
Undantagen från upphandlingskyldigheten

Daniel Wendelsson och Kristoffer Sällfors

2021 nr 2

UrT

SÄRTRYCK UR UPPHANDLINGSRÄTTSLIG TIDSKRIFT

Undantagen från upphandlingskyldigheten

*Daniel Wendelsson och Kristoffer Sällfors**

1 Inledning

Måste vi upphandla? Finns det något undantag vi kan luta oss emot? Kan vi slippa gå ut med en ny upphandling genom att ändra i ett befintligt avtal? En av de praktiskt viktigaste frågorna inom upphandlingsrätten är under vilka förutsättningar en upphandlande myndighet kan avstå från att genomföra ett annonserat upphandlingsförfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) eller övriga upphandlingslagar.¹ I LOU finns bestämmelser om undantag från lagens tillämpningsområde, undantag från annonseringskyldigheten samt bestämmelser som reglerar när ett tidigare upphandlat avtal får ändras utan att en ny upphandling behöver genomföras. I den här artikeln går vi igenom aktuella bestämmelser och redovisar några frågor om undantag från skyldigheten att annonsera en offentlig upphandling.

2 Några allmänna frågeställningar

2.1 Upphandlingskyldigheten

Enligt 1 kap. 2 § LOU omfattar lagen upphandling som genomförs av en upphandlande myndighet. Med upphandling avses de åtgärder som vidtas i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggentreprenader genom tilldelning av kontrakt. Begreppet ”anskaffa” ska förstås i vid mening som att få tillgång till fördelarna av varorna, tjänsterna eller byggentreprenaderna. Det krävs inte att äganderätten överlåts för att det ska vara fråga om en upphandling. LOU gäller även när en upphandlande myndighet anordnar en projekttävling.

Om en upphandlande myndighet är säljande part i en affär och myndigheten inte anskaffar något, gäller inte LOU.² Offentliga bidrag eller finansiering omfattas normalt inte heller av upphandlingskyldighet enligt LOU. LOU gäller vidare

* Advokater vid Advokatfirman Vinge.

¹ Det vill säga lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF), lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK), lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (LUFSS) samt 4 a kap. lagen (2010:1065) om kollektivtrafik. Om inget annat anges avses i denna artikel bestämmelserna i LOU.

² Se t.ex. Kammarrätten i Stockholms dom den 16 juni 2013 i mål nr 8881-12 för ett exempel på en sådan transaktion som inte ansågs omfattas av upphandlingskyldighet.

inte vid gåvor eller bidrag utan krav på någon motprestation.³ För att omfattas av upphandlingsskyldighet måste det röra sig om mer än bara en utbetalning av allmänna medel. Det är fråga om upphandling i de fall en leverantör, i utbyte mot ersättning, tillhandahåller varor, tjänster eller byggentreprenader som är av direkt ekonomiskt intresse för en upphandlande myndighet.⁴ En upphandlande myndighet måste dock inte ha som syfte att själv tillgodogöra sig det som anskaffas för att upphandlingen ska omfattas av regelverket.⁵

Enligt 1 kap. 2 § LOU ska syftet med åtgärderna vara anskaffning genom tilldelning av ett kontrakt. Begreppet ”kontrakt” definieras i 1 kap. 15 § LOU som ett i) skriftligt avtal med ii) ekonomiska villkor som iii) ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer och iv) avser leverans av varor, tillhandahållande av tjänster eller utförande av byggentreprenader.⁶ Det är emellertid inte avgörande för upphandlingsskyldigheten om något skriftligt avtal ingås. En upphandlande myndighet kan inte undgå upphandlingsskyldighet genom att underlåta att ingå ett skriftligt avtal. Även muntliga avtal omfattas av upphandlingsskyldighet och kan bli föremål för de rättsmedel som finns i LOU.⁷

Ledet i 1 kap. 2 § LOU att anskaffningen ska ske genom tilldelning av kontrakt, innebär att det krävs ett inslag av selektivitet, dvs. att en eller flera leverantörer väljs av den upphandlande myndigheten. Om samtliga leverantörer som uppfyller vissa villkor har rätt att utföra en bestämd uppgift utan selektivitet, kan det vara fråga om auktorisationssystem som faller utanför upphandlingsskyldighet.⁸ Valfrihetssystem enligt lagen (2008:962) om valfrihetssystem (LOV) är exempel på sådana auktorisationssystem som faller utanför LOU.

³ Se t.ex. Kammarrätten i Göteborgs dom den 7 juli 2020 i mål nr 8538-19 för ett exempel på när ett budgettillskott till ett kommunalt aktiebolag ansågs omfattas av upphandlingsskyldighet.

⁴ Se t.ex. EU-domstolens dom Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, punkt 49 och prop. 2015/16:195 s. 933.

⁵ Se bl.a. prop. 2015/16:195 s. 933 och skäl 4 till direktiv 2014/24/EU.

⁶ Högsta förvaltningsdomstolen har i beslut den 10 juni 2021 i mål nr 4998-20 funnit att två statliga förvaltningsmyndigheter under regeringen ingår i en och samma juridiska person, staten, och inte kan ingå civilrättsligt bindande avtal med varandra. Eftersom det upphandlingsrättsliga regelverket endast är tillämpligt på avtal som ingås mellan en upphandlande myndighet och en från den myndigheten fristående fysisk eller juridisk person, kan någon upphandlingsskyldighet enligt Högsta förvaltningsdomstolen inte uppkomma mellan två statliga förvaltningsmyndigheter (se punkterna 16-19 i beslutet). Konkursverket har i ställningstagandet 2018:1 den 19 december 2018 kommit fram till samma slutsats.

⁷ Se bestämmelserna i 20 kap. (överprövning och skadestånd) och 21 kap. (upphandlingsskadeavgift) i vilka begreppet ”avtal” används, inte ”kontrakt”. Jfr också Asplund m.fl., Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF, s. 251.

⁸ Se domen Falk Pharma, C-410/14, EU:C:2016:399 och domen Tirkkonen, C-9/17, EU:C:2018:142, skäl 4 i direktiv 2014/24/EU samt prop. 2015/16:195 s. 933 f.

2.2 Annonseringsskyldigheten

Annonseringen av en upphandling utgör ett av de mest centrala momenten i offentliga upphandlingar. Utan publicering av annonser skulle de flesta leverantörer inte få information om upphandlingarna och därmed gå miste om möjligheten att konkurrera om uppdragen. Enligt huvudregeln i 10 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet genom en annons om upphandling informera om sin avsikt att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal. Projekttävlingar ska annonseras enligt 18 kap. 2 § LOU. Annonsering kan också ske genom förhandsannons enligt 10 kap. 2-3 §§ LOU. Det är endast genom annonsering enligt 10 kap. 1-3 §§ LOU eller, vid projekttävlingar, 18 kap. 2 § LOU som en upphandlande myndighet kan fullgöra sin annonseringsskyldighet i upphandlingar som omfattas av direktiv 2014/24/EU.

För icke direktivstyrda upphandlingar regleras annonseringsskyldigheten i 19 kap. 9 § och 36 § LOU. Sådana upphandlingar får enligt 19 kap. 10 § också annonseras enligt de direktivstyrda bestämmelserna i 10 kap. LOU. Om något undantag från upphandlingsskyldigheten inte är tillämpligt, men den upphandlande myndigheten ändå underlåter att annonsera en upphandling enligt bestämmelserna i LOU, är det fråga om en otillåten direktupphandling. En otillåten direktupphandling kan leda till att upphandlingen måste göras om (20 kap. 6 § LOU) eller att avtalet mellan den upphandlande myndigheten och leverantören förklaras ogiltigt av förvaltningsdomstol (20 kap. 13 § första stycket 1 LOU). Den upphandlande myndigheten kan även åläggas att betala en upphandlings-skadeavgift (21 kap. 1 § 3 LOU) och bli skadeståndsskyldig (20 kap. 20 § LOU).

En upphandlande myndighet kan inte uppfylla sin annonseringsskyldighet genom att konkurrensutsätta en upphandling på något annat sätt än genom annonsering enligt vad som anges i LOU. Annonseringsskyldigheten kan alltså inte uppfyllas t.ex. genom publicering i en dagstidning eller genom en annons på myndighetens hemsida. Inte heller kan annonseringsskyldigheten uppfyllas genom en informell konkurrensutsättning där myndigheten bjuder in utvalda leverantörer att delta i upphandlingen.

Sedan den 1 januari 2021 gäller att alla annonser ska publiceras i en annonsdatabas som är registrerad enligt lagen (2019:668) om upphandlingsstatistik. Skyldigheten att publicera annonser i en registrerad databas anges i 10 kap. 5 a §, 18 kap. 2 § och 19 kap. 13 § LOU. Annonser enligt 10 och 18 kap. LOU, dvs. för upphandlingar som omfattas av de direktivstyrda reglerna, ska också skickas till Europeiska unionens publikationsbyrå. Publikationsbyrån publicerar därefter annonsen i Tenders Electronic Daily (TED) som är en del av Europeiska unionens officiella tidning (EUT). Skyldigheten för upphandlande myndigheter

att skicka annonsen till publikationsbyrån anges i 2 § upphandlingsförordningen (2016:1162), och följer också av artikel 51.2 i direktiv 2014/24/EU.⁹

En fråga är om en annonsering som sker någon annanstans än i en databas som är registrerad enligt lagen om upphandlingsstatistik utgör en överträdelse av annonseringsskyldigheten som kan leda till ogiltighet av avtal enligt 20 kap. 13 § första stycket 1 respektive upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 3 LOU. I bestämmelserna om ogiltighet och upphandlingsskadeavgift hänvisas inte särskilt till bestämmelserna om annonsering i en registrerad databas i 10 kap. 5 a §, 18 kap. 2 § eller 19 kap. 13 § LOU.¹⁰ Däremot anges det i 10 kap. 5 a §, 18 kap. 2 § respektive 19 kap. 13 § LOU att annonser "...enligt detta kapitel ska publiceras i en annonsdatabas som är registrerad enligt lagen (2019:668) om upphandlingsstatistik". Dessa hänvisningar pekar på att det finns stöd i LOU för att kunna ogiltigförklara ett avtal respektive besluta om upphandlingsskadeavgift om annonsering inte skett i en databas som är registrerad, trots att annonsering skett på annat sätt.¹¹ Frågan uppmärksammades av Upphandlingsmyndigheten vid framtagandet av lagen om upphandlingsstatistik och de nya kraven i LOU på annonsering i en registrerad databas, men regeringen gjorde inget förtydligande i lagtexten eller i förarbetena.¹² Rättsläget får därför i dag betraktas som oklart.

Om underlåtenheten att annonsera en upphandling i en registrerad databas inte i sig kan leda till ogiltighet av avtal eller upphandlingsskadeavgift, uppkommer frågan var annonsen ska publiceras. Är det till exempel tillräckligt att publicera en annons om upphandling i TED men inte i en registrerad databas?¹³ Annonsering i TED är det forum som måste användas enligt unionsrätten. Normalt omsorgsfulla

⁹ Det finns regler om innehållet i en upphandlingsannons i upphandlingsförordningen och i kommissionens genomförandeförordning (EU) 2015/1986 av den 11 november 2015 om fastställande av standardformulär för offentliggörande av meddelanden om offentlig upphandling.

¹⁰ I bestämmelsen om ogiltighet i 20 kap. 13 § första stycket 1 respektive upphandlingsskadeavgift i 21 kap. 1 § 3 hänvisas till annonseringsbestämmelserna i 10 kap. 1, 2, 3 §§, 18 kap. 2 §, 19 kap. 9 § och 36 § första stycket.

¹¹ Även andra grundläggande annonseringsbestämmelser av betydelse för när ett avtal kan förklaras ogiltigt enligt 20 kap. 13 § första stycket 1 eller upphandlingsskadeavgift påföras enligt 21 kap. 1 § 3 återfinns i andra delar av regelverket än i de "primära" annonseringsbestämmelserna vilka det hänvisas till i 20 kap. 13 § första stycket 1 respektive 21 kap. 1 § 3 LOU, se upphandlingsförordningen och kommissionens genomförandeförordning (EU) 2015/1986 av den 11 november 2015 om fastställande av standardformulär för offentliggörande av meddelanden om offentlig upphandling.

¹² Se Upphandlingsmyndighetens yttrande den 12 januari 2018 (UHM-2017-0248) över Ds 2017:48 Statistik på upphandlingsområdet, samt prop. 2018/19:142 s. 27.

¹³ Kammarrätten i Stockholm kom i ett avgörande den 11 september 2020 i mål nr 1673-20 fram till att en upphandlande myndighet som valt att publicera en annons om förhandsinsyn enligt 10 kap. 5 § LOU endast i TED men inte i den annonsdatabas myndigheten tidigare hade publicerat den ordinarie upphandlingen, var förenligt med regelverket. I och med den formellt korrekta förhandsinsynen avslög kammarrätten med stöd av 20 kap. 15 § 3 LOU leverantörens ansökan om överprövning av avtalets giltighet. Publiceringen av förhandsinsynen skedde före ikraftträdandet av bestämmelserna i LOU om att annonsering ska ske i en registrerad annonsdatabas. Det är oklart om kammarrättens slutsats hade blivit en annan om de nya reglerna hade varit tillämpliga.

och rimligt informerade leverantörer kan förmodas bevaka upphandlingsannonser som publiceras i TED. Bortsett från TED kan andra icke registrerade databaser däremot knappast anses leda till den konkurrensuppsökning som är avsedd i LOU. Det kan enligt vår mening därför inte uteslutas att domstolarna kommer acceptera annonsering i TED som tillräckligt i sig för att uppfylla annonseringskravet enligt LOU, men underkänna annonsering som sker på annat sätt utanför de registrerade databaserna.

3 Undantagen från lagens tillämpningsområde

I det här avsnittet redogörs för de undantag från upphandlingsskyldighet som återfinns i 3 kap. LOU, de lagvalsregler (uttrycka som undantag) som återfinns i upphandlingslagarna samt de undantag som endast återfinns i LUF.

3.1 Generella undantag

Av 3 kap. 6 § LOU följer att lagen inte gäller för upphandling eller en projekttävling som huvudsakligen syftar till att ge en upphandlande myndighet möjlighet att tillhandahålla eller driva ett allmänt kommunikationsnät eller tillhandahålla en elektronisk kommunikationstjänst för allmänheten (det så kallade teleundantaget). Vad som avses med allmänt kommunikationsnät respektive elektronisk kommunikationstjänst anges i lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation. Teleundantaget innefattar tillhandahållande av publika telenät och teletjänster, däribland bredbandsnät. Som allmänna kommunikationsnät anses också nät för överföring av tv- och radiosignaler samt nätverk för kabel-tv.¹⁴

Det bör uppmärksammas att teleundantagets tillämpning avgörs av den upphandlande myndighetens verksamhet. Teleundantaget omfattar samtliga upphandlingar, oavsett kontraktsföremål, som har som huvudsakligt syfte att möjliggöra myndighetens tillhandahållande och/eller drift av de tjänster som anges i 3 kap. 6 § LOU.¹⁵

I 3 kap. 7-9 §§ LOU återfinns tre generella undantag från LOU på grund av skyldigheter att följa internationellt avtalade eller på annat sätt reglerande bestämmelser om upphandling. Av 3 kap. 7 och 8 §§ LOU framgår att bestämmelser om upphandling som följer av multi- eller bilaterala internationella avtal eller

¹⁴ Prop. 2015/16:195 s. 956.

¹⁵ LUF innehåller därmed inte något teleundantag, eftersom sådan verksamhet inte utgör en försörjningssektor och därför inte omfattas av lagen. I sammanhanget kan nämnas att telekommunikationssektorn omfattades av det tidigare försörjningsdirektivet 93/38/EEG, men ströks vid införandet av det efterföljande försörjningsdirektivet 2004/17/EG till följd av den effektiva konkurrens som unionslagstiftaren ansåg hade tillkommit i sektorn, se skäl (5) i direktiv 2004/17/EG. Sedan införandet av direktiv 2004/17/EG utgör telesektorn inte längre en försörjningssektor.

som har fastställts av internationella organisationer under vissa omständigheter gäller istället för LOU.¹⁶ I 3 kap. 9 § LOU anges att upphandlingsregler som har fastställts av en internationell organisation eller finansinstitut gäller istället för LOU när en sådan organisation respektive institut helt finansierar upphandlingen eller projekttävlingen.

Av 3 kap. 10 § LOU följer att LOU inte gäller för tjänstekontrakt som tilldelas en upphandlande myndighet som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt att utföra tjänsten.¹⁷ Ensamrätten ska i praktiken innebära att ingen annan aktör kan tillhandahålla aktuella tjänster, vilket i sig motiverar undantaget eftersom det under sådana omständigheter inte finns någon konkurrens att uppsöka. Undantaget omfattar inte varu- eller byggentreprenadkontrakt. Bestämmelsen genomför artikel 11 i direktiv 2014/24/EU av vilken det även framgår att undantaget förutsätter att ensamrätten i fråga är förenlig med EUF-fördraget. Med författning avses sådana rättsregler som betecknas som föreskrifter i 8 kap. regeringsformen.¹⁸ I praktiken torde det vara mycket ovanligt förekommande i Sverige med sådana ensamrätter som omfattas av undantaget.¹⁹

3.2 Intern upphandling

I 3 kap. 11-16 §§ LOU återfinns bestämmelserna om så kallad ”intern” upphandling.²⁰ Undantagen tillkom ursprungligen genom EU-domstolens praxis, vilken under åren har kommit att bli förhållandevis omfattande. Rättspraxisen kodifierades och preciserades i 2014 års upphandlingsdirektiv.²¹

I bestämmelserna om intern upphandling anges att LOU inte gäller när motparten är en juridisk person eller en gemensam nämnd enligt kommunallagen (2017:725) och upphandlingen är intern enligt 12-16 §§ LOU. I dessa bestämmelser regleras fyra olika situationer i vilka intern upphandling kan föreligga samt undantagens närmare förutsättningar. Gemensamt för dessa situationer är att en upphandling ska anses vara en intern angelägenhet för en (eller flera) upphandlande myndigheter, varpå en annars rådande upphandlingsskyldighet inte föreligger, om den upphandlande myndigheten (beställaren) utövar tillräck-

¹⁶ Se vidare prop. 2015/16:195 s. 388 f. och 956 f.

¹⁷ Med ”upphandlande myndighet” avses även sammanslutningar av två eller fler upphandlande myndigheter, se 1 kap. 22 § LOU.

¹⁸ Se prop. 2015/16:195 s. 391.

¹⁹ Den författningsgrundade ensamrätten enligt 3 kap. 10 § LOU ska inte sammanblandas med sådan immaterialrättslig ensamrätt som avses i 6 kap. 14 § första stycket 3 LOU.

²⁰ Undantagen för intern upphandling kallas även in house-undantagen eller Teckal-undantagen efter EU-domstolens dom Teckal, C-107/98, EU:C:1999:344.

²¹ Att det var fråga om en kodifiering och precisering framgår av domen Rhein-Sieg-Kreis, C-266/17 och 267/17, EU:C:2019:241, punkt 77. Se även Gustavsson, Stefan, Något om upphandlingssamarbete via intern upphandling, UrT 2018 s. 219.

lig kontroll över motparten (leverantören) (det så kallade kontrollkriteriet) och leverantörens verksamhet i tillräckligt stor utsträckning utförs för beställaren (verksamhetskriteriet). Därtill får det inte finnas något direkt privat ägarintresse i leverantören.

I 3 kap. 12 § LOU anges att en upphandling ska vara intern om i) beställaren utövar kontroll över leverantören som motsvarar den kontroll som beställaren utövar över sin egen förvaltning (kontrollkriteriet), ii) leverantören utför mer än 80 procent av sin verksamhet för beställarens räkning eller för andra juridiska personer eller gemensamma nämnder enligt kommunallagen som beställaren utövar kontroll över (verksamhetskriteriet), samt iii) det saknas direkt privat ägarintresse i leverantören.²² Som exempel kan nämnas en kommuns ingående av avtal med ett aktiebolag som är helägt av kommunen.

Den upphandlande myndigheten ska anses utöva sådan kontroll som krävs för att verksamhetskriteriet ska vara uppfyllt om myndigheten har ett avgörande inflytande över leverantörens strategiska mål och viktiga beslut. Kontrollen kan också utövas av en annan juridisk person eller gemensam nämnd som också kontrolleras på samma sätt av myndigheten. Som exempel på det sistnämnda kan nämnas en kommuns anskaffning från ett aktiebolag (AB 1) som är helägt av ett annat aktiebolag (AB 2), vilket i sin tur är helägt av kommunen. Kommunen utövar då kontroll över AB 2, och AB 2 utövar kontroll över AB 1.

I 3 kap. 13 § LOU framgår att flera upphandlande myndigheter kan utöva kontrollen tillsammans (gemensam kontroll). Så är fallet om leverantörens beslutsorgan består av representanter från samtliga myndigheter, myndigheterna tillsammans har ett avgörande inflytande över leverantörens strategiska mål och viktiga beslut och leverantören inte har något eget intresse som strider mot myndigheternas intressen. Vid gemensam kontroll uppfylls verksamhetskriteriet genom att motparten utför mer än 80 procent av sin verksamhet för myndigheternas räkning eller för andra sådana juridiska personer eller gemensamma nämnder enligt kommunallagen som myndigheterna utövar kontroll över.²³ Något direkt privat ägarintresse i motparten får heller inte förekomma vid gemensam kontroll. Ett exempel på intern upphandling vid gemensam kontroll är en kommuns köp från ett aktiebolag som kommunen äger tillsammans med en annan kommun.

Genom 3 kap. 14 § LOU tillåts även omvända köp, dvs. det kontrollerade organets köp från det kontrollerande organet. En upphandling är intern om den upphandlande myndigheten som ingår avtalet står under en kontroll av motparten som motsvarar den som motparten utövar över sin egen förvaltning (kontrollkriteriet) och myndigheten utför mer än 80 procent av sin verksamhet

²² I 3 kap. 16 § LOU återfinns regler för beräkningen av verksamhetsandelar vid prövning av verksamhetskriteriet.

²³ 3 kap. 13 § första stycket 2 LOU.

för den kontrollerande motpartens räkning eller för andra juridiska personer eller gemensamma nämnder enligt kommunallagen som den kontrollerande motparten utövar kontroll över (verksamhetskriteriet). Något direkt privat ägarintresse i det kontrollerande organet (dvs. den part som är leverantör) får heller inte förekomma vid omvänd intern upphandling. Kontrollkriteriet ska prövas på motsvarande sätt som vid intern upphandling enligt 3 kap. 12 § LOU. Som exempel på intern upphandling som omfattas av 3 kap. 14 § LOU kan nämnas ett (annars upphandlingspliktigt) kommunalt aktiebolags köp från den kommun som äger bolaget.

Slutligen undantas i 3 kap. 15 § LOU även köp från en leverantör som kontrolleras av samma organ som beställaren. Undantaget förutsätter att leverantören utför mer än 80 procent av sin verksamhet för den kontrollerande personens räkning eller för andra som den kontrollerande personen utövar kontroll över. Något direkt privat ägarintresse i leverantören får heller inte förekomma. Som exempel på intern upphandling enligt 3 kap. 15 § LOU kan nämnas ett (annars upphandlingspliktigt) kommunalt aktiebolags köp från ett annat aktiebolag och båda bolagen är helägda av samma kommun.

Teckal-undantagens närmare innebörd är ett område som behandlats i ett relativt stort antal avgöranden från EU-domstolen. Förutsättningarna för intern upphandling har utretts grundligt i förarbeten och diskuteras alltjämt flitigt i både den svenska och den europeiska juridiska doktrinen. Frågorna kan vara både omfattande och komplexa och situationerna i vilka undantaget aktualiseras kan vara mycket varierande.

3.3 Upphandling mellan upphandlande myndigheter

I 3 kap. 17 och 18 §§ LOU återfinns undantaget för så kallade Hamburg-samarbeten.²⁴ Enligt 3 kap. 17 § LOU gäller inte lagen för upphandling mellan två eller flera upphandlande myndigheter om följande tre kumulativa förutsättningar är uppfyllda: i) upphandlingen ska syfta till att upprätta eller reglera formerna för ett samarbete mellan myndigheterna som ska säkerställa att sådana offentliga tjänster som myndigheterna ska utföra tillhandahålls för att uppnå myndigheternas gemensamma mål, ii) samarbetet styrs endast av överväganden som hänger samman med allmänintresset och iii) myndigheterna utövar mindre än 20 procent av den verksamhet som berörs av samarbetet på den öppna marknaden.

Att upphandlingen även kan syfta till att reglera formerna för ett samarbete har i förarbeten till LOU tolkats som att undantaget därigenom medger att upphandlande myndigheter ansluter sig i efterhand till ett redan befintligt samarbete.²⁵

²⁴ Efter EU-domstolens dom kommissionen/Tyskland, C-480/06, EU:C:2009:357 genom vilken möjligheten till sådant undantag klargjordes för första gången.

²⁵ Prop. 2015/16:195 s. 966.

Undantaget förutsätter att det är fråga om ett samarbete genom vilket de deltagande myndigheterna bidrar till fullgörandet av en offentlig tjänst.²⁶ Om avtalet istället endast innebär att en upphandlande myndighet köper tjänster från en annan upphandlande myndighet eller att samarbetet endast avser den ena myndighetens behov, är undantaget därför inte tillämpligt.²⁷ I sådant fall är det inte fråga om ett samarbete för att lösa en gemensam uppgift. Undantaget förutsätter däremot inte att alla medverkande myndigheter bidrar med samma tjänster eller i samma omfattning. De deltagande myndigheterna kan bidra med olika tjänster som kompletterar varandra.²⁸ Kravet på samarbete utesluter inte att det utgår ekonomisk kompensation mellan deltagarna. Sådan kompensation får dock inte innebära att det inte längre är fråga om ett samarbete som endast styrs av överväganden som hänger samman med allmänintresset.

Till skillnad från vad som gäller för undantaget för intern upphandling, förutsätter undantaget för upphandling mellan upphandlande myndigheter inte att någon av parterna utövar kontroll över den andra parten. En annan skillnad mot undantaget för intern upphandling är att typen av tjänster som samarbetet avser är avgörande för om det omfattas av Hamburgundantaget, eftersom undantaget är begränsat till ”offentliga tjänster” (3 kap. 17 § 1 LOU). Med begreppet ”offentliga tjänster” (som också återfinns i artikel 12.4 a i direktiv 2014/24/EU, vilken genomförs i svensk rätt genom 3 kap. 17 § LOU) tydliggörs att samarbetet ska avse utförande eller tillhandahållande av just tjänster och att dessa ska vara offentliga. I förarbetena till LOU antas att begreppet, trots att det anses svårtolkat, motsvarar begreppen ”allmännyttiga tjänster” och ”allmännyttiga uppdrag” enligt EU-domstolens praxis.²⁹ Hamburgundantaget anses därmed begränsat till tjänster som kan härledas till ett offentlighetsrättsligt åliggande för myndigheter att tillhandahålla tjänsterna i fråga, alternativt säkerställa att så sker. Enligt förarbetena medför det att samarbeten rörande renodlade administrativa tjänster inte omfattas av undantaget.³⁰ Enligt förarbetena tyder EU-domstolens

²⁶ Se domen Remondis, C-429/19, EU:C:2020:436, punkt 34.

²⁷ Se domen Remondis, C-429/19, EU:C:2020:436, punkt 34. För diskussion rörande krav på innehållet i de tjänster som samarbetet avser och möjligheterna att inkludera stödtjänster i Hamburgundantaget, se Rosén Andersson m.fl., *Lagen om offentlig upphandling – En kommentar*, JUNO version 3, kommentaren till 3 kap. 17 § LOU under rubriken ”Samarbetet ska avse offentliga tjänster”.

²⁸ Se skäl (33) i direktiv 2014/24/EU och domen Stadt Köln, C-796/18, EU:C:2020:395, punkterna 57 och 58. Jfr Upphandlingsmyndighetens vägledning *Samarbetsavtal – om s.k. Hamburgsamarbeten*, s. 26 ang. ”byte” av tjänster mellan upphandlande myndigheter.

²⁹ Domen kommissionen/Tyskland, C-480/06, EU:C:2009:357 och domen Lecce, C-159/11, EU:C:2012:817. Se prop. 2015/16:195 s. 966.

³⁰ Prop. 2015/16:195 s. 966. Se även kommissionens tillkännagivande *Vägledning för medlemsstaterna om urval av organ för genomförande av finansieringsinstrument* (2016/C 276/01) s. 16.

uttalanden i målen Hamburg³¹ och Lecce³² på att begreppet ”allmännyttiga tjänster” och ”allmännyttiga uppdrag” (och därmed offentliga tjänster enligt 13 kap. 17 § 1 LOU) ska tolkas restriktivt.³³ I senare praxis har EU-domstolen dock klargjort att Hamburgsamarbeten även kan innefatta alla typer av verksamheter som sammanhänger med utförandet av de aktuella tjänsterna. De tjänster som ingår i samarbetet kan därför även omfatta en verksamhet som är underordnad en offentlig tjänst under förutsättning att den underordnade verksamheten bidrar till att de offentliga tjänster som omfattas av samarbetet mellan de deltagande upphandlande myndigheterna faktiskt utförs.³⁴

Enligt 3 kap. 17 § 2 LOU förutsätter Hamburgundantaget att samarbetet i fråga endast styrs av överväganden som hänger samman med allmänintresset. Det innebär bland annat att privata leverantörer inte får gynnas.³⁵ Likaså kan den omständigheten att en eller flera av de deltagande upphandlande myndigheterna erhåller ersättning från övriga deltagande myndigheter, vilket i sig är tillåtet, och därigenom går med vinst på samarbetet, medföra att samarbetet även styrs av ekonomiska intressen och alltså inte endast av överväganden som sammanhänger med allmänintresset.³⁶

Av 3 kap. 17 § 3 LOU framgår slutligen att de upphandlande myndigheter som ingår i samarbetet även får tillhandahålla de offentliga tjänsterna i fråga på den privata marknaden vid sidan av det aktuella samarbetet. Undantaget förutsätter dock att myndigheten utövar mindre än 20 procent av den verksamhet som berörs av samarbetet på den öppna marknaden. Kriteriet känns igen från verksamhetskriteriet i undantagen för intern upphandling och syftar till att begränsa samarbetets eventuella påverkan på konkurrensen på marknaden.³⁷

³¹ Domen kommissionen/Tyskland, C-480/06, EU:C:2009:357, punkt 37.

³² Domen Lecce, C-159/11, EU:C:2012:817, punkt 37.

³³ Se prop. 2015/16:195 s. 966 med hänvisning till domen kommissionen/Tyskland, C-480/06, EU:C:2009:357, punkt 37 och domen Lecce, C-159/11, EU:C:2012:817, punkt 37.

³⁴ Se domen Stadt Köln, C-796/18, EU:C:2020:395, punkterna 59 och 60. Förhållandet mellan prop. 2015/16:195 s. 966 och EU-domstolens därefter meddelade dom Stadt Köln, C-796/18, EU:C:2020:395, kommenteras ingående i Rosén Andersson m.fl., Lagen om offentlig upphandling – En kommentar, JUNO version 3, kommentaren till 3 kap. 17 § LOU under rubriken ”Samarbetet ska avse offentliga tjänster”.

³⁵ Se domen Stadt Köln, C-796/18, EU:C:2020:395, punkterna 69, 70 och 76 och skäl 31 till direktiv 2014/24/EU.

³⁶ Jfr skäl (33) i direktiv 2014/24/EU. Enligt Upphandlingsmyndigheten begränsas därmed rätten för deltagande upphandlande myndigheter att få ersättning av övriga deltagande myndigheter i praktiken till konstandstäckning. Se Upphandlingsmyndighetens vägledning Samarbetsavtal – om s.k. Hamburgsamarbeten, s. 40.

³⁷ Se kommissionens Vägledning för medlemsstaterna om urval av organ för genomförande av finansieringsinstrument (2016/C 276/01), s. 14 ff. Närmare bestämmelser om beräkning av verksamhetsandelar återfinns i 3 kap. 16 § LOU.

3.4 Förvärv eller hyra av fastighet m.m.

I 3 kap. 19 § LOU anges att LOU inte gäller för kontrakt som avser förvärv av fastighet, arrenderätt, hyresrätt, bostadsrätt, tomträtt, servitutsrätt eller någon annan rätt till fastighet. I andra stycket preciseras undantagets tillämpningsområde genom ett förtydligande av att begreppet ”fastighet”, vilket innefattar det som enligt jordabalken utgör eller tillhör en fastighet. Undantaget motiveras främst av den avsaknad av utbytbart som finns mellan fastigheter, varpå den gränsöverskridande handel som unionslagstiftningen på upphandlingsområdet syftar till att säkerställa, inte kan bli aktuell.

Undantagets närmare innebörd har gett upphov till såväl relativt omfattande rättspraxis som juridisk diskussion, särskilt rörande gränsdragningen mellan undantaget och (annars upphandlingspliktiga) byggentreprenader enligt 1 kap. 9 § LOU. Det är nämligen inte svårt att föreställa sig avtalsförhållanden mellan upphandlande myndigheter och leverantörer som har inslag av både tillgång till fastighet (företrädesvis köp eller hyra) som är undantagna enligt i 3 kap. 9 § LOU och uppförande av en byggnad enligt 1 kap. 9 § LOU. Det kan i vissa fall vara omöjligt att dela upp upphandlingen i två kontrakt.³⁸

EU-domstolen har i ett antal avgöranden prövat om avtal som innehåller sådana blandade fång omfattas av upphandlingsskyldighet. Kvalificeringen av sådana blandade kontrakt (som alltså både innehåller en upphandlingspliktig byggentreprenad och hyra eller köp av en fastighet) ska göras utifrån vad som är kontraktets huvudsakliga syfte. Hur parterna har valt att benämna avtalet har därmed ingen betydelse för dess upphandlingsrättsliga klassificering.³⁹ Av domstolens praxis följer att undantaget kan omfatta hyra av lokaler i byggnader som inte uppförts vid tidpunkten för avtalets ingående.⁴⁰ Undantaget är däremot inte tillämpligt om uppförandet av byggnaden tillgodoser de behov som den upphandlande myndigheten har specificerat.⁴¹ Så är fallet om den upphandlande myndigheten har vidtagit åtgärder för att definiera byggentreprenadens särdrag alternativt utövat ett avgörande inflytande över dess projektering.⁴²

³⁸ Varpå den upphandlingspliktiga byggentreprenaden kan upphandlas för sig och myndigheten därutöver kan ingå separat avtal om köp eller hyra av fastighet utan tillämpning av LOU.

³⁹ Se bl.a. domen kommissionen/Tyskland, C-536/07, EU:C:2009:664, punkt 57 och domen Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, punkt 40 och däri angiven rättspraxis samt domen kommissionen/Österrike, C-537/19, EU:C:2021:319, punkt 46.

⁴⁰ Se EU-domstolens avgörande i domen kommissionen/Österrike, C-537/19, EU:C:2021:319, punkt 48 med hänvisning till domen Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, punkterna 53 och 60.

⁴¹ Se domen kommissionen/Österrike, C-537/19, EU:C:2021:319, med hänvisning till domen kommissionen/Tyskland, C-536/07, EU:C:2009:664, punkt 55 och domen Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, punkt 43 och där angiven rättspraxis.

⁴² Domen kommissionen/Österrike, C-537/19, EU:C:2021:319, punkt 50 med hänvisning till domen Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, punkt 44 och där angiven rättspraxis.

Som exempel på detta kan nämnas specifikation från den upphandlande myndigheten som går längre än de krav som en hyresgäst vanligtvis ställer på utformningen av hyrda lokaler.⁴³

3.5 Övriga undantag

I 3 kap. 20 § LOU återfinns det så kallade ”broadcastingundantaget”. Enligt första punkten gäller inte LOU för upphandlingar som genomförs av en upphandlande myndighet som är en leverantör av medietjänster och som avser anskaffning, utveckling, produktion eller samproduktion av programmaterial avsett för medietjänster. Den som tillhandahåller programmaterial kan i sin tur också vara en upphandlande myndighet eller ett privat företag. Undantaget avser såväl nya program (inkl. förberedande tjänster som behövs för att genomföra programmet) som redan befintliga (”off-the-shelf programmes”).⁴⁴ Enligt andra punkten i samma bestämmelse gäller LOU inte heller för en upphandlande myndighets upphandling av sändningstid eller program inom radio- och tv-området som tillhandahållas av en leverantör av medietjänster. En leverantör av sändningstid eller program kan antingen i sin tur vara en upphandlande myndighet eller en privat aktör. Den närmare innebörden av begreppet ”leverantör av medietjänster” återfinns i radio- och TV-lagen (2010:696).⁴⁵

Undantaget motiveras av att upphandlande myndigheter bör kunna ta hänsyn till kulturella och sociala överväganden vid upphandling av audiovisuella medie- och radiotjänster, något som enligt unionslagstiftaren inte lämpar sig för offentlig upphandling. Undantaget omfattar såväl radio- och tv-tjänster som beställtjänster (t.ex. streaming). Undantaget omfattar däremot endast programmaterial och sändningstider och inte t.ex. teknisk utrustning som den upphandlande myndigheten använder i sin egen programproduktion.⁴⁶

Enligt 3 kap. 21 § LOU gäller lagen inte för upphandlingar som avser skiljemanna- eller förlikningsuppdrag. Undantagen motiveras av att sådana uppdrag vanligen tillhandahålls av organ eller fysiska personer som utses på ett sätt som inte möjliggör tilldelning av uppdrag genom upphandling enligt LOU.⁴⁷

Enligt 3 kap. 22 § LOU gäller lagen inte för upphandlande myndigheters anlitande av advokat avseende biträde i skiljemanna- eller förlikningsförfarande eller vid rättsligt förvarande i svensk eller internationell domstol eller myndighet.

⁴³ Domen kommissionen/Österrike, C-537/19, EU:C:2021:319, punkt 51 med hänvisning till domen kommissionen/Tyskland, C-536/07, EU:C:2009:664, punkt 58.

⁴⁴ Se skäl (23) i direktiv 2014/24/EU. I förarbetena nämns manusskrivning och artistuppträdanden som exempel på sådana förberedande tjänster, se prop. 2015/16:195 s. 968.

⁴⁵ Se 3 kap. 20 § andra stycket LOU.

⁴⁶ Se skäl (23) i direktiv 2014/24/EU och EU-domstolens dom Bayerischer Rundfunk, C-337/06, EU:C:2007:786.

⁴⁷ Se skäl (24) i direktiv 2014/24/EU.

Undantaget omfattar även juridisk rådgivning som ges av advokat inför sådana förfarande om det finns en påtaglig indikation för och är mycket sannolikt att ett sådant förfarande kommer att inledas. Undantaget förutsätter därvid en tydlig koppling mellan de anskaffade tjänsterna och det förestående rättsliga förfarandet.⁴⁸ Undantaget omfattar såväl advokats biträde till den upphandlande myndigheten som när myndigheten förordnar en advokat åt en enskild i ett ärende hos myndigheten.⁴⁹ Det bör uppmärksammas att undantaget endast omfattar anlitande av en advokat, inte juridiska tjänster från andra jurister.⁵⁰

I 3 kap. 24 § LOU framgår att lagen inte gäller för upphandlingar som avser vissa finansiella tjänster i samband med utfärdande, försäljning, förvärv eller överlåtelse av värdepapper eller andra finansiella instrument, verksamhet som rör förvaltning av statsskulden eller som avser tjänster som utförs av en centralbank, insatser som genomförs tillsammans med Europeiska finansiella stabiliseringsfaciliteten och Europeiska stabilitetsmekanismen samt lån, även i samband med utfärdande, försäljning, förvärv eller överlåtelse av värdepapper eller andra finansiella instrument. Av förarbetena till LOU anges exempel på vilka tjänster som utgör ”finansiella tjänster”.⁵¹

I 3 kap. 25 § LOU anges att lagen inte gäller för anställningskontrakt. Att sådana kontrakt inte omfattas av upphandlingslagsskyldighet kan framstå som självklart. I det enskilda fallet kan det dock uppstå gränsdragningsfrågor om ett visst rättsförhållande mellan en upphandlande myndighet och t.ex. en konsult rätteligen ska kvalificeras som ett tjänstekontrakt (som omfattas av LOU) eller ett anställningsförhållande (som inte omfattas av LOU).⁵²

Enligt 3 kap. 26 § LOU gäller lagen inte för upphandlingar av tjänster från icke-vinstdrivande organisationer eller sammanslutningar och som avser civilt försvar, räddningstjänster eller förebyggande av fara enligt vissa angivna CPV-koder. Ambulanstjänster där själva transporten i sig är det huvudsakliga syftet med tjänsten ingår inte i undantaget och är därför (som utgångspunkt) upphandlingspliktiga.⁵³

Vidare innehåller 3 kap. 27 § LOU undantag för upphandling av tjänster som avser vissa politiska kampanjer. Undantaget torde sakna praktisk betydelse för

⁴⁸ Se prop. 2015/16:195 s. 970.

⁴⁹ Se prop. 2015/16:195 s. 969.

⁵⁰ Se vidare prop. 2015/16:195 s. 409 f.

⁵¹ Se prop. 2015/16:195 s. 971 där det anges att tjänsterna utgörs av sådana tjänster som enligt CPV-nomenklaturen enligt 4 kap. 19 § LOU ingår i huvudgruppen 6000000-0 ”finans- och försäkringstjänster” med tillhörande grupper och undergrupper.

⁵² Vilka faktorer som kan vara relevanta för en sådan bedömning diskuteras bl.a. i SOU 2001:31 Mer värde för pengarna, se s. 213 ff.

⁵³ Se domen Falck Rettungsdienste, C-465/17, EU:C:2019:234 och prop. 2015/16:195 s. 417 f.

svenskt vidkommande, eftersom politiska partier i Sverige är privata rättssubjekt som inte omfattas av upphandlingsskyldighet.⁵⁴

Av 1 kap. 5 § LOU följer att lagen endast omfattar upphandling av vissa angivna forsknings- och utvecklingstjänster om resultaten av forskningen uteslutande tillkommer den upphandlande myndigheten i den egna verksamheten och den tillhandahållna tjänsten betalas helt av den upphandlande myndigheten. Med andra ord är sådana tjänster undantagna upphandlingsskyldighet om resultatet tillkommer annan än den upphandlande myndigheten eller om tjänsterna (helt eller delvis) finansieras av annan än myndigheten. 1 kap. 5 § LOU är formulerad som en positiv bestämmelse och återfinns dessutom i ett annat kapitel i lagen, men ger alltså uttryck för ett undantag från upphandlingsskyldigheten (det så kallade forskningsundantaget).⁵⁵

3.6 Lagvalsregler

Under vissa omständigheter kan frågan uppkomma vilken av upphandlingslagarna som är tillämplig på en viss upphandling eller på ett visst kontrakt. Så kan t.ex. vara fallet om ett offentligt styrt organ omfattas av LOU men också bedriver verksamhet i någon av försörjningssektorerna. För att undvika att flera upphandlingslagar blir tillämpliga samtidigt har ett antal lagvalsregler införts i upphandlingslagstiftningen. Dessa regler, som återfinns i 3 kap. LOU, har getts utformningen av undantag. I egentlig mening utgör reglerna inga undantag från upphandlingsskyldigheten, eftersom de istället endast innebär att upphandlingsskyldighet (som utgångspunkt) gäller enligt någon annan av upphandlingslagarna.

I 3 kap. 1 § LOU klargörs att LOU inte gäller för upphandlingar och projektävlingar som omfattas av LUF eller som är undantagna LUF enligt 3 kap. 4, 10 eller 24 § LUF. LOU ska därmed inte tillämpas på upphandlingar eller projektävlingar som omfattas av eller är undantagna LUF.⁵⁶

I 3 kap. 3 § LOU respektive 3 kap. 1 § LUF framgår att LOU och LUF inte ska tillämpas på upphandling eller projektävling som omfattas av LUF eller är undantagna LUF enligt dess 1 kap. 7-10 §§. Av 3 kap. 4 och 5 §§ LOU respektive 3 kap. 2 och 3 §§ LUF framgår att LOU och LUF inte gäller för upphandlingar eller projektävlingar om skyddet av Sveriges väsentliga säkerhetsintressen omöjliggör sådan upphandling.

⁵⁴ Se prop. 2015/16:195 s. 420.

⁵⁵ Se prop. 2015/16:195 s. 330 f.

⁵⁶ I 3 kap. 2 § LOU återfinns undantag med motsvarande innebörd avseende undantag för vissa posttjänster enligt 2 kap. 13 § tredje stycket LUF. En upphandlande enhet som bedriver verksamhet i försörjningssektorn "posttjänster" och som också är en upphandlande myndighet behöver därmed inte tillämpa LOU på upphandlingar som avser sådana posttjänster som är undantagna LUF enligt dess 2 kap. 13 § tredje stycket LUF.

Lagvalsbestämmelserna i LOU och LUF avser ”upphandlingar och projektävlingar”. Som det får förstås reglerar lagvalsbestämmelserna även frågan om tillämplig lag på ingångna kontrakt, däribland bestämmelserna om ändring av kontrakt, vilka inte avser någon ”upphandling” enligt 1 kap. 2 § LOU respektive 1 kap. 2 § LUF.

3 kap. 28 § LOU innehåller undantag från upphandlingsplikt för kontrakt som avser kollektivtrafik på järnväg, med tunnelbana eller på vatten. Avtal rörande sådan kollektivtrafik omfattas istället av förordning 1370/2007 (kollektivtrafikförordningen), vilken för svenskt vidkommande kompletteras av lagen (2010:1065) om kollektivtrafik. I 4 a kap. 5 § nämnda lag anges att vissa bestämmelser i LUK ska tillämpas vid upphandling som avses i artikel 5.3 i kollektivtrafikförordningen avseende kollektivtrafik på järnväg, med tunnelbana eller på vatten samt för sådan kollektivtrafik som utförs som tjänstekoncessioner. Begreppet ”järnväg” innefattar inte upphandling av kollektivtrafik med spårvagn. Upphandlingar av tjänstekontrakt avseende spårvagn omfattas därför, precis som tjänstekontrakt avseende kollektivtrafik med buss, av LOU alternativt LUF.⁵⁷

3.7 Undantag som endast återfinns i LUF

I LUF återfinns ett antal undantag som är specifika för upphandling inom försörjningssektorerna. I 3 kap. 4 § LUF anges att lagen inte omfattar anskaffningar som görs i syfte att återförsälja eller hyra ut kontraktsföremålet till tredje man. Undantaget omfattar inte upphandlingar som genomförs av en inköpscentral för att den ska kunna bedriva centraliserad inköpsverksamhet. Undantaget förutsätter att den upphandlande enheten inte har någon särskild rättighet eller ensamrätt att sälja eller hyra ut kontraktsföremålet. I tidigare förarbeten angavs att undantaget kräver att det råder fullständig konkurrens på marknaden för det som är föremål för återförsäljningen eller uthyrningen.⁵⁸ Konkurrenstrycket medför att risken för nationella preferenser minskar i sådan utsträckning att något skäl för reglering av upphandlingar inte längre föreligger.

LUF gäller vidare inte för verksamheter som visserligen omfattas av lagens tillämpningsområde enligt 2 kap. 1-8 §§, men som bedrivs i en stat utanför EES och utan fysiskt användande av något nät eller geografiskt område i en EES-stat.

Enligt 3 kap. 10 § LUF omfattar LUF inte upphandlingar som avser anskaffning av vatten som görs av en upphandlande enhet som bedriver verksamhet enligt 2 kap. 1 § LUF som avser dricksvatten. Det innebär att anskaffning av så kallat råvatten för rening till dricksvatten inte omfattas av LUF. Likaså omfattar LUF inte upphandlingar som avser leverans av energi eller bränsle för energiproduktion

⁵⁷ Se 4 a kap. 5 § lagen (2010:1065) om kollektivtrafik och prop. 2016/17:28 s. 21 f.

⁵⁸ Prop. 2006/07:128 s. 456.

som görs av en upphandlande enhet som bedriver verksamhet enligt 2 kap. 1 § LUF som avser el, gas eller värme eller bedriver verksamhet som avses i 2 kap. 8 § LUF (bränsleundantaget). Som exempel kan nämnas anskaffning av bränsle (t.ex. torv och flis) för förbränning i fjärrvärmeverk. Undantagets närmare innebörd behandlas inte i förarbetena till LUF. I tidigare förarbeten antas att undantagen motiveras av att vatten regelmässigt hämtas från närbelägna källor och att övriga i paragrafen nämnda marknader ansetts så reglerade att det funnits litet utrymme för konkurrens.⁵⁹

LUF innehåller ytterligare möjligheter till undantag vid koncerninterna upphandlingar, vilka kompletterar bestämmelserna om intern upphandling (3 kap. 11-16 §§ LUF) och upphandling mellan upphandlande myndigheter (3 kap. 17 och 18 §§ LUF).⁶⁰ Av 3 kap. 20 § första punkten LUF framgår att lagen inte gäller för kontrakt som en upphandlande enhet tilldelar ett så kallat ”anknutet företag”.⁶¹ Med anknutet företag avses företag som en upphandlande enhet har ett bestämmande inflytande över, företag som har ett bestämmande inflytande över en upphandlande enhet och företag som tillsammans med en upphandlande enhet står under bestämmande inflytande av ett annat företag på grund av ägande eller finansiellt deltagande eller på grund av de regler företaget lyder under.⁶² Den närmare innebörden av begreppet ”bestämmande inflytande” anges i 3 kap. 19 § tredje stycket LUF och ska anses föreligga om en upphandlande enhet, direkt eller indirekt, äger majoriteten av andelarna i företaget, kontrollerar majoriteten av rösttalet på grund av aktieäggande eller motsvarande, eller kan utse mer än halva antalet ledamöter i företagens styrelse eller motsvarande ledningsorgan. Med anknutet företag avses även alla företag vars årsräkenskaper konsolideras med den upphandlande enhetens enligt vissa bestämmelser om årsbokslut och koncernredovisningar⁶³, vilket i praktiken innefattar företag som ingår i samma koncern.⁶⁴

Enligt andra punkten i 3 kap. 20 § LUF undantas även kontrakt som ett samriskföretag (”joint venture”⁶⁵), som har bildats av flera upphandlande enheter för att bedriva försörjningsverksamhet, tilldelar till ett företag som är anknutet till någon av de upphandlande enheter som bildat samriskföretaget.

⁵⁹ Prop. 2006/07:128 s. 461.

⁶⁰ Det kan noteras att undantagen för intern upphandling och mellan upphandlande myndigheter i LUF inte är tillämpliga för upphandlande enheter som inte också utgör upphandlande myndigheter. Däremot gäller undantagen för anknutna företag och samriskföretag också för upphandlande enheter.

⁶¹ 3 kap. 20 § 1 LUF.

⁶² 3 kap. 19 § LUF.

⁶³ Direktiv 2013/34/EU om årsbokslut, koncernredovisning och rapporter i vissa typer av företag i dess lydelse enligt rådets direktiv 2014/102/EU, vilket svenskt vid kommande har genomförts genom bl.a. årsredovisningslagen (1995:1554) och bokföringslagen (1999:1078).

⁶⁴ 3 kap. 19 § andra stycket LUF.

⁶⁵ Se den engelska versionen av artikel 29.3 (b) i direktiv 2014/25/EU.

Undantagen enligt 3 kap. 20 § förutsätter att leverans med anledning av tilldelningen av varu-, tjänste- eller byggtreprenadkontrakt motsvarar minst 80 procent av det anknutna företags genomsnittliga omsättning av varor, tjänster respektive byggtreprenader under de föregående tre åren (den så kallade 80/20-regeln).⁶⁶

Av 3 kap. 22 § LUF framgår att lagen inte gäller kontrakt som samriskföretag, som bildats av flera upphandlande enheter för att bedriva försörjningsverksamhet, tilldelar en av de enheter som bildat samriskföretaget (första punkten). Vidare gäller inte lagen för kontrakt som en upphandlande enhet tilldelar ett samriskföretag som enheten ingår i (andra punkten). Dessa undantag förutsätter att samriskföretagets verksamhet i en försörjningssektor pågår i minst tre år och att de bildande upphandlande enheterna deltar under minst lika lång tid.⁶⁷

Bestämmelserna om anknutna företag och samriskföretag gäller parallellt med bestämmelserna om intern upphandling (3 kap. 11-16 §§ LUF) och upphandling mellan upphandlande myndigheter (3 kap. 17 och 18 §§ LUF). En upphandlande enhet kan alltså välja att tillämpa bestämmelserna om anknutna företag, även om ett kontrakt också uppfyller förutsättningarna för att vara undantaget enligt dessa bestämmelser.⁶⁸

I 3 kap. 24 § LUF anges att lagen inte gäller om kommissionen har fastställt att verksamheten är direkt konkurrensutsatt på marknader med fritt tillträde och försörjningsdirektivet därmed inte omfattas av upphandlingsskyldighet. Upphandlande enheter har möjlighet att ansöka hos kommissionen om att deras verksamhet i en försörjningssektor helt eller delvis ska undantas. Närmare bestämmelser om under vilka omständigheter undantag ska medges respektive förfarandet för sådan ansökan återfinns i artikel 34 och 35 i direktiv 2014/25/EU.⁶⁹

4 Förhandlat förfarande utan föregående annonsering och direktupphandling

4.1 Inledning

I vissa situationer som i sig omfattas av upphandlingsskyldighet enligt LOU kan en upphandlande myndighet undantagsvis ha rätt att genomföra ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering, som i praktiken är en slags direktupphandling. Av skäl 50 till direktiv 2014/24/EU framgår att förfarandet kan ha

⁶⁶ 3 kap. 21 § LUF.

⁶⁷ 3 kap. 22 § andra stycket LUF.

⁶⁸ Se prop. 2015/16:195 s. 384 och artikel 30 i direktiv 2014/25/EU.

⁶⁹ Kommissionen publicerar en sammanställning över beslut om undantag på sin hemsida, se https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/rules-implementation/exempt-markets_en. Se även Stefansson, Hampus, Ansökan om undantag från LUF-direktivet, UrT 2019 s. 119.

skadliga effekter för konkurrensen och därför endast bör användas under ”mycket exceptionella omständigheter”. Under 1990-talet och 2000-talet utvecklades en förhållandevis sträng praxis från EU-domstolen rörande tillämpningen dessa undantag. Många av målen i EU-domstolen avser talan om fördragsbrott där kommissionen ifrågasatt icke-annonserade kontraktstilldelningar som gjorts i en medlemsstat. Den stränga praxisen bör enligt vår mening ses i ljuset av att det finns en inneboende risk att upphandlande myndigheter i medlemsstaterna annars, som en följd av t.ex. bristande planering, favorisering av inhemska leverantörer eller till och med korruption, skulle överutnyttja dessa undantag och därigenom urholka upphandlingslagstiftningen.

4.2 Ingen leverantör som kan antas

Enligt 6 kap. 12 § LOU får en upphandlande myndighet använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte har lämnats några lämpliga anbudsansökningar eller anbud. Den upphandlande myndigheten får vid det förhandlade förfarandet utan föregående annonsering inte väsentligen ändra de villkor som angetts i de ursprungliga upphandlingsdokumenten i den annonserade upphandlingen. Enligt 6 kap. 13 § LOU ska en anbudsansökan anses olämplig om leverantören ska eller kan uteslutas enligt reglerna i 13 kap. eller om leverantören inte uppfyller de kvalificeringskrav som ställts i den annonserade upphandlingen. Ett anbud ska anses olämpligt om det är irrelevant för kontraktet och därför uppenbart inte utan väsentliga ändringar kan tillgodose den upphandlande myndighetens krav enligt upphandlingsdokumenten. I förarbetena uttalar regeringen att det ligger i sakens natur att om inga anbudsansökningar eller anbud har lämnats, har heller inga lämpliga anbudsansökningar eller anbud lämnats.⁷⁰ I sådant fall får undantaget användas.

En bestämmelse som sannolikt har en begränsad praktisk betydelse finns i 6 kap. 16 § LOU och har rubriken Ogiltiga eller oacceptabla anbud. Enligt bestämmelsen får den upphandlande myndigheten i de fall som avses i 6 kap. 6 § avstå från att annonsera en upphandling på nytt om det i den tidigare upphandlingen endast inkommit anbud som är ogiltiga eller oacceptabla. Däremot får endast de anbudsgivare som inte ska uteslutas enligt 13 kap., uppfyller kvalificeringskraven i 14 kap. samt uppfyller alla övriga formella krav i upphandlingen bjudas in. Helt nya leverantörer får alltså inte bjudas in. Det kan ifrågasättas om det någonsin kan finnas anbudsgivare som samtidigt å ena sidan uppfyller alla krav men å andra sidan lämnat anbud som är ogiltiga eller oacceptabla. I vart fall torde det vara högst ovanligt.

⁷⁰ Prop. 2015/16:195 s. 997.

4.3 Konstnärliga skäl, tekniska skäl och ensamrätt

Enligt första punkten i 6 kap. 14 § första stycket LOU får förhandlat förfarande utan föregående annonsering användas om det som ska upphandlas kan tillhandahållas endast av en viss leverantör därför att syftet med upphandlingen är att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation. Detta undantag för konstnärliga skäl är långtifrån tillämpligt vid all offentlig upphandling av konst. I och med kraven att konstverket eller den konstnärliga prestationen ska vara unik och endast kunna tillhandahållas av en leverantör, accentueras att konstverket bör ha en hög grad av individualitet eller egenart i utförandet som ingen annan leverantör bedöms kunna åstadkomma eller efterlikna. Av skäl 50 till direktiv 2014/24/EU följer att undantaget kan vara tillämpligt när det objektivt sett endast finns en leverantör för att konstnärens identitet i sig avgör konstföremålets unika art och värde. Äldre lydelse av undantaget för konstnärliga skäl har prövats av Högsta förvaltningsdomstolen i RÅ 2008 ref. 79 och RÅ 2009 not. 134. Det finns också en förhållandevis omfattande kammarrättspraxis rörande undantaget för konstnärliga skäl.⁷¹

Enligt andra punkten i 6 kap. 14 § första stycket LOU får förhandlat förfarande utan föregående annonsering användas om det som ska upphandlas kan tillhandahållas endast av en viss leverantör därför att det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens. Undantaget får enligt bestämmelsens andra stycke endast användas om det inte finns något rimligt alternativ och avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen.

Enligt tredje punkten i 6 kap. 14 § första stycket LOU får förhandlat förfarande utan föregående annonsering användas om det som ska upphandlas kan tillhandahållas endast av en viss leverantör därför att det som ska anskaffas skyddas av ensamrätt och därför endast kan tillhandahållas av en leverantör. Av artikel 32.2 b) direktiv 2014/24/EU och förarbetena framgår att immateriella rättigheter (t.ex. patent eller upphovsrätt) utgör ensamrätter enligt den aktuella bestämmelsen. Det är inte tillräckligt att varan eller tjänsten omfattas av en ensamrätt för att undantaget ska vara tillämpligt. Det ska också på grund av ensamrätten vara omöjligt för någon annan leverantör att utföra uppdraget.⁷²

⁷¹ Se bl.a. Kammarrätten i Stockholms dom den 27 juni 2016 i mål nr 8254-16, domar den 27 juni 2017 i mål nr 8254-16 och 6434-16, samt domar den 19 mars 2019 i mål nr 9237-18 och 9238-18.

⁷² Se EU-domstolens dom kommissionen/Spanien, C-328/91, EU:C:1994:178, punkt 17.

4.4 Synnerlig brådska

Ett av de undantag som åberopas oftast av upphandlande myndigheter är synnerlig brådska.⁷³ Enligt 6 kap. 15 § LOU får en upphandlande myndighet 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. För att undantaget för synnerlig brådska ska få användas måste alltså det som anskaffas vara av mycket stor vikt – absolut nödvändigt. I det kravet inbegrips också att det avtal som ingås på grund av synnerliga brådska inte får vara mer omfattande eller sträcka sig längre än vad nöden kräver. Att t.ex. ingå ett avtal som sträcker sig över flera år trots att det är möjligt att slutföra en annonserad upphandling av samma tjänster inom några månader kan sannolikt inte anses vara absolut nödvändigt. Kammarrätterna har i några tidigare avgöranden sett mycket strängt på frågan om avtalens längd och andra villkor rörande kontraktstiden i förhållande till rekvisitet att anskaffningen ska vara absolut nödvändig.⁷⁴

I och med rättsfallet HFD 2019 ref. 65 får kraven på avtalsvillkor som inte går längre än nödvändigt enligt vår bedömning anses ha mildrats något av Högsta förvaltningsdomstolen jämfört med nämnda kammarrättsavgöranden. Enligt Högsta förvaltningsdomstolens mening är det anskaffningen i sig, dvs. kontraktsföremålet, som ska vara absolut nödvändig för att undantagsbestämmelsen ska kunna tillämpas. Detta innebär dock inte att avtalets innehåll saknar betydelse för bedömningen. Direktupphandling på grund av synnerlig brådska får inte användas för att säkerställa att ett trängande behov inte uppstår i en obestämd framtid, utan endast för att tillgodose ett trängande behov som faktiskt har uppstått eller kan förväntas uppstå inom kort. Om det av avtalsvillkoren inte klart framgår att så är fallet utan det i stället vid en tolkning av dessa framstår som om anskaffningen görs för att kringgå reglerna om annonsering av en upphandling kan anskaffningen enligt HFD 2019 ref. 65 inte anses vara absolut nödvändig (se punkt 47). Högsta förvaltningsdomstolen fann i det aktuella målet, till skillnad från underinstanserna, att de aktuella avtalen fick anses ha varit absolut nödvändiga (se punkterna 48-50).

Att den uppkomna brådskan inte får tillskrivas och inte heller har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten, betyder att bristande planering inte gör att undantaget för synnerlig brådska får användas, hur viktig anskaffningen än är. Det ställs höga krav på att en upphandlande myndighet har en god organisation

⁷³ Se även Sundstrand, Andrea, *Upphandling i tider av synnerlig brådska*, UrT 2020 s. 15.

⁷⁴ Se t.ex. Kammarrätten i Stockholms dom den 23 februari 2016 i mål nr 6421-15 och Kammarrätten i Göteborgs dom den 3 december 2018 i mål nr 3295—3366-18.

och framförhållning i sin planering. I rättsfallet HFD 2017 ref. 66 fann Högsta förvaltningsdomstolen att ett beslut av regeringen om att en statlig myndighet skulle inrätta sin verksamhet vid en viss tidpunkt inte berättigade den nybildade myndigheten att ingå avtal utan föregående annonsering med stöd av bestämmelsen om synnerlig brådska i 2007 års LOU. Högsta förvaltningsdomstolen fann att den brådska som uppkom för att få myndigheten funktionsduglig till det bestämda datumet berodde på den snäva tidsram som regeringen hade satt upp. Ett regeringsbeslut om att en myndighet ska inleda sin verksamhet vid en viss tidpunkt kan enligt Högsta förvaltningsdomstolen inte i sig anses utgöra en oförutsedd omständighet i den mening som avses i bestämmelsen. Det hade inte heller framkommit att den av regeringen beslutade tidsramen motiverats av omständigheter som inte hade kunnat förutses (av regeringen).

I HFD 2017 ref. 66 existerade inte den upphandlande myndigheten förrän samma dag som myndigheten utan föregående annonsering ingick avtalet med leverantören. Enligt vår mening kan det ifrågasättas om agerandet verkligen ska underkännas för att den uppkomna brådskan inte var en oförutsedd omständighet för den nybildade myndigheten. En upphandlande myndighet som inte existerade förrän samma dag som avtalet ingicks kan ju inte ha kunnat förutse de omständigheter som ledde till avtalsingåendet. Istället hade det enligt oss varit mer logiskt att underkänna agerandet på den grunden att det inte kunde anses vara absolut nödvändigt i den mening som avses i nuvarande 6 kap. 15 § LOU för den nybildade myndigheten att efterkomma regeringens beslut. Utfallet i det aktuella målet hade dock blivit detsamma oavsett vilket synsätt som anläggs.

Undantaget för synnerlig brådska aktualiseras ofta när en annonserad upphandling blir föremål för en överprövningsprocess. Under domstolsprocessen får avtal i upphandlingen normalt inte ingås, vilket kan leda till att tidigare avtal hinner löpa ut och den upphandlande myndigheten står utan leverantör av de aktuella varorna eller tjänsterna. Att en upphandling blir föremål för en överprövningsprocess har i praxis i sig ansetts vara en omständighet upphandlande myndigheter kan förutse. Den centrala frågan är hur lång tid en överprövningsprocess kan pågå innan det enligt 6 kap. 15 § LOU inte längre krävs att den upphandlande myndigheten tagit höjd för tidsutdräkten, utan myndigheten istället tillfälligt kan lösa anskaffningsbehovet genom ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Enligt ett yttrande från Konkurrensverket år 2010 ansågs den tid som det normalt tar för en fullständig prövning i två instanser (förvaltningsrätt och kammarrätt där prövningstillstånd beviljas) tas med i den upphandlande myndighetens beräkning och planering.⁷⁵ Kammarrätterna har i ett antal avgöranden i början på 2010-talet bedömt frågan på ett likartat sätt, även om praxisen

⁷⁵ Konkurrensverkets yttrande den 25 augusti 2010, dnr 346/2010.

inte är helt entydig.⁷⁶ I den så kallade Överprövningsutredningen (SOU 2015:12) gjordes ett försök att, genom ett tillägg i lagtexten i dåvarande motsvarighet till 6 kap. 15 § LOU, öka möjligheten till icke-annonserad upphandling på grund av en överprövningsprocess. Enligt utredningens förslag skulle det anses vara oförutsebart om en överprövningsprocess fortgick i mer än en domstolsinstans.⁷⁷ Även Konkurrensverket frångick år 2015 sin tidigare uppfattning till förmån för den mer tillåtande inställningen att ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering får ske på grund av synnerlig brådska efter den tid det statistiskt sett tar för en överprövningsprocess i första domstolsinstans.⁷⁸ Överprövningsutredningens förslag har avfärdats av regeringen.⁷⁹

Högsta förvaltningsdomstolen har i rättsfallet HFD 2019 ref. 65 bedömt frågan vilken tidsutdräkt en upphandlande myndighet behöver ta höjd för i samband med en överprövningsprocess innan myndigheten får ingå avtal utan föregående annonsering med stöd av undantaget för synnerlig brådska. Högsta förvaltningsdomstolen kom i det aktuella fallet fram till att eftersom upphandlingen påbörjades i juni 2016 hade de upphandlande myndigheterna hamnat i en oförutsedd brådska i oktober 2017 (dvs. cirka ett år och fyra månader senare) (se punkt 52 i domen). Högsta förvaltningsdomstolen kom fram till att förutsättningarna att få använda sig av undantaget för synnerlig brådska var uppfyllda (punkt 53). En skillnad mellan Högsta förvaltningsdomstolens prejudikat och tidigare uttalanden från kammarrätterna/Konkurrensverket, är att det förstnämnda inte fokuserade på tidsåtgången för överprövningsprocessen, dvs. tiden mellan tilldelningsbeslutet och ingåendet av det tillfälliga avtalet. Istället bedömde Högsta förvaltningsdomstolen den sammanlagda tidsåtgången för genomförandet av hela upphandlingsförfarandet och den därpå följande överprövningsprocessen. Enligt vår mening är det svårt att få någon egentlig vägledning från HFD 2019 ref. 65 i fråga om hur lång överprövningsprocess en upphandlande myndighet behöver ta höjd för innan tillfälliga avtal får ingås med stöd av undantaget för synnerlig brådska i 6 kap. 15 § LOU. Tidsåtgången för att genomföra ett upphandlingsförfarande kan skilja sig åt i väsentlig utsträckning. De allra största och mest komplicerade upphandlingarna tar normalt ett år eller mer att genomföra. Mindre upphandlingar kan vara genomförda på några veckor eller någon månad. Tidsutdräkten mellan en upphandlings påbörjande och ingåendet av ett tillfälligt avtal under

⁷⁶ Jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 2 april 2009 i mål nr 1403-09, dom den 12 november 2010 i mål nr 784-10, dom den 22 juni 2010 mål nr 1501-10, dom den 29 februari 2012 i mål nr 1446—1452-12.

⁷⁷ SOU 2015:12 s. 18 och 166-169.

⁷⁸ Konkurrensverkets remissyttrande över SOU 2015:12, den 22 maj 2015, dnr 221/2015.

⁷⁹ Se regeringens utkast till lagrådsremiss den 29 december 2020 En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar, s. 59-61. Jfr dock lagrådsremissen den 3 juni 2021 Ett förenklat upphandlingsregelverk där en ny bestämmelse om direktupphandling vid överprövning föreslås (för de icke direktivstyrda upphandlingarna).

en efterföljande överprövningsprocess kan således skilja sig åt väsentligt, utan att det säger något om hur mycket höjd den upphandlande myndigheten tagit för själva överprövningsprocessen.

Det hävdas ibland i samband med tillämpningen av undantaget för synnerlig brådskan att det kan uppstå en konflikt mellan upphandlingsskyldigheten och andra regelverk som upphandlande myndigheter har att följa, t.ex. skollagens bestämmelser om kommuners skyldigheter att tillhandahålla skolskjuts till skolelever.⁸⁰ Vår uppfattning är dock att några konflikter mellan upphandlingsskyldigheten och andra tvingande lagregler inte föreligger. I de fall en upphandlande myndighet agerar med tillräcklig framförhållning men ändå utan egen förskyllan hamnar i tidsnöd, får undantaget för synnerlig brådskan i LOU tillämpas. Då uppstår ingen konflikt mellan LOU och andra lagstadgade skyldigheter. Om tidsnöden istället beror på bristande planering hos den upphandlande myndigheten, kan myndigheten nödgas att ingå avtal på ett sätt som är oförenligt med LOU för att inte äventyra människors liv eller hälsa. Om sådana avtal blir föremål för en ogiltighetstalan enligt LOU finns ventilen i 20 kap. 14 § LOU att låta avtalet bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, trots att avtalet slutits genom en otillåten direktupphandling. Inte heller i de fallen uppstår någon konflikt mellan upphandlingsskyldigheten och andra lagstadgade skyldigheter. Avtalet får ju bestå och de samhällskritiska funktionerna kan upprätthållas. Att den upphandlande myndigheten drabbas av en talan om upphandlingsskadeavgift när avtal fått bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, äventyrar inte myndighetens förmåga att efterleva annan tvingande lagstiftning. Upphandlingsskadeavgiften ingriper ju inte i avtalet som fått bestå. Om en upphandlande myndighet skulle kunna undgå upphandlingsskyldighet och de sanktioner LOU innehåller så snart annan lagstiftning ålägger myndigheten att tillhandahålla samhällsviktiga funktioner som skola, sjukvård eller äldreomsorg, skulle LOU riskera att sättas ur spel genom att myndigheterna avstår från att iaktta LOU vid inköp för viktiga anskaffningsbehov.

4.5 Kompletterande anskaffningar och övriga undantag i 6 kapitlet

Enligt 6 kap. 17 § första stycket 2 LOU får en upphandlande myndighet köpa varor genom förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det gäller kompletterande leveranser från den ursprungliga leverantören. Ett flertal förutsättningar ska vara uppfyllda för att undantaget ska vara tillämpligt, nämligen att i) leveransen antingen syftar till att delvis ersätta varuleveranser eller anläggningar,

⁸⁰ Se t.ex. Rosén Andersson m.fl., Lagen om offentlig upphandling – En kommentar, JUNO version 3, kommentaren till 6 kap. 15 § LOU under rubriken ”Motstridiga författningar”.

eller till att utöka befintliga varuleveranser eller anläggningar, ii) ett byte av leverantör skulle medföra att den upphandlande myndigheten tvingades anskaffa varor som skulle vara tekniskt oförenliga med de först anskaffade eller leda till oproportionerliga tekniska svårigheter avseende drift och underhåll. Enligt 6 kap. 17 § andra stycket LOU får kontraktet om kompletterande leveranser gälla under längre tid än tre år endast om det finns särskilda skäl.

När det gäller kompletterande anskaffningar av tjänster eller byggentreprenader är istället 6 kap. 18 § LOU tillämplig. Enligt den bestämmelsen får en upphandlande myndighet använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det gäller en ny tjänst eller byggentreprenad som är en upprepning av tidigare tjänster eller byggentreprenader under förutsättning att i) de nya arbetena ingår i ett projekt som tidigare varit föremål för ett upphandlingsförfarande, ii) arbetena tilldelas samma leverantör, iii) de nya tjänsterna eller byggentreprenaderna är i överensstämmelse med det ursprungliga projektet, iv) omfattningen av möjliga tillkommande tjänster eller byggentreprenader och villkoren för tilldelningen av dem har angetts i upphandlingsdokumenten för den ursprungliga upphandlingen, v) värdet av det nya kontraktet har ingått i uppskattningen av värdet av den ursprungliga upphandlingen, och vi) det i samband med den ursprungliga upphandlingen har angetts att det nu avsedda förfarandet kunde komma att användas. Enligt 6 kap. 18 § andra stycket LOU får ett förfarande enligt denna paragraf användas under högst tre år från det att det ursprungliga kontraktet ingicks. Bestämmelsen i 6 kap. 18 § LOU får antas ha en begränsad praktisk betydelse.

I 6 kap. 17 § finns också ett undantag för vissa kontrakt som gäller varor som framställts för forsknings-, experiment-, studie-, eller utvecklingsändamål. Ett flertal förutsättningar som anges i 6 kap. 17 § första stycket 1 LOU ska vara uppfyllda. I samma paragraf återfinns också ett undantag för köp av varor som är noterade och omsätts på en råvarumarknad (första stycket 3) samt ett undantag om det är möjligt att anskaffa varor eller tjänster på särskilt förmånliga villkor i samband med att en leverantör upphör med sin verksamhet eller har gått i likvidation, försatts i konkurs eller är föremål för motsvarande förfarande (första stycket 4).

Slutligen föreskrivs i 6 kap. 19 § LOU att en upphandlande myndighet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering för upphandling av en tjänst som följer på en projektävling om kontraktet enligt tävlingsreglerna ska tilldelas vinnaren eller en av vinnarna av tävlingen. Om en tävling har avslutats med att fler än en vinnare har utsetts, ska samtliga vinnare inbjudas att delta i förhandlingar. Bestämmelsen innebär i egentlig mening inte att en annonserad upphandling undviks, eftersom förfarandet förutsätter att det dessförinnan har skett en annonserad projektävling enligt bestämmelserna i 18 kap. LOU.

4.6 Direktupphandling

I 19 kap. LOU återfinns regler om offentlig upphandling som inte omfattas av EU-direktiven. Om direktupphandling får användas behöver upphandlingen inte föregås av någon annonsering enligt LOU. Direktupphandling och förhandlat förfarande utan föregående annonsering är i praktiken samma slags inköpsförfarande. Det är enligt LOU frivilligt för den upphandlande att göra eller avstå från en konkurrensutsättning av inköpet. Om konkurrensutsättning sker kan det göras mindre formbundet än vid de annonserade upphandlingsförfarandena.

De situationer när direktupphandling får användas anges i 19 kap. 7 § tredje stycket LOU. Direktupphandling får användas om värdet på upphandlingen understiger den så kallade direktupphandlingsgränsen. Direktupphandlingsgränsen uppgår till 28 procent av det så kallade tröskelvärdet för kommunala och regionala upphandlande myndigheter. Tröskelvärdet, och därmed direktupphandlingsgränsen, revideras vartannat år. År 2021 uppgår direktupphandlingsgränsen enligt LOU till 615 312 kronor.⁸¹ Eftersom värdet på upphandlingen avgör om någon annonserad upphandling behöver genomföras är det praktiskt betydelsefullt hur värdet på upphandlingen ska bestämmas. Bestämmelser om beräkning av värdet av en icke-direktivstyrd upphandling finns i 19 kap. 8 § LOU. Värdet av en upphandling ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas i upphandlingen. En upphandling får inte delas upp i avsikt att kringgå bestämmelserna i denna lag. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats. Vid beräkningen ska den upphandlande myndigheten beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten under räkenskapsåret. Det sistnämnda kravet i lagtexten innebär att myndigheten t.ex. inte kan anlita olika leverantörer av samma slags tjänster under ett och samma år i syfte att undgå att genomföra en annonserad upphandling, om det sammanlagda värdet på inköpen överstiger direktupphandlingsgränsen.

Direktupphandling får också användas om förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 6 kap. 12-19 §§ LOU är uppfyllda. Slutligen får direktupphandling användas om det föreligger synnerliga skäl. Enligt förarbetena bör t.ex. vissa hälso- och sjukvårdstjänster samt socialtjänster kunna direktupphandlas på grund av synnerliga skäl. Det är främst sådana tjänster där relationen mellan vårdgivare och vård- eller omsorgstagare skulle störas och vården eller omsorgen därmed försämrats eller sådana situationer där det endast finns ett möjligt vård- och boendalternativ på grund av vårdbehov eller anhöriganknytning. Vidare bör enligt förarbetena sådana fall där patientens fria val av

⁸¹ Se dock avsnitt 4.7 nedan om att det har föreslagits lagändringar med innebörd att direktupphandlingsgränsen anges som ett nominellt belopp direkt i lagtexten i LOU.

vårdgivare omöjliggör upphandling enligt reglerna för annonserade upphandlingar grunda rätt till direktupphandling.⁸²

4.7 Nya regler om direktupphandling

I lagrådsremissen Ett förenklat upphandlingsregelverk den 3 juni 2021 föreslås ändringar i reglerna om direktupphandling. I remissen föreslås bland annat att ett nytt 19 a kapitel som benämns Direktupphandling införs i LOU (och motsvarande nya kapitel i LUF, LUFs och LUK). Enligt förslaget ska direktupphandlingsgränserna för varor, tjänster (förutom sociala tjänster eller andra särskilda tjänster) och byggentreprenader anges uttryckligen i lagtexten. Den nya direktupphandlingsgränsen i LOU föreslås bli 700 000 kronor. I LUF och LUFs föreslås direktupphandlingsgränsen uppgå till 1 200 000 kronor. För sociala tjänster och andra särskilda tjänster (välfärdstjänster) som anges i bilaga 2 till LOU föreslås en direktupphandlingsgräns som uppgår till tröskelvärdet för välfärdstjänster (för närvarande cirka 7,7 miljoner kronor). Möjligheten att direktupphandla välfärdstjänster kommer enligt lagförslaget följaktligen att utökas väsentligt.

Reglerna om direktupphandling i situationer som motsvarar förhandlat förfarande utan föregående annonsering (t ex vid synnerlig brådska, tekniska skäl och olämpliga, ogiltiga eller oacceptabla anbud) och vid synnerliga skäl behålls i stort materiellt oförändrade enligt förslaget.

En nyhet är att det införs utökade möjligheter till direktupphandling på grund av en överprövningsprocess. Enligt förslaget ska direktupphandling få användas vid anskaffningar som är nödvändig för att tillgodose ett angeläget behov som har uppstått till följd av att en allmän förvaltningsdomstol i) handlägger eller har avgjort ett mål om överprövning av en upphandling och avtal inte får ingås, ii) har beslutat att en upphandling ska göras om eller rättas, eller iii) handlägger ett mål om överprövning av ett avtals giltighet och avtalet inte får fullgöras. Kontrakt som tilldelas genom sådan direktupphandling får inte ha längre löptid eller vara mer omfattande än vad som krävs med hänsyn till upphandlingens syfte. Den nya möjligheten till direktupphandling på grund av en överprövningsprocess påminner delvis om bestämmelsen om synnerlig brådska i 6 kap. 15 § LOU. En mycket viktig skillnad är dock att det i förslaget inte krävs att den uppkomna situationen varit oförutsebar för den upphandlande myndigheten. Även vid bristande planering hos den upphandlande myndigheten får direktupphandling alltså ske enligt den föreslagna regeln. Kraven i 6 kap. 15 § LOU på att anskaffningen ska vara ”absolut nödvändig” och att det ska föreligga ”synnerlig brådska” är också mer tillåtande uttryckt i den nya regeln, som talar om en ”nödvändig” anskaffning för att tillgodose ett ”angeläget” behov.

⁸² Prop. 2001/02:142 s. 99 och prop. 2009/10:180 s. 344-345.

De nya reglerna om direktupphandling gäller, precis som tidigare, endast när anskaffningen inte omfattas av LOU:s direktivstyrda regler. Regeringen föreslår i lagrådsremissen att de nya reglerna ska träda ikraft den 1 februari 2022.⁸³

4.8 Inköpscentraler

Ett undantag som inte regleras i vare sig 6 kap. eller 19 kap. LOU rör inköpscentraler. Enligt 7 kap. 10 § LOU får en upphandlande myndighet anlita en inköpscentral utan att upphandla tjänsten. En inköpscentral är enligt 1 kap. 14 § LOU en upphandlande myndighet som stadigvarande tillhandahåller centraliserad inköpsverksamhet för upphandlande myndigheter. Om en inköpscentral anlitas för centraliserad inköpsverksamhet får också stödverksamhet för inköp ingå i de tjänster inköpscentralen tillhandahåller till den upphandlande myndigheten, utan att stödverksamheten behöver upphandlas. Däremot gäller inte undantaget i 7 kap. 10 § LOU om den upphandlande myndigheten enbart vill köpa stödtjänster från inköpscentralen.⁸⁴ Genom hänvisningen till 7 kap. i 19 kap. 2 § LOU är undantaget för inköpscentraler också tillämpligt på de icke direktivstyrda upphandlingarna.

5 Ändringar av upphandlade avtal

5.1 Inledning

Bestämmelser om ändringar av kontrakt och ramavtal återfinns i 17 kap. 8-16 §§ LOU. I strikt mening utgör ändringsbestämmelserna i LOU inga undantag från annonseringsskyldigheten. En tillåten ändring i ett avtal enligt dessa bestämmelser utgör istället en situation som inte omfattas av upphandlingskyldighet enligt LOU då det inte anses ske någon kontraktstilldelning. Bestämmelserna om avtalsändringar i 17 kap. LOU utgör inte någon civilrättslig reglering och ger inga civilrättsliga rättigheter eller skyldigheter för avtalsparterna. Parterna är i princip oförhindrade att ändra i ett avtal. Ändringarna blir bindande för parterna utifrån vad som följer av avtalsrätten, oavsett hur de ska bedömas upphandlingsrättsligt.⁸⁵

Om en avtalsändring inte är tillåten med stöd av någon ändringsbestämmelse i 17 kap. LOU, är det fråga om en ny kontraktstilldelning i upphandlingsrättslig mening. Kontraktstilldelningen eller avtalet i dess nya skepnad betraktas då som

⁸³ Vid färdigställandet av denna artikel (juni 2021) har lagrådsremissen ännu inte behandlats av Lagrådet och inte heller behandlats och beslutats av riksdagen.

⁸⁴ Prop. 2015/16:195 s. 537.

⁸⁵ Se även Hård af Segerstad, Viktor, Ändring av offentliga kontrakt och effekter av otillåtna ändringar, UrT 2018 s. 227 och Mårtensson, Magnus, Avtalsändringar i offentliga upphandlingar, UrT 2018 s. 47.

genomförd utan föregående annonsering enligt LOU. Avtalsändringen kan då istället vara tillåten på grund av något undantag från upphandlingsskyldigheten i LOU. Om så inte är fallet är det fråga om en otillåten direktupphandling. Det är vanligt förekommande att frågor om avtalsändringar enligt 17 kap. och undantagen i 6 kap. (och i viss mån 3 kap.) LOU aktualiseras samtidigt.

I äldre upphandlingslagstiftning fanns inga bestämmelser om när avtalsändringar kunde ske utan krav på en ny upphandling. Istället prövades frågan av EU-domstolen. Det ledande avgörandet är presstext Nachrichtenagentur.⁸⁶ Andra avgöranden är kommissionen mot Frankrike⁸⁷, Succhi di Frutta⁸⁸, Wall⁸⁹ och Finn Frogne⁹⁰. Enligt denna praxis krävdes en ny upphandling om ändringarna i ett kontrakt uppvisar betydande skillnader i förhållande till bestämmelserna i det ursprungliga kontraktet och följaktligen visar på en avsikt från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i kontraktet (se bl.a. Wall⁹¹). I HFD 2016 ref. 85 fann Högsta förvaltningsdomstolen, i ett mål som rörde 2007 års LOU och med hänvisning till ovan nämnda praxis från EU-domstolen, att en avtalsändring som innebar att ersättningen till leverantören sänktes inte innebar att det tilldelats ett nytt avtal, eftersom ändringen kunde göras med stöd av en ändringsklausul i det upphandlade kontraktet.

Bestämmelserna om ändringar av avtal i LOU och direktiv 2014/24/EU utgör till stor del en kodifiering av EU-domstolens rättspraxis. Vissa förtydliganden och tillägg har gjorts. I praktiken torde möjligheterna att ändra upphandlade avtal utan krav på ny upphandling enligt vår bedömning ha ökat något jämfört med tidigare, i vart fall avseende leverantörsbyten.⁹²

Enligt den inledande regeln i 17 kap. 8 § LOU får ändringar i ett kontrakt eller ett ramavtal göras utan en ny upphandling, om det görs med stöd av någon bestämmelse i 9-14 §§ i samma kapitel i LOU. Bestämmelserna reglerar uttömmande vilka ändringar som får göras i ett kontrakt eller ett ramavtal utan att en ny upphandling behöver ske.⁹³ Lagstiftaren har i förarbetena också uttalat att

⁸⁶ Domen presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351.

⁸⁷ Domen kommissionen/Frankrike, C-337/98, EU:C:2000:543.

⁸⁸ Domen Succhi di Frutta, C-496/99, EU:C:2004:236.

⁸⁹ Domen Wall, C-91/08, EU:C:2010:182.

⁹⁰ Domen Finn Frogne, C-549/14, EU:C:2016:634.

⁹¹ Domen Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, punkt 37.

⁹² Det bör noteras att LUF/S, som trädde ikraft år 2011, saknar bestämmelser om ändringar i kontrakt och ramavtal. Vid avtalsändringar efter upphandlingar som skett enligt LUF/S torde i vart fall EU-domstolens och Högsta förvaltningsdomstolens ovan nämnda praxis vara tillämplig. Det är oklart om bestämmelserna i LOU (eller LUF/LUK) rörande ändringar och kontrakt eller ramavtal som saknar direkt motsvarighet i tidigare rättspraxis ska tillämpas analogt vid avtalsändringar efter en upphandling som skett enligt LUF/S.

⁹³ Se artikel 72.5 direktiv 2014/24/EU och prop. 2015/15:195 s. 844, 850 och 1127.

det följer av 4 kap. 2 § LOU att bestämmelserna om ändring av kontrakt och ramavtal inte får utnyttjas på ett konstgjort sätt i syfte att kringgå lagen.⁹⁴

5.2 Ändringar av mindre värde

Ändringar av mindre värde får enligt 17 kap. 9 § LOU göras utan krav på ny upphandling, om kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär inte ändras. Värdet på ökningen eller minskningen får inte överstiga tröskelvärdet respektive tio procent av avtalets värde (15 procent vid byggtrepenad). Om flera ändringar görs ska det samlade nettovärdet av ändringarna ingå vid beräkningen.

5.3 Ändrings- eller optionsklausuler

Om ändringar görs enligt en ändrings- eller optionsklausul behöver enligt 17 kap. 10 § LOU ingen ny upphandling ske. Detta förutsatt att i) kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär inte ändras, ii) klausulen har angetts i upphandlingsdokumenten i den ursprungliga upphandlingen, iii) det är klart, exakt och entydigt beskrivet i upphandlingsdokumenten under vilka förutsättningar klausulen kan tillämpas och iv) omfattningen och arten av ändringarna som kan komma att göras är angivet. Förutsättningen iii) ovan ställer till sin ordalydelse höga krav på ändrings- och optionsklausulers precision. I samband med införandet av bestämmelsen uttalade Lagrådet att avsikten dock inte kan vara att bara klausuler som uppfyller dessa mycket högt ställda krav ska få användas utan ny upphandling.⁹⁵ Det är oklart om Högsta förvaltningsdomstolens bedömning av ändringsklausulen i HFD 2016 ref. 85, som rörde en upphandling enligt 2007 års LOU, skulle ha blivit annorlunda om prövningen skett enligt 17 kap. 10 § LOU.⁹⁶

5.4 Kompletterande beställning

Enligt 17 kap. 11 § LOU får en kompletterande beställning göras från den leverantör som tilldelats kontraktet utan att en ny upphandling måste genomföras, förutsatt att i) värdet av kontraktet inte ökar med mer än 50 procent, ii) beställningen blivit nödvändig, iii) leverantören av ekonomiska eller tekniska skäl inte kan bytas, och iv) ett byte av leverantör skulle medföra betydande olägenheter eller betydligt större omkostnader för den upphandlande myndigheten.⁹⁷

⁹⁴ Prop. 2015/16:195 s. 1127.

⁹⁵ Se prop. 2015/16:195, bilaga 24, s. 1151.

⁹⁶ Om prövningen skulle falla ut annorlunda vid en tillämpning av dagens bestämmelse, kan det dock ifrågasättas varför Högsta förvaltningsdomstolen över huvud taget meddelade prövningstillstånd i målet, eftersom de nya bestämmelserna i direktiv 2014/24/EU då redan var beslutade och på väg att genomföras i Sverige.

⁹⁷ Se prop. 2015/16:195 s. 1129-1130 för viss vägledning om hur bestämmelsen ska tolkas.

Om flera kompletterande beställningar görs efter varandra, gäller begränsningen på maximalt 50 procents ökning av kontraktsvärdet för varje enskild beställning.⁹⁸ Det samlade värdet på flera beställningar ska alltså enligt ordalydelsen – till skillnad från ändringar av mindre värde enligt 17 kap. 9 § LOU – inte beaktas. I förarbetena anges dock att successiva beställningar ”naturligtvis” inte får göras i syfte att kringgå begränsningsbestämmelsen.⁹⁹

Bestämmelsen i 17 kap. 11 § LOU gäller endast för kontrakt. Det är inte möjligt att med stöd av bestämmelsen göra kompletteringsbeställningar från ett ramavtal.

5.5 Oförutsebara omständigheter

Vid oförutsebara omständigheter får ett kontrakt eller ramavtal enligt 17 kap. 12 § LOU ändras om i) behovet av ändringen beror på omständigheter som den upphandlande myndigheten varken förutsåg eller borde ha förutsett, ii) ändringen inte medför att avtalets övergripande karaktär ändras, och iii) ändringen inte innebär att värdet på avtalet ökar med mer än 50 procent. Om flera ändringar görs efter varandra, gäller begränsningen på maximalt 50 procents ökning av kontraktsvärdet för varje enskild ändring.¹⁰⁰ Även avseende denna bestämmelse anges i förarbetena att successiva ändringar inte får göras i syfte att kringgå begränsningsbestämmelsen.¹⁰¹

17 kap. 12 § överlappar till viss del undantaget för synnerlig brådska i 6 kap. 15 § LOU. En skillnad är dock att det enligt 17 kap. 12 § LOU inte krävs att anskaffningen är absolut nödvändig för att en ändring med stöd av bestämmelsen ska få göras utan en ny upphandling. Andra skillnader är att i undantaget för synnerlig brådska i 6 kap. 15 § LOU finns inga beloppsbegränsningar eller krav på att avtalets övergripande karaktär inte får ändras.

5.6 Byte av leverantör

I vissa fall får byte av leverantör ske utan krav på ny upphandling. Enligt 17 kap. 13 § LOU får ett leverantörbyte ske om i) den nya leverantören helt eller delvis träder in i den ursprungliga leverantörens ställe till följd av företagsomstruktureringar, inklusive uppköp, sammanslagningar, förvärv eller insolvens, ii) inga

⁹⁸ Enligt motsvarande bestämmelse i LUF (16 kap. 11 §) gäller ingen beloppsmässig eller procentuell begränsning vid kompletterande beställningar. I LUK (14 kap. 11 §) gäller 50-procentsbegränsningen vid kompletterande beställningar endast när koncessionen upphandlats av en upphandlande myndighet för en verksamhet som inte omfattas av LUF.

⁹⁹ Prop. 2015/16:195 s. 1130.

¹⁰⁰ Enligt motsvarande bestämmelse i LUF (16 kap. 12 §) gäller ingen beloppsmässig eller procentuell begränsning. I LUK finns ingen bestämmelse om ändringar av koncessioner på grund av oförutsebara omständigheter.

¹⁰¹ Prop. 2015/16:195 s. 1131.

andra väsentliga förändringar av kontraktet eller ramavtalet sker, iii) den nya leverantören inte ska uteslutas enligt de obligatoriska uteslutningsreglerna i 13 kap. LOU, samt iv) den nye leverantören uppfyller de kvalificeringskrav som ställts enligt 14 kap. LOU i den ursprungliga upphandlingen. Bestämmelsen är praktiskt betydelsefull eftersom den möjliggör byte av leverantör efter en företagsöverlåtelse.¹⁰²

Enligt 17 kap. 13 § tredje stycket LOU får en underleverantör till leverantören utan ny upphandling också inträda i leverantörens ställe till följd av en överenskommelse mellan leverantören, myndigheten och underleverantören. Enligt ordalydelsen gäller inte kraven enligt iii) och iv) ovan vid ett sådant leverantörbyte.

5.7 Ändringar som inte är väsentliga

Enligt 17 kap. 14 § LOU får ett kontrakt eller ett ramavtal ändras utan en ny upphandling trots att ändringen inte omfattas av bestämmelserna i 9-13 §§ i samma kapitel, om ändringen inte är väsentlig. Enligt bestämmelsens andra stycke ska en ändring anses vara väsentlig om den bl.a. i) inför nya villkor som, om de hade ingått i den ursprungliga upphandlingen, skulle ha medfört att andra anbudssökande bjudits in att lämna anbud, att andra anbud skulle ha ingått i utvärderingen eller att ytterligare leverantörer skulle ha deltagit i upphandlingen, ii) innebär att kontraktets eller ramavtalets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den leverantör som har tilldelats kontraktet eller är part i ramavtalet, iii) medför att kontraktets eller ramavtalets omfattning utvidgas betydligt, eller iv) innebär byte av leverantör. Bestämmelsen innebär att ändringar som inte är väsentliga alltid är tillåtna.

Enligt förarbetena bör ett ramavtal med en av flera leverantörer som hävs på grund av avtalsbrott, inte anses innebära att ramavtalets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för de återstående ramavtalsleverantörerna i den mening som avses i ii) ovan. Vidare anges i förarbetena att ett partsbyte på beställarsidan (som inte regleras särskilt i direktiv 2014/24/EU) bör kunna ske vid en verksamhetsövergång mellan statliga förvaltningsmyndigheter utan att det anses vara en väsentlig förändring.¹⁰³

¹⁰² Högsta förvaltningsdomstolen har i september 2020 begärt ett förhandsavgörande från EU-domstolen i ett mål om överprövning av avtals giltighet avseende tolkningen av bestämmelserna i direktiv 2014/24/EU om när en ny leverantör kan inträda i den ursprungliga leverantörens ställe utan att en ny upphandling behöver genomföras. I det aktuella målet har den ursprungliga leverantören försatts i konkurs och konkursboet överlätit ett upphandlat ramavtal till en ny leverantör. EU-domstolen har vid färdigställandet av denna artikel (juni 2021) ännu inte avgjort målet (mål C-461/20).

¹⁰³ Prop. 2015/16:195 s. 1132.

5.8 Annonsering av ändringar

Enlig 17 kap. 16 § LOU ska en upphandlande myndighet som har ändrat ett kontrakt eller ett ramavtal med stöd av 11 § (kompletterande beställningar) eller 12 § (oförutsedda omständigheter) i samma kapitel upplysa om detta i en annons. Annonsen ska publiceras i en annonsdatabas som är registrerad enligt lagen (2019:668) om upphandlingsstatistik.

Det finns inget rättsmedel kopplat till annonseringsskyldigheten i 17 kap. 16 § LOU. Annonseringsskyldigheten rörande en avtalsändring enligt 17 kap. 16 § LOU finns nämligen inte uppräknad i 20 kap. 13 § första stycket 1 LOU om överprövning av ett avtals giltighet eller i 21 kap. 1 § 3 LOU om upphandlingsskadeavgift. Därigenom utgör en överträdelse av 17 kap. 16 § LOU inte ett sådant brott mot annonseringsskyldigheten som kan leda till ogiltighet eller upphandlingsskadeavgift.¹⁰⁴

Om en avtalsändring i sig är tillåten enligt 17 kap. 11 § (kompletterande köp) eller 12 § (oförutsedda omständigheter) LOU kan en underlåtenhet att annonsera avtalsändringen enligt 17 kap. 16 § LOU alltså inte leda till att avtalet förklaras ogiltigt av förvaltningsdomstol. Om avtalsändringen materiellt sett är oförenlig med LOU, ger en korrekt genomförd annonsering enligt 17 kap. 16 § LOU inte något skydd mot att en förvaltningsdomstol ogiltigförklarar avtalet. En annons enligt 17 kap. 16 § LOU kan inte heller förkorta fristen att ansöka om överprövning av avtalets giltighet, eftersom den inte finns angiven bland de åtgärder i 20 kap. 17 § andra stycket LOU som förkortar tidsfristen för en sådan ansökan.

5.9 Avtalsändringar vid icke direktivstyrd upphandling

Bestämmelserna om avtalsändringar i 17 kap. LOU finns inte uppräknade bland de bestämmelser som gäller också vid de icke direktivstyrda upphandlingarna i 19 kap. LOU. I förarbetena har regeringen uttalat att bestämmelserna om avtalsändringar ger uttryck för allmänna principer som även är gällande vid icke direktivstyrd upphandling. Det förhållandet att bestämmelserna inte införs på det icke direktivstyrda området innebär således enligt regeringen inte att utrymmet för tillåtna ändringar är mindre på detta område. I avsaknad av detaljerade bestämmelser torde tvärtom prövningen av en ändrings tillåtlighet kunna göras något friare utanför det direktivstyrda området.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Underlåtenheten att annonsera enligt 17 kap. 16 § LOU utgör visserligen en överträdelse som formellt sett omfattas av bestämmelsen om överprövning av en upphandling i 20 kap. 6 § LOU (som täcker alla bestämmelser i lagen). Eftersom annonseringsskyldigheten enligt ordalydelsen 17 kap. 16 § inträder först när en avtalsändring har skett och avtalet i dess nya skepnad således redan har ingåtts, kan dock en överprövning av upphandling inte ske då ett ingånget avtal enligt 20 kap. 6 § andra stycket utgör hinder mot att överpröva upphandlingen.

¹⁰⁵ Prop. 2015/16:195 s. 858-859.

6 Restriktiv tolkning av undantagen från upphandlingsskyldigheten?

EU-domstolen har i ett antal avgöranden konstaterat att bestämmelser om undantag från upphandlingsskyldigheten ska tolkas restriktivt och det är den som åberopar undantaget som har bevisbördan för att det verkligen föreligger sådana omständigheter som motiverar att det kan tillämpas.¹⁰⁶ Konstaterandet utgår från premissen att det finns en huvudregel (annonserad upphandling) från vilken undantag (upphandling utan föregående annonsering) får göras under angivna omständigheter. Även Högsta förvaltningsdomstolen har gjort motsvarande uttalanden rörande tolkningen av undantagen.¹⁰⁷ Vid förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt bestämmelserna i 6 kap. LOU är det fråga om upphandling av ett kontrakt föremål som i sig är upphandlingspliktigt, men som på grund av omständigheter vid den aktuella upphandlingen undantas annonseringsskyldighet. Det står klart enligt gällande rätt att bestämmelserna om förhandlat förfarande utan föregående annonsering i 6 kap. och direktupphandling i 19 kap. LOU ska tolkas restriktivt.

Frågan är dock om en restriktiv tolkning ska ske också av bestämmelserna i 3 kap. LOU. EU-domstolens tidigare praxis ger stöd för uppfattningen att den restriktiva tolkningen av undantagen från upphandlingsskyldigheten också innefattar de så kallade Teckal-kriterierna (dvs. undantagen för intern upphandling som numera regleras i 3 kap. LOU).¹⁰⁸ I senare praxis har EU-domstolen dock istället beskrivit Teckal och Hamburg som två typer av avtal som inte omfattas av tillämpningsområdet för de unionsrättsliga reglerna om offentlig upphandling.¹⁰⁹ Vilket synsätt som ska anläggas kan ha betydelse för om bestämmelserna ska tolkas restriktivt eller inte. Skälen till varför undantag som medger förhandlat förfarande utan föregående annonsering ska tolkas restriktivt gör sig nämligen inte gällande på samma sätt vid bestämmelser som endast anger och preciserar den yttre gränsen för upphandlingsreglernas tillämpningsområde.

I samband med genomförandet av direktiv 2014/24/EU i svensk rätt uttalades i förarbetena att direktivets regler om intern upphandling alltjämt avser undantag och att bestämmelserna därför ska ges en fortsatt restriktiv tolkning.¹¹⁰ Motsvarande uttalanden om en restriktiv tolkning gjordes även om undantaget för väsentliga

¹⁰⁶ Se t.ex. domen Stadt Halle, C26/03, EU:C:2005:5, punkt 46, domen Parking Brixen, C458/03, EU:C:2005:605, punkt 63, domen Datenlotsen, C15/13, EU:C:2014:303, punkt 23, domen Undis Servizi, C553/15, EU:C:2016:935, punkt 29 och domen Roche Lietuva, C413/17, EU:C:2018:865, punkt 38.

¹⁰⁷ Se bl.a. RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79, HFD 2017 ref. 66, HFD 2019 ref. 65.

¹⁰⁸ Se bl.a. domen Undis Servizi, C-553/15, EU:C:2016:935, punkterna 29-34, domen Datenlotsen, C-15/13, C:2014:303, punkterna 23-27 och domen Stadt Halle, C-26/03, EU:C:2005:5, punkt 46.

¹⁰⁹ Se domen Lecce, C-159/11, EU:C:2012:817, punkterna 31-35.

¹¹⁰ Prop. 2015/16:195 s. 396.

säkerhetsintressen (3 kap. 5 § LOU)¹¹¹, förvaltning av statskulden (3 kap. 24 § LOU)¹¹² och ambulanstjänster (3 kap. 26 § LOU)¹¹³, liksom för bestämmelserna rörande under vilka förutsättningar förhandlat förfarande utan föregående annonsering får användas.¹¹⁴

Enligt vår mening kan det ifrågasättas om unionsrätten verkligen kräver att samtliga undantagsbestämmelser i upphandlingsdirektiven ska tolkas restriktivt. Vår bedömning av EU-domstolens praxis är att frågan inte är klarlagd. I målet Irgita¹¹⁵ konstaterade EU-domstolen att bestämmelserna i direktiv 2014/24/EU om intern upphandling avser direktivets tillämpningsområde. En anskaffning som uppfyller förutsättningarna för att vara en intern upphandling omfattas därför inte av direktivet. EU-domstolen uttalade inte att bestämmelsen om intern upphandling skulle tolkas restriktivt. I sitt förslag till avgörande i målet Stadt Köln¹¹⁶ påpekade generaladvokat Sánchez-Bordona att även ”undantaget” för Hamburgsamarbeten avser ett undantag från direktivets tillämpningsområde. Enligt generaladvokaten bygger regeln emellertid inte på den binära logiken att det är fråga om ett undantag från en annars rådande huvudregel. Generaladvokaten uppmärksammade även att artikel 12.4 i direktiv 2014/24/EU syftar till att klargöra att Hamburgsamarbeten ”inte ska omfattas av” direktivets tillämpningsområde. Av detta följer, menade generaladvokaten, att de uttalanden som domstolen har gjort i de tidigare avgörandena rörande restriktiv tolkning av undantag i sig inte automatiskt kan användas för att tolka reglerna om Hamburgsamarbeten.¹¹⁷

Någon analys rörande skillnader mellan undantag från annars rådande huvudregel och undantag som preciserar direktivets respektive LOU:s tillämpningsområde, gjordes inte vid införandet av 2014 års direktiv i svensk rätt. Regeringen konstaterade istället genomgående att undantagen i LOU ska tolkas restriktivt, inbegripet bestämmelserna om avtalsändringar i 17 kap. Oavsett unionsrättens närmare (och korrekta) innebörd i frågan står det medlemsstaterna fritt att inskräpa förutsättningarna för tillämpning av undantagen i direktiven.¹¹⁸ Det bör därför stå den svenska lagstiftaren fritt att föreskriva en restriktiv tolkning för alla undantag, även om unionsrätten inte skulle kräva en sådan tolkning.¹¹⁹

¹¹¹ Se prop. 2015/16:195 s. 381 och 383.

¹¹² Se prop. 2015/16:195 s. 415.

¹¹³ Se prop. 2015/16:195 s. 419.

¹¹⁴ Prop. 2015/16:195 s. 500.

¹¹⁵ Domen Irgita, C-285/18, EU:C:2019:829.

¹¹⁶ Förslag till avgörande Stadt Köln, C-796/18, EU:C:2020:47.

¹¹⁷ Se förslag till avgörande Stadt Köln, C-796/18, EU:C:2020:47, punkterna 37 och 38. Något resonemang i frågan återfinns inte i domstolens dom.

¹¹⁸ Jfr t.ex. domen Irgita, C-285/18, EU:C:2019:829.

¹¹⁹ Ett exempel på när svensk rätt innebar en striktare och mer långtgående upphandlingsskyldighet är Högsta förvaltningsdomstolens (numera överspelade) avgörande i de så kallade Sysav-målen (RÅ 2008 ref. 26). EU-domstolens dom Irgita, C-285/18, EU:C:2019:829, får anses ha bekräftat att RÅ 2008 ref. 26 i och för sig var förenlig med unionsrätten.

En förutsättning för en sådan striktare tillämpning eller mer långtgående upphandlingsskyldighet i svensk rätt bör, enligt vår mening, dock vara att det står klart att den svenska lagstiftaren uttryckligen avsett att föreskriva en viss striktare tolkning av regelverket, trots att en sådan tolkning (eventuellt) inte krävs enligt unionsrätten. Om det däremot endast är fråga om förarbetsuttalanden där lagstiftaren försöker beskriva unionsrättens närmare innebörd, kan uttalandena visa sig felaktiga eller förlora i aktualitet i takt med att unionsrätten klargörs och utvecklas genom praxis från EU-domstolen eller nya regler.¹²⁰

7 Vad gäller när ett undantag får tillämpas?

När en upphandlande myndighet får tillämpa ett undantag från LOU:s tillämpningsområde eller från dess annonseringsskyldighet, behöver någon annonsering inte ske. Ett avtal som ingås mellan en upphandlande myndighet och en leverantör kan då inte förklaras ogiltigt enligt 20 kap. 13 § LOU. Inte heller kan någon upphandlingsskadeavgift påföras enligt 21 kap. 1 § 3 LOU.

Bestämmelserna i LOU om annonsering och de detaljerade bestämmelserna om upphandlingsförfarandenas genomförande behöver följaktligen inte tillämpas. Däremot omfattar t.ex. de grundläggande rättsprinciperna i 4 kap. 1 § LOU alla upphandlingar, även förhandlat förfarande utan föregående annonsering och direktupphandling. I rättsfallet HFD 2018 ref. 60 prövade Högsta förvaltningsdomstolen vad som gäller vid en överprövning av en direktupphandling på grund av lågt värde (understigande direktupphandlingsgränsen). I målet var det inte ifrågasatt att den upphandlande myndigheten fick direktupphandla de aktuella varorna. Den upphandlande myndigheten genomförde en konkurrensutsatt direktupphandling. Flera anbud kom in och en ansökan om överprövning av upphandlingen skedde innan avtalet hade ingåtts. Högsta förvaltningsdomstolen konstaterade att de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna är hämtade från unionsrätten. En konsekvens av att de grundläggande principerna enligt svensk lagstiftning har getts generell tillämplighet är således att EU-domstolens uttolkning av principerna får genomslag även vid upphandlingar som ligger under tröskelvärdena och som saknar gränsöverskridande intresse.

En annan sak är enligt Högsta förvaltningsdomstolen att relevansen och den faktiska innebörden av de olika principerna naturligen varierar med hänsyn till varje enskilt upphandlingsärendes karaktär och föremål. Principen om lika-behandling av leverantörer torde t.ex. vara lika relevant oavsett om upphandlingen har något gränsöverskridande inslag eller inte medan principen om ömsesidigt erkännande av naturliga skäl spelar en mer undanskymd roll vid icke gränsöverskridande upphandlingar. Även värdet på upphandlingen är av betydelse för

¹²⁰ Motsvarande bör enligt vår mening också gälla avseende rättspraxis från svenska domstolar.

vilka krav som principerna rent faktiskt ställer på den upphandlande myndigheten. Exempelvis kan, enligt Högsta förvaltningsdomstolen, de grundläggande rättsprinciperna i vissa fall, med hänsyn till exempelvis upphandlingens storlek, i sig ställa krav på att någon form av konkurrensutsättning sker även vid en direktupphandling. Avsaknaden av detaljreglering gör dock att den upphandlande myndigheten även i dessa fall har stor handlingsfrihet när det gäller på vilket sätt detta ska göras. Om en myndighet inom ramen för en direktupphandling väljer att vända sig till flera tänkbara anbudsgivare genom t.ex. annonsering får vidare de grundläggande rättsprinciperna större praktisk betydelse än de har vid en upphandling där kontakt tas med endast en leverantör. Vid en annonsering måste myndigheten se till att underlagen är tillräckligt tydliga och att alla anbudsgivare ges samma förutsättningar. Inte heller i dessa fall kan dock kraven ställas lika högt som när det gäller de detaljreglerade förfarandena.

Ovanstående resonemang gäller alltså vid en direktupphandling på grund av lågt värde enligt 19 kap. 7 § LOU. Sannolikt är Högsta förvaltningsdomstolens resonemang rörande de grundläggande rättsprinciperna också tillämpliga vid direktupphandlingar enligt 19 kap. 7 § LOU som får ske av andra skäl än att kontraktsvärdet understiger direktupphandlingsgränsen. Det är inte otänkbart att resonemangen i HFD 2018 ref. 60 därutöver gäller i relevanta delar när ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 6 kap. 12-19 §§ LOU får användas. När ett undantag från LOU:s tillämpningsområde enligt 3 kap. får tillämpas, bör dock den naturliga utgångspunkten vara att de grundläggande rättsprinciperna i 4 kap. 1-2 §§ LOU inte är tillämpliga över huvud taget. I ett avgörande från EU-domstolen i målet Irgita¹²¹ ansågs dock vissa principer som härrör ur EUF-fördraget vara tillämpliga även fast den aktuella transaktionen föll utanför upphandlingsdirektivets tillämpningsområde på grund av att det var fråga om en intern upphandling.¹²² Den närmare betydelsen av EU-domstolens uttalanden i målet Irgita får anses vara oklar.

Omständigheterna i direktupphandlingen i HFD 2018 ref. 60 är ett exempel på när en överprövning av upphandling enligt 20 kap. 6 § LOU kunde ske, trots att det var fråga om en direktupphandling. När ett undantag från lagens tillämpningsområde eller från annonseringsskyldigheten får tillämpas, gäller ingen avtalsspärr enligt 20 kap. 1 § LOU.¹²³ Den upphandlande myndigheten får alltså direkt ingå avtal med vinnande leverantör. Om avtal har ingåtts kan någon överprövning av upphandlingen inte längre ske (20 kap. 6 § andra stycket LOU).

¹²¹ Domen Irgita, C-285/18, EU:C:2019:829.

¹²² Se punkterna 58-64 i domen. Som behandlats ovan regleras intern upphandling i 3 kap. 11-16 §§ LOU.

¹²³ Detta antingen på grund av något av de uttryckliga undantagen från avtalsspärren i 20 kap. 2 § LOU eller på grund av att bestämmelserna om avtalsspärr inte gäller då anskaffningen är undantagen enligt någon bestämmelse i 3 kap. LOU.

Om en överprövning däremot hinner lämnas in till förvaltningsrätten innan avtal ingås, kan rätten på yrkande av sökande leverantör besluta interimistiskt att avtal inte får ingås i upphandlingen. Det är endast vid en överprövning av upphandling enligt 20 kap. 6 § LOU som domstolarna kan pröva om en icke-annonserad upphandling har genomförts enligt de grundläggande rättsprinciperna. I mål om överprövning av avtals giltighet enligt 20 kap. 13 § första stycket 1 LOU kan domstolarna endast pröva om den upphandlande myndigheten fick ingå avtalet utan föregående annonsering eller ej. Genom att ingå avtal direkt kan upphandlande myndigheter alltså undvika den form av prövning som skedde i HFD 2018 ref. 60.