid var förutsebar? Frågan undersöks i nästa avsnitt.

5.3 Liv och hälsa riskeras i en alltid förutsebar överprövning

Om överprövningsprocessen var en omständighet som ansågs förutsebar skulle det få stora konsekvenser för den svenska tillämpningen. Dels hade HFD fått lägga om sin praxis för att följa EU-rätten. Dels skulle de avgöranden som diskuterar frågan därefter sakna betydelse. Myndigheten hade vid sin planering varit tvungen att i ännu större utsträckning beakta även en utdragen överprövningsprocess för att inte stå utan avtal, eftersom direktupphandlingen inte kunnat tillämpas till följd av en utdragen process. Det hade kunnat innebära annonsering ännu längre tid innan avtalsstarten vilket skulle gå emot affärsmässiga skäl som motiverar kortare upphandlingsförfaranden.

En upphandlade myndighet som trots en långsiktig planering hamnat i brådska till följd av överprövningsprocessen skulle inte haft något annat val än att tillämpa det annonserade förfarandet för att sluta ett tillfälligt avtal. Tillämpningen säkrar konkurrensutsättningen och ser till att annonseringsskyldigheten uppnås vilket utifrån reglernas syfte är positivt.

I vissa fall kan det tänkas att myndigheten, trots att det påskyndade förfarandet används, inte hinner säkerställa viktiga behov innan det befintliga avtalet löper ut. Det kan få till följd att myndighetens verksamhet under en period ligger nere alternativt bedrivs bristfälligt. I de fall ett annonserat förfarande inte hinner företas och myndigheten inte ser något annat val än att gå emot upphandlingsregelverket och snabbt införskaffa varor eller tjänster vidtas en otillåten direktupphandling.

Eftersom resultatet av en otillåten direktupphandling är ogiltighet, vilket betyder att prestationer ska återgå, återstår det för den upphandlande myndigheten att hoppas på att domstolen vid en överprövning kommer fram till att avtalet får bestå till följd av tvingande hänsyn till allmänintresse vilket framstår som mycket osäkert. Konkurrensverket kan dessutom ansöka om upphandlingsskadeavgift och en skadeståndsprocess

aktualiseras. Om den upphandlande myndigheten istället hade tillämpat regelverket (under förutsättningen att överprövningen alltid skulle ses som förutsebar) och accepterar den skada som uppstått till följd av att behov inte tillgodoses skulle det kunnat få stora konsekvenser för människors liv och hälsa. Ett sjukhus brister i tillgänglig sjukvårdsmaterial kan exempelvis vara avgörande för människors vårdbehov.

Resonemanget illustrerar nödvändigheten av att i vissa situationer ha möjlighet att tillämpa synnerlig brådska. Utifrån detta dras några avslutande slutsatser kring bestämmelsens betydelse.

5.4 Slutsatser om bestämmelsens funktion och betydelse

Bestämmelsen om synnerlig brådska har en betydelsefull funktion i det upphandlingsrättsliga regelverket. Bestämmelsen erbjuder en möjlighet att i akuta situationer se till så att nödvändiga anskaffningar trots allt kan genomföras eftersom inget annat alternativ står till buds. Trots att direktupphandlingar utestänger andra leverantörer från att lägga konkurrerande anbud är det i fall av synnerlig brådska så motiverat att säkerställa myndighetens behov att det går före den öppna marknaden.

Regelverket om offentlig upphandling ställer upp långtgående och detaljerade krav på hur offentliga anskaffningar kan genomföras. Genomförandet av absolut nödvändiga anskaffningar måste därför under vissa situationer åsidosätta dessa detaljerade krav. I dessa konkreta fall väger betydelsen av människors liv och hälsa högre än direktivets syfte om att öppna upp kontrakt för maximal konkurrens på marknaden.

När brådskan orsakas av omständigheter som är förutsebara leder det till att myndigheten inte kan tillämpa bestämmelsen och därför inte kan tillgodose sina nödvändiga behov. Att rekvisitet ”oförutsebar” i vissa fall står mellan myndigheten och dess möjlighet att säkerställa ett nödvändigt och brådskande behov blir i vissa situationer rent stötande. Det går att fråga sig varför omständigheterna måste vara oförutsedda och inte ska kunna tillskrivas myndigheten. Min uppfattning är att rekvisiten förtydligar att myndigheten inte själv ska ha orsakat brådskan och på något vis kunna utnyttja den för att ha möjlighet att genomföra en direktupphandling. Annonseringsskyldigheten ska inte kunna åsidosättas genom ett konstruerat upplägg orsakat av myndighetens bristande planering. En omständighet som myndigheten kunnat förutse bör myndigheten ha planerat för.

Situationer som myndigheten däremot inte kunnat planera för, som är oförutsebara, har myndigheten inte kunnat ta med i bedömningen av upphandlingsförfarandets längd. På samma sätt har domstolen resonerat i HFD 2019 ref. 65, när överprövningsprocessen

utsträckts under så lång tid att myndigheten inte på förhand kunnat planera för den. Rekvisitets funktion kan därför anses vara att skapa en extra säkerhet som gör att myndigheten inte själv ska kunna framkalla omständigheter som innebär sådan brådska som gör bestämmelsen tillämplig och på det sättet utnyttja sitt eget misslyckande för att kringgå annonseringskravet.

Trots att den svenska tillämpningen av 6 kap. 15 § LOU i ljuset av EU-rätten kan anses i viss mån allt för tillåtande finns det goda skäl för att i de situationer som myndigheten inte själv orsakat, medverkat till eller förutsett, tillåta en direktupphandling. Mot bakgrund av EU-rätten tyder det på att en omständighet som i sin natur är förutsebar under vissa förutsättningar kan utgöra en oförutsebar omständighet i bestämmelsens betydelse vilket även gäller överprövningsprocessen.

6 Avslutning

6.1.1 *Oförutsebara omständigheter som säkerhet mot direktupphandlingar*

Den pandemi som fick mig intresserad av myndigheters möjlighet att snabbt vidta nödvändiga anskaffningar, har gått från en oförutsebar omständighet, till en omständighet som myndigheterna haft tid att förutse. Att stödja sig på bestämmelsen om synnerlig brådska till följd av den inledande pandemin är under våren 2021, när detta arbete avslutas, inte längre möjligt.

Något som däremot fortfarande är möjligt för den upphandlande myndigheten är att direktupphandla till följd av en utdragen överprövningsprocess i de fall då myndigheten planerat upphandlingen och uppfyllt förutsättningarna i 6 kap. 15 § LOU.

Genom HFD 2019 ref. 65 aktualiserades uppsatsämnet med dess fråga om hur en överprövningsprocess kunde anses *oförutsebar*. Under skrivandets gång har rekvisitets viktiga roll för att begränsa myndigheters användning av direktupphandlingar till följd av sina egna misslyckanden framträtt. Med andra ord ska brådska som orsakas av myndighetens bristande planering aldrig kunna leda till en tillåten direktupphandling vilket är i linje med direktivets syfte om att öppna marknaden för offentliga kontrakt.

6.1.2 *Den svenska tillämpningen kan behöva begränsas*

I ljuset av den konkurrenshämmande effekt som direktupphandlingar ger upphov till är det möjligt att kritisera den svenska tolkningen av synnerlig brådska. Trots att det inte framkommit något som tyder på att en överprövningsprocess inte kan utgöra en oförutsebar omständighet bör myndigheter tillämpa bestämmelsen i ljuset av EU-rätten.

En sådan tillämpning innebär att ett annonserat förfarande primärt bör användas. Bestämmelsen om synnerlig brådska utgör en restriktiv möjlighet att till följd av oförutsebara omständigheter som inte kan tillskrivas myndigheten, när tidsfristerna är omöjliga att hålla, utföra nödvändiga och brådskande anskaffningar.

Uppsatsämnet har erbjudit en omväxlande och utmanande fördjupning i det upphandlingsrättsliga regelverket. Till följd av oförutsebara omständigheter kommer nödvändiga anskaffningar dessvärre behöva företas även i framtiden. Sista ordet är med säkerhet inte sagt än om förekomsten av synnerlig brådska.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Propositioner

Prop. 1995/96:22 Tvåpartsprocess m.m. i de allmänna förvaltningsdomstolarna

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

Prop. 2012/13:45 En mer ändamålsenlig förvaltningsprocess

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

Prop. 2018/19:142 Statistik på upphandlingsområdet

Statens offentliga utredningar

SOU 2014:51 Nya regler om upphandling (cit: Genomförandeutredningen)

SOU 2015:12 Överprövning av upphandlingsmål m.m. (cit: Överprövningsutredningen)

SOU 2018:44 Möjligt, tillåtet och tillgängligt – förslag till enklare och flexibla upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål (cit: Förenklingsutredningen).

Övrigt svenskt offentligt tryck

Upphandlingsmyndighetens och Konkurrensverkets rapport 2020:4–5 Statistik om offentlig upphandling 2020 (cit: Statistik om offentlig upphandling 2020)

Konkurrensverkets rapport 2020:1 om korruption och osund konkurrens i offentlig upphandling 2020 (cit: KKV:s rapport om korruption)

Utkast till lagrådsremiss En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar 2020

Promemoria med ändringar i upphandlingsförordningen och förordningen om kollektivtrafik med anledning av regleringen om upphandlingsstatistik 2020 (cit: Promemoria om upphandlingsstatistik)

Övriga offentligt tryck från EU

Förslag till avgörande av generaladvokat Francis G. Jacobs föredraget den 2 juni 2005 i mål C-525/03, Kommissionen mot Italien, ECLI:EU:C:2005:343

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

Litteratur

Böcker

Asplund, A, Ehn, M, Johansson, D, Olsson, E, *Överprövning av upphandling och andra rättsmedel enligt LOU och LUF*, Jure Förlag AB 2012 (cit: Asplund m.fl.)

Arrowsmith, S, *Law of Public and Utilities Procurement*, vol. 1, Sweet & Maxwell 2014

Caranta, R, *Rules on public contracts*, EU Public Procurement Law Brussels Commentary C.H. Beck, Hart, Nomos 2018 p. 378–441

Hettne, J, Otken Eriksson, I (red.), *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, Norstedts juridik 2011 (cit: Hettne & Eriksson)

Kleineman, J, *Rättsdogmatisk metod*, Nääv, M, Zamboni, M (red) Juridisk metodlära, 2 uppl., Studentlitteratur 2018 s. 21–46

Lindahl Toftegaard, E, *Offentlig upphandling: LOU och upphandlingsprocessen*, 2 uppl., Studentlitteratur 2020

Pedersen, K, *Upphandlingens grunder – en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, 5 uppl., Jure förlag 2019

Reichel, J, *EU-rättslig metod*, Nääv, M, Zamboni, M (red) Juridisk metodlära, 2 uppl., Studentlitteratur 2018 s. 109–142

Rosén Andersson, H, Mühlenbock, E-M, Hallberg, O, Norlén, H, Näslund, J, Piper, C, Willquist, H, *Lagen om offentlig upphandling – En kommentar*, 3 uppl., Norstedts Juridik AB 2020 (cit: Rosén Andersson m.fl.)

Schütze, R, *European Union Law*, 2 ed., Cambridge University Press 2018

Steinicke, M, *Scope, definitions and general principles*, EU Public Procurement Law, Brussels commentary 2019 p. 127–234

von Essen, Ulrik, *Processramen i förvaltningsmål, ändring av talan och anslutande frågor*, 2 uppl (cit: von Essen II)

Artiklar

Ehn, M, Nordberg, S, Svensson, A, HFD uttalar sig om talerätt och synnerlig brådska – analys, JP Infonet 31/1-20 (03-05-2020)

Kováčikova, H, Blazo, O, *Limited Tendering – A Barrier to Get the Best Value for Money or Effective Solution for Extraordinary Situations?*, International and Comparative Law Review, 2020, vol. 20, no. 2, p. 192–214 (cit: Kováčikova & Blazo)

Lavér, J, Svensson, F, *P som är planering*, Inköpsrådet 8/12-2020 (12-03-2021) (cit: Lavér & Svensson)

Lavin, R, *Är den förvaltningsrättsliga forskningen rättsdogmatisk?*, FT 1989 s. 115–129 (cit: Lavin I)

Lavin, R, *Om förvaltningsrättslig forskning – en replik*, FT 1990 s. 71–74 (cit: Lavin II)

Olsson, J, *Direktivkonform tolkning – analys*, JP Infonet 14/4-2021 (15-04-2021)

Peczenik, A, *Om den förvaltningsrättsliga forskningen och rättsdogmatiken*, FT 1990 s. 41–51

Peedu, K, *Direktupphandling på grund av synnerlig brådska*, UrT nr 4 2016 s. 270–278

Rasiwala, P, *Nödvändiga och brådskande anskaffningar – analys*, JP Infonet 24/1-2020 (04-03-2020)

Sundstrand, A, *Upphandling i tider av synnerlig brådska*, UrT nr 1 2020 s. 15–29

Elektroniska källor

von Essen, Ulrik, *Förvaltningsprocesslagen m.m. en kommentar*, Wolters Kluwer (2020-12-01) (cit: von Essen I)

Svenska domstolar

Högsta förvaltningsdomstolen

RÅ 2009 ref. 69

HFD 2011 ref. 29

HFD 2013 ref. 53

HFD 2015 ref. 55

HFD 2017 ref. 62

HFD 2017 ref. 66

HFD 2018 ref. 28

HFD 2018 ref. 60

HFD 2019 ref. 18

HFD 2019 ref. 65

Kammarrätten

Kammarrätten i Göteborgs dom den 21 januari 2010 i mål nr 5455-09 (cit: trafikuppdrag)

Kammarrätten i Göteborgs dom den 22 juni 2010 i mål nr 1501-10 (cit: hörapparat)

Kammarrätten i Göteborgs dom den 27 oktober 2010 i mål nr 3759-11

Kammarrätten i Göteborgs dom den 12 november 2010 i mål nr 784-10 (cit: Ellös buss)

Kammarrätten i Jönköpings dom den 18 november 2011 i mål nr 1587–1589-11

Kammarrätten i Jönköpings dom den 13 februari 2012 i mål nr 2972-11

Kammarrätten i Göteborgs dom den 28 februari 2012 i mål nr 7469–7472-11

Kammarrätten i Göteborgs dom den 29 februari 2012 i mål nr 821–827-12 (cit: livsmedel)

Kammarrätten i Jönköpings dom den 20 februari 2013 mål nr 1178–1183-12

Kammarrätten i Sundsvalls dom den 7 november 2014 i mål nr 1943-14 (cit: Dala)

Kammarrätten i Göteborgs dom den 17 december 2014 i mål nr 3674-14

Kammarrätten i Sundsvalls dom den 28 januari 2016 i mål nr 2279-15

Kammarrätten i Stockholms dom den 23 februari 2016 i mål nr 6421-15

Kammarrätten i Stockholms dom den 24 mars 2017 i mål nr 2118-16

Kammarrätten i Sundsvalls dom den 12 november 2020 i mål nr 1480-20 (cit: Cabonline)

EU-domstolen

Dom av den 5 februari 1963 i mål 26/62, *van Gend & Loos mot Nederländska skatteförvaltningen*, ECLI:EU:C:1963:1

Dom av den 15 juli 1964 i mål 6/64, *Flaminio Costa mot E.N.E.L*, ECLI:EU:C:1964:66

Dom av den 10 mars 1987 i mål C-199/85, *Kommissionen mot Italien*, ECLI:EU:C:1987:115

Dom av den 20 september 1988 i mål 31/87, *Beentjes*, ECLI:EU:C:1988:422

Dom av den 18 mars 1992 i mål C-24/91, *Kommissionen mot Spanien*, ECLI: ECLI:EU:C:1992:134

Dom av den 2 augusti 1993 i mål C-107/92, *Kommissionen mot Italien*, ECLI:EU:C:19-93:344

Dom av den 3 maj 1994 i mål C-328/92, *Kommissionen mot Spanien*, ECLI:EU:C:19-94:178

Dom av den 28 mars 1996 i mål C-318/94, *Kommissionen mot Tyskland*, ECLI:EU:C:1996:149

Dom av den 28 oktober 1999 i mål C-81/98, *Alcatel*, ECLI:EU:C:1999:534

Dom av den 14 september 2004 i mål C-385/02, *Kommissionen mot Italien*, ECLI:EU:C:2004:522

Dom av den 18 november 2004 i mål C-126/03, *Kommissionen mot Tyskland*, ECLI:EU:C:2004:728

Dom av den 16 december 2004 i mål C-271/02, *Kommissionen mot Sverige*, ECLI:EU:C:2004:808 (cit: Björnkulla)

Dom av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, *Stadt Halle*, ECLI:EU:C:2005:5

Dom av den 2 juni 2005 i mål C-394/02, *Kommissionen mot Grekland*, ECLI:EU:C:2005:336

Dom av den 27 oktober 2005 i mål C-525/03, *Kommissionen mot Italien*, ECLI:EU:C:2005:648

Dom av den 14 februari 2008 i mål C-450/06, *Varec SA mot État belge*, ECLI:EU:C:2008:91 (cit: Varec).

Dom av den 8 april 2008 i mål C-337/05, *Kommissionen mot Italien*, ECLI:EU:C:2008:203

Dom av den 2 oktober 2008 i mål C-157/06, *Kommissionen mot Italien*, ECLI:EU:C:2008:530

Dom av den 15 oktober 2008 i mål C-275/08, *Kommissionen mot Tyskland*, ECLI:EU:C:2009:632

Dom av den 23 december 2009 i mål C-305/08, *CoNISMa*, ECLI:EU:C:2009:807

Internetkällor

Erlandsson, Å, Falkirk, J, *Läkare köpte overaller på byggvaruhus SvD Nyheter* 28/3-20
<https://www.svd.se/lakare-kopte-overaller-pa-byggvaruhus-helt-absurt> (26-04-2021)

Nationalencyklopedin, synnerlig. <http://www-ne-se.ezproxy.its.uu.se/uppslagsverk/ordbok/svensk/synnerlig> (2021-04-14)

Pagels, S, *Bristen på skyddsutrustning kan bli akut Vårdfokus* 17/3-20
<https://www.vardfokus.se/nyheter/bristen-pa-skyddsutrustning-kan-bli-akut/> (26-04-2021)

Röstlund, L, Gustafsson, A, *Skyddsmaterial och antibiotika räcker inte åt alla hemligt hur stor bristen är* DN Nyheter 13/3-20 https://www.dn.se/nyheter/sverige/skyddsmaterial-och-antibiotika-racker-inte-at-alla-hemligt-hur-stor-bristen-ar/?fbclid=IwAR3U_Yz06B8YBn6tckYeBYRfZ6yePkPJZQ7TSykDx05eGsVvwHWC-DQhd4MM (26-04-2021)