

PM

angående gränserna för direktupphandling enligt LOU*

Jag har av Huddinge kommun blivit ombett att uttala mig om förutsättningarna och gränserna för direktupphandling enligt de bestämmelser i 15 kap. LOU som infördes genom SFS 2010:571.

Sammanfattning

- Direktupphandlingar får genomföras så länge *upphandlingar av samma slag* gjorda under räkenskapsåret inte överstiger 15 procent av tröskelvärdet enligt 3 kap. 1 § 1 st. 2 och 2 st. LOU, dvs. inte överstiger 284 631 kr.
- Upphandlingar är av samma slag när leverantörsmarknaden är sådan att det är *normalt* att en leverantör skulle lämna anbud i alla upphandlingarna. Bedömningen skall göras med beaktande av hela leverantörsmarknaden. Upphandlingar är således inte av samma slag även om ett fåtal av alla tillgängliga leverantörer skulle lämna anbud i alla upphandlingarna, så länge som de flesta leverantörer inte skulle göra det.
- Eftersom beloppsgränsen för direktupphandlingar skall beräknas utifrån tidigare gjorda upphandlingar av samma slag under räkenskapsåret, finns få hinder mot att börja ett räkenskapsår med att direktupphandla allt, för att först när gränsen överskrids övergå till i första hand ett förenklat förfarande. I fall där det redan vid räkenskapsårets början står klart att gränsen kommer att överskridas under året är risken dock påtaglig att sådana direktupphandlingar skulle betraktas som otillåtna uppdelningar av kontrakt i syfte att kringgå upphandlingslagstiftningen. I sådana fall är det emellertid också så opraktiskt att inte redan från början tillämpa i första hand ett förenklat förfarande, att problemet knappast är mer än akademiskt. För alla gränsfall kan däremot en sådan ordning vara ett sätt att avsevärt begränsa den upphandlande myndighetens administration.

* Denna PM kommer inte att flyttas från www.avtalsrätt.com/images/stories/direktupphandling.pdf. Hänvisning till den kan därför ske enligt följande: *Kihlman, Jon, PM angående gränserna för direktupphandling enligt LOU s. x, www.avtalsrätt.com/images/stories/direktupphandling.pdf*. Om jag i framtiden publicerar en uppdaterad version, kommer den att finnas på en annan webadress, medan denna PM kommer att finnas kvar.

- Inskränkningen till ett räkenskapsår gäller förmodligen inte för ramavtal och avtal med options- eller förlängningsklausuler. Vid bedömningen av om ett ramavtal överskrider gränsen för direktupphandling skall sannolikt värdet av alla kontrakt inom ramavtalets giltighetstid beaktas, även om det löper över flera år. På motsvarande sätt skall sannolikt en bedömning av om ett kontrakt med options- eller förlängningsklausul överstiger gränsen göras utifrån antagandet att klausulerna har används, även om det innebär att kontraktstiden blir längre än ett räkenskapsår.
- En upphandlande myndighet får direktupphandla över den i 15 kap. 3 § LOU angivna beloppsgränsen för direktupphandling dels när den vid ett förenklat förfarande eller urvalsförfarande inte har fått in något anbud eller när inkomna anbud har varit ogiltiga, dels när det föreligger synnerliga skäl, med vilket avses i första hand att det på grund av oförutsedda omständigheter som den upphandlande myndigheten inte har kunnat råda över föreligger hinder mot ett förenklat förfarande eller ett urvalsförfarande.
- Eftersom bedömningen av om ett kontrakts värde ligger över gränsen för direktupphandling skall göras med beaktande av samtliga direktupphandlingar av samma slag under räkenskapsåret, skall samtliga kontrakt gjorda under räkenskapsåret med samtliga leverantörer av en aktuell nyttighet beaktas. Även om kontrakten med varje leverantör var för sig ligger under gränsen för direktupphandling, är det således inte tillåtet att direktupphandla från flera leverantörer av samma nyttighet, om summan av samtliga leverantörers kontrakt överstiger gränsen för direktupphandling.
- Definitionen av upphandlande myndighet är inte inskränkt till juridiska personer. Även mindre enheter inom en juridisk person kan utgöra en upphandlande myndighet, under förutsättning att den är självständig i förhållande till den större enheten, i första hand genom att självständigt ha rätt att fatta beslut om upphandlingen och genom att disponera över sin egen budget. Definitionen kommer sannolikt att godtas av en domstol vid bedömningen av om en upphandling ligger under eller över gränsen för direktupphandling. En juridisk person kan genom hur den väljer att inrätta sin verksamhet dela upp sig själv i flera självständiga upphandlande myndigheter.

1. Inledning, frågeställningar

1.1 Den bakomliggande EU-rätten

Direktivet (2004/18/EG) om samordning av förfaranden vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster är tillämpligt för upphandlingar vilka överstiger de i direktivets art. 7 angivna tröskelvärdena. Tröskelvärdena skall enligt art. 78 uppdateras vartannat år. De uppdaterades senast genom Kommissionens förordning nr 1251/2011, vilken trädde i kraft den 1 januari 2012. Uppdateringen innebar en höjning av det tröskelvärde som är av betydelse för direktupphandling enligt LOU – och följaktligen en motsvarande begränsning av direktivets tillämpningsområde – från € 193 000 till € 200 000.

Förekomsten av tröskelvärden syftar till att inte alla upphandlingar skall behöva genomföras i enlighet med det relativt omständliga system som gäller för upphandlingar över de angivna värdena. För upphandlingar med lägre värde antas dels de administrativa kostnaderna inte stå i proportion till upphandlingens värde, dels intresset från leverantörer från andra länder vara obefintligt.¹

Direktivet är inte tillämpligt för upphandlingar under tröskelvärdena. Av EU-domstolens praxis framgår emellertid att även sådana upphandlingar skall genomföras med beaktande av EU-fördragets principer.²

1.2 LOU

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) implementerar direktivet (2004/18/EG) om samordning av förfaranden vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster. Till skillnad från direktivet innehåller den emellertid även uttrycklig reglering av upphandlingar vilka understiger tröskelvärdena. Regleringen av sådana upphandlingar finns i första hand i lagens 15 kapitel. För att

¹ Se t.ex. Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, 2 uppl. (2005) s. 362 f. Jfr Pedersen, *Upphandlingens grunder* 2 uppl. (2011) s. 26 f.

² Se t.ex. EU-domstolens dom i mål C 324/98 (Telaustria), särskilt p. 60 ff. och Kommissionens tolkningsmeddelande om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling (2006/C 179/2).

undvika upprepningar har i dess 2 § angivits vilka övriga bestämmelser i lagen som skall tillämpas för upphandlingar under tröskelvärdena.

Direktivet skiljer bara mellan upphandlingar över och under tröskelvärdena. LOU gör därtill skillnad mellan "vanliga" upphandlingar under tröskelvärdena och s.k. direktupphandlingar, med vilka enligt 2 kap. 23 § LOU avses upphandlingar "utan krav på anbud i viss form". Definitionen är tämligen intetsägande. Vad som avses är emellertid att de jämförelsevis begränsade formella krav som gäller för övriga upphandlingar under tröskelvärdena inte behöver följas. En upphandlande myndighet behöver vid direktupphandling t.ex. inte annonsera enligt 15 kap. 4 § eller iaktta tidsfrister enligt 15 kap. 9 § LOU.

1.3 Direktupphandling

Av 15 kap. 3 § LOU följer att upphandlingar enligt 15 kap. får göras genom förenklat förfarande, urvalsförfarande eller – i första hand om kontraktets värde uppgår till högst 15 procent av det tröskelvärde som avses i 3 kap. 1 § 1 st. 2 och 2 st. LOU – direktupphandling. Det innebär att direktupphandling får ske när kontraktets värde uppgår till högst 284 631 kr.³

Direktupphandling får också ske i tillämplig omfattning om förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5-9 §§ är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl. Som konstaterades i motiven⁴ saknas det skäl att ha strängare regler för upphandlingar under tröskelvärden än vad som gäller över dem. Det skulle därför vara märkligt om direktupphandling inte skulle tillåtas under tröskelvärdena i situationer där förhandlat förfarande utan föregående annonsering är tillåtet över dem. I praktiken är skillnaden liten mellan ett sådant förfarande och en direktupphandling. Med *synnerliga skäl* avses tämligen extrema undantagssituationer. Synnerliga skäl föreligger i princip aldrig när den upphandlande myndigheten själv har förorsakat situationen.⁵

³ Det nya tröskelvärdet är 1 897 540 kr, se tillkännagivandet (2011:1575) av tröskelvärden vid offentlig upphandling. Trots att tröskelvärdet enligt Kommissionens förordning nr 1251/2011 höjdes från € 193 000 till € 200 000, sänktes det svenska tröskelvärdet – rimligtvis eftersom kronan har stärkts gentemot Euron – med ca 22 000 kr.

⁴ Se prop. 2009/10:180 s. 294, jfr även s. 344.

⁵ Se prop. 2009/10:180 s 344 f.

Den enskilt viktigaste förutsättningen för direktupphandling torde således vara den i 15 kap. 3 § angivna beloppsbegränsningen. Eftersom det enligt bestämmelsen är *kontraktets värde* som inte skall överstiga 15 procent av det angivna tröskelvärdet, är det avgörande hur detta värde skall fastställas. I 15 kap. 3a § LOU har därför införts en särskild bestämmelse om hur värdet av ett kontrakt skall beräknas. I bestämmelsen anges att värdet av ett kontrakt skall uppskattas till det totala belopp som skall betalas enligt kontraktet, att en upphandling inte får delas upp i syfte att kringgå bestämmelserna i LOU, att options- och förlängningsklausuler skall beaktas som om de utnyttjats och, slutligen, att man vid bedömningen av om ett tilltänkt kontrakt ligger över eller under gränsen för direktupphandling skall beakta alla tidigare direktupphandlingar *av samma slag gjorda av myndigheten under räkenskapsåret*.

De nya bestämmelserna infördes genom SFS 2010:571 och ersatte den tidigare regleringen enligt vilken direktupphandling fick användas om kontraktets värde var lågt eller om det fanns synnerliga skäl. Frågan om fasta gränser för direktupphandling hade dock utretts vid åtminstone några tidigare tillfällen.⁶ I prop. 2009/10:180 föreslog regeringen att den nuvarande ordningen med fasta beloppsgränser skulle införas.⁷ Eftersom de nuvarande beloppsgränserna enligt den senaste utredningen, SOU 2011:73, kan antas skapa onödiga transaktionskostnader utan att samtidigt tillföra ett motsvarande värde i form av ett lägre pris, överväger utredningen att föreslå en höjning av gränserna.⁸ Antagandet bygger på den kritik avseende bristande empiriskt underlag och felaktiga antaganden som enligt utredningen har riktats mot den rapport som låg till grund för beslutet om de nuvarande beloppsgränserna.⁹

En särskild fråga – som visserligen inte har med själva PM:n att göra, men som ändå är värd att notera – är att kopplingen mellan beloppsgränserna för direktupphandlingar – vilka i praktiken aldrig torde vara internationella – och tröskelvärdena – vilka inte minst syftar till att markera när internationella avtal kan komma att vara aktuella – inte är logisk. Särskilt märklig blir den när en höjning av den svenska kronans värde gentemot Euron – och därmed ett relativt sett höjt svenskt kostnadsläge – medför att gränsen för direktupphandling sänks. Ur just den aspekten

⁶ Se t.ex. SOU 1999:139 s. 284 f., prop. 2001/02:142 s. 46 ff. och s. 99 samt SOU 2006:28 s. 23 ff.

⁷ Se prop. 2009/10:180 s. 285 ff., jfr Ds 2009:30 s. 258 ff.

⁸ Se SOU 2011:73 s. 97.

⁹ Se SOU 2011:73 s. 96.

vore det måhända bättre om direktupphandlingsgränsen inte bestämdes mot bakgrund av ett tröskelvärde, utan i stället bestämdes utifrån de förutsättningar som råder i Sverige, t.ex. i anslutning till prisbasbeloppet enligt socialförsäkringsbalken (2010:110).¹⁰ Den nuvarande gränsen för direktupphandling motsvarar ungefär ett prisbasbelopp multiplicerat med faktorn 6,5.

1.4 Frågeställningar

Bestämmelsen i 15 kap. 3a § LOU väcker åtskilliga frågor som jag i det följande skall försöka besvara. Den viktigaste av dem torde vara vad som avses med direktupphandlingar *av samma slag*, men det finns också andra frågor som är av intresse:

- Hur förhåller sig begränsningen till ett räkenskapsår till bestämmelsen att options- och förlängningsklausuler skall beaktas (t.ex. i en situation att ett kontrakt som är värt 250 000 kr under ett räkenskapsår ger den upphandlande myndigheten rätt att förlänga kontraktet *ytterligare ett räkenskapsår*)?
- Hur förhåller sig föregående fråga till möjligheten att direktupphandla ett ramavtal enligt vilket kontraktstilldelningen per räkenskapsår inte kommer att överstiga direktupphandlingsgränsen?
- Hur skall man förhålla sig till att det under ett räkenskapsår visar sig att den upphandlande myndighetens behov överstiger direktupphandlingsgränsen? Är det ett brott mot förbudet mot att dela upp upphandlingar i syfte att kringgå LOU:s bestämmelser? Hur ser bevisläget ut beträffande subjektiva rekvisit?
- Innebär bestämmelsen i tredje stycket att man skall beakta *gjorda* direktupphandlingar att man i slutet av året – om gränsen då kommer att överskridas – måste tillämpa ett förenklat förfarande trots att värdet av vad som skall handlas upp är försumbart, eller innebär bestämmelsen i realiteten ett krav att den upphandlande myndigheten redan i januari skall tillämpa ett förenklat förfarande om det finns *risk* för att gränsen kan komma att överskridas?

¹⁰ Jfr dock SOU 2006:28 s 248 för motsatt uppfattning.

- Hur påverkar bedömningen av föregående fråga giltigheten av tidigare tilldelade kontrakt? Hur påverkas den upphandlande myndighetens skadeståndsskyldighet?
- Får man dela upp en upphandling mellan flera leverantörer så att kontrakten för var och en av dem understiger direktupphandlingsgränsen? Spelar det någon roll om syftet inte är att kringgå lagen?
- Kan olika delar av samma juridiska person var för sig utgöra upphandlande myndigheter, så att direktupphandling är tillåtet trots att den juridiska personens upphandling överstiger beloppsgränsen, så länge som gränsen inte överskrids för någon av de upphandlande myndigheterna?

2. Utredning

2.1 Vad är direktupphandlingar *av samma slag*?

2.1.1 Problemställningar

Utgångspunkten för all bedömning kring gränsen för direktupphandling är att *varje kontrakt skall behandlas för sig*, vilket framgår inte minst av ordalydelsen i 15 kap. 3 § 2 st. och 3a § 1 st. LOU. Det är således värdet för *ett enskilt kontrakt* som skall bedömas. Så långt vållar bestämmelserna sällan några problem.

Tillämpningsproblemen uppkommer framför allt eftersom kontrakts värden emellanåt skall läggas samman vid bedömningen av om de ligger under eller över gränsen för direktupphandling. Härtill kommer att ett kontrakts värde i vissa fall skall beräknas inte utifrån de åtaganden som den upphandlande myndigheten faktiskt gör, utan i stället utifrån vad den *kan komma att betala* enligt kontraktet, se inte minst 15 kap. 3a § 2 st. LOU. Sammanläggningen skall enligt 15 kap. 3a § 3 st. LOU göras så att alla upphandlingar (eller kontrakt) *av samma slag* gjorda under ett räkenskapsår skall ligga till grund för beräkningen.

Frågan om kontrakt är av samma slag har åtminstone två dimensioner. En fråga är om t.ex. äpplen och päron är av samma slag (frukt) och därför skall läggas samman, eller om de är av skilda slag (äpplen och päron) och följaktligen inte skall läggas

samma. En annan är om återkommande kontrakt om köp av äpplen skall läggas samma. Den senare frågan är tämligen enkel att besvara jakande, medan den förra vållar åtskilliga problem.

2.1.2 Förarbeten och doktrin

Medan frågorna om förekomsten av beloppsgränser och deras omfattning har behandlats i flera utredningar, har den betydligt mer komplicerade frågan om vad som skall vara *underlag för beräkningen* av beloppsgränserna behandlats tämligen styvmoderligt. I motiven anges således endast att bestämmelserna med beräkningsprinciper har sin förebild i bestämmelserna om beräkning av tröskelvärden – i första hand 3 kap. 3 och 5 §§ LOU – och att man vid behov av vägledning och tolkning av bestämmelsen i 15 kap. 3a § LOU får söka stöd i förarbeten och praxis avseende dem.¹¹ För just frågan om vad som avses med upphandlingar av samma slag, torde dock 3 kap. 7 § – som behandlar upphandling av delkontrakt – vara av större intresse än i vart fall 3 kap. 3 §. Inte heller i tidigare motivuttalanden finns annat än en hänvisning till bestämmelserna om beräkning av tröskelvärden.¹² Frågan synes inte ha behandlats särskilt i SOU 2011:73.

Befintlig svensk litteratur tillför inte heller mycket. Falk konstaterar endast att beräkningen skall göras enligt normerna för bedömning av tröskelvärdena,¹³ medan Pedersen anger att det i praktiken ofta är svårt att bedöma vad som är objekt av samma slag, men att viss vägledning kan hämtas ur CPV-nomenklaturens kategorisering.¹⁴ Den senare uppfattningen har stöd i tidigare motivuttalanden,¹⁵ vilka behandlas närmare i avsnitt 2.1.4.

2.1.3 Anknytningen till tröskelvärden

Bedömningen av vad som enligt 15 kap. 3a § LOU är en upphandling av samma slag skall således göras mot bakgrund av motsvarande överväganden enligt 3 kap. LOU. Anknytningen till beräkningen av tröskelvärden innebär inte minst att bedömningen

¹¹ Se prop. 2009/10:180 s. 293 och s. 345 f.

¹² Se Ds 2009:30 s. 265 och s. 317, jfr prop. 2001/02:142 s. 99.

¹³ Falk, Lag om offentlig upphandling, 2 uppl. (2011) s. 455.

¹⁴ Pedersen, Upphandlingens grunder, 2 uppl. (2011) s. 75.

¹⁵ Se prop. 2006/07:128 s. 317 f.

av vad som är direktupphandlingar av samma slag inte längre kan sökas enbart i traditionella svenska rättskällor, eftersom bedömningen av tröskelvärden ytterst ankommer på EU-domstolen. I detta avsnitt kommer jag emellertid bara att behandla svenska rättskällor.

I 3 kap. 7 § LOU används såvitt avser varuköp i stället för uttrycket *upphandling av samma slag* uttrycket *likartade varor*. Jag har inte funnit någon förklaring till att lagstiftaren har valt olika uttryck. Inte minst mot bakgrund av att motiven till bestämmelsen i 15 kap. hänvisar till bestämmelserna i 3 kap. är det emellertid troligt att det inte har funnits någon avsikt att termerna skall bedömas på skilda sätt. I lagtexten anges inte något uttryckligt krav att även delkontrakt beträffande tjänster och byggentreprenader skall vara *likartade*. Av sammanhanget torde dock följa att ett sådant krav gäller även för dessa kategorier.¹⁶

Ingen av bestämmelserna i 3 kap. 3, 5 och 7 §§ LOU har ändrats sedan lagen infördes. Motivuttalanden skall således i första hand sökas i prop. 2006/07:128. Eftersom bestämmelserna i allt väsentligt stämmer överens med motsvarande bestämmelser i den tidigare lagen ("ÄLOU"),¹⁷ är dessa motivuttalanden emellertid tämligen intetsägande. I specialmotiveringen till bestämmelserna konstateras således att 3 kap. 3 § LOU åtminstone delvis svarar mot 2 kap. 3 § och 5 kap. 4 § sista st. ÄLOU, att 3 kap. 5 § LOU svarar mot 2 kap. 4 §, 3 kap. 2 § 3 st. och 5 kap. 8 § ÄLOU och att 3 kap. 7 § svarar mot 3 kap. 2 § 1 och 2 st. samt 5 kap. 5 § ÄLOU.¹⁸ Inte heller vare sig bestämmelserna i den äldre lagen eller deras förarbeten ger någon ledning för hur man skall bedöma frågan vad som avses med upphandlingar av samma slag.¹⁹

Svensk litteratur innehåller inte särskilt mycket användbar information. Pedersen behandlar inte frågan alls, medan Falk, efter att ha angivit att varken direktivet eller LOU förklarar vad som avses med *likartade varor*, antar att stationära och portabla

¹⁶ Se prop. 2006/07:128 s. 317 där det anges att sammanläggning enligt bestämmelsen skall göras om delkontrakten är närbesläktade.

¹⁷ SFS 1992:1528.

¹⁸ Se prop. 2006/07:128 s. 314 ff.

¹⁹ Se beträffande 2 kap. 3-5 §§ (varor) prop. 1992/93:88 s. 74 f., beträffande 3 kap. 2 § 3 st. (entreprenader) prop. 1992/93:88 s. 81 och beträffande 5 kap. 5 och 8 §§ (tjänster) prop. 1992/93:88 s. 96 f.

datorer är likartade, morötter och potatis kanske inte är det, men att potatissorterna Mandelpotatis och Bintje "torde vara det".²⁰ Falk anger inga källor till stöd för sina antaganden.

2.1.4 CPV-koder

Det finns emellertid ett uttalande i LOU:s förarbeten som kan vara till ledning vid en bedömning av vad som avses med upphandlingar av samma slag. Efter att ha konstaterat att kravet att avtalsobjekt skall vara närbesläktade för att kontrakt skall läggas samman beträffande varor kommer till uttryck i lagtexten, anges således i prop. 2006/07:128 att motsvarande bedömning beträffande tjänster lämpligen kan göras mot bakgrund av de kategorier som anges i bilaga 1 till lagen.²¹ Eftersom bilaga 1 kategoriserar byggtreprenadtjänster, medan bilagorna 2 och 3 kategoriserar övriga tjänster och eftersom det är svårt att finna några rationella skäl till att inte resonera på samma sätt för både byggtreprenader och tjänster, är det troligt att hänvisningen egentligen avsåg inte bara bilaga 1, utan även bilagorna 2 och 3. Även om motivuttalandet anger att *kategorierna* kan vara underlag, leder det vidare till frågan om *CPV-koderna* kan vara ett verktyg för att avgöra om byggtreprenader och tjänster är likartade (eller av samma slag) och – naturligtvis – om man i så fall inte skall använda dem även för varor.

CPV-systemet består av en huvudordlista och en tilläggsordlista.²² Huvudordlistan är uppbyggd med åttasiffriga nummer med en nionde kontrollsiffra. De två första siffrorna identifierar huvudgrupper – t.ex. "Livsmedel, drycker, tobak o.d." (15000000) – den tredje identifierar grupper – t.ex. "Frukt, grönsaker och liknande produkter" (15300000) – den fjärde identifierar undergrupper – t.ex. "Potatis och potatisprodukter" (15310000) – den femte identifierar kategorier – t.ex. "Fryst potatis" (15311000), "Potatisprodukter" (15312000) och "Bearbetad potatis" (15313000) (men däremot inte "Färsk, obearbetad, potatis") – medan de tre sista siffrorna tillför ytterligare grader av precisering inom kategorin, t.ex. "Pommes frites" (15311100) – av den femte siffran framgår att de är frysta – eller "Potatiskroketter" (15312500).

²⁰ Falk, Lag om offentlig upphandling, 2 uppl. (2011) s. 149.

²¹ Se prop. 2006/07:128 s. 317 f.

²² Se Kommissionens förordning (EG) nr 213/2008.

Tilläggsordlistan är uppbyggd med två bokstäver och en eller två siffror med en kontrollsiffra. Den första bokstaven identifierar en avdelning – t.ex. "Beskaffenhet, form, förpackning och konditionering" (B) – den andra bokstaven identifierar en grupp inom avdelningen – t.ex. "Beskaffenhet" (A) – medan siffrorna identifierar underindelningar, t.ex. "Färsk" (04) eller "Rå" (10). Färsk obearbetad potatis skulle således kunna uttryckas med angivande av dels gruppen 15310000, dels något av tilläggen BA04 eller BA10.

Som framgår identifieras *kategorier* av den femte siffran i en kod. I LOU:s bilaga 1 identifieras inga kategorier, utan endast huvudgrupper, grupper och undergrupper. Å andra sidan används ordet *kategori* i bilagorna 2 och 3 för att beskriva vad som i CPV-koderna benämns *huvudgrupp*. Anknytningen till just *kategorier* i motivuttalandet synes således ha varit slumpartat och inte syftande till just den nivå som identifieras av den femte siffran i en kod.

Ett annat sätt att läsa förarbetena är att förstå hänvisningen till "de kategorier som anges i bilaga 1 till denna lag"²³ så att hänvisningen avser den då befintliga lagen, dvs. ÄLOU. Till den fanns visserligen bara en bilaga – varför hänvisningen till just bilaga 1 framstår som onödig – och därtill ingen uttalad indelning i *kategorier*. Till det bakomliggande direktivet – 92/50 EEG – finns emellertid två bilagor, av vilka den första svarar mot bilagan till ÄLOU. I den används termen *kategorier* för de totalt 27 slag av tjänster (inklusive "övriga tjänster") som anges i bilagan.

Om motivuttalandet skall förstås på detta sätt – och om det skulle ge uttryck för gällande rätt – skulle det vara avsevärd skillnad mellan å ena sidan varor – där *likartade* varor skall hanteras gemensamt – och å den andra tjänster – där det skulle finnas 27 *kategorier*. I praktiken skulle få tjänster kunna direktupphandlas och därtill relativt få tjänster ens kunna handlas upp enligt övriga bestämmelser i 15 kap. LOU.

Oberoende av vilken bilaga man tror att motivuttalandet hänvisar till, blir resultatet inte särskilt lyckat. Om hänvisningen avser den nuvarande bilagan 1 – och i så fall rimligtvis även övriga bilagor – leder det till att man antingen skall behandla alla varor och tjänster på en viss nivå – som då tenderar till att för en del objekt vara alltför

²³ Prop. 2006/07:128 s. 317 f.

detaljerad, medan den för andra blir alltför generell – eller till att man i det enskilda fallet tillåts välja en lämplig nivå. I det senare fallet skulle CPV-systemet inte bidra till att lösa frågan vad som är upphandlingar av samma slag, eftersom det inte skulle tillhandahålla en enhetlig mall för hur bedömningen skulle göras. Om man i stället skulle beakta bilagan till ÄLOU, skulle det leda till dels att åtskilliga små behov skulle behöva hanteras gemensamt utan att det fanns något praktiskt samband mellan dem, dels – som en konsekvens – att många av dessa behov skulle behöva tillgodoses på ett onödigt omständligt sätt.

En bestämning av vad som är närbesläktade avtalsobjekt blir således inte särskilt ändamålsenlig om den görs mot bakgrund av CPV-koderna. Den blir antingen slumpmässig, för detaljerad eller för generell. I Kommissionens förordning 213/2008 – i vilken CPV-systemet definieras – finns inte heller mycket som ens antyder att CPV-systemet skulle tjäna ändamålet att avgöra vad som avses med upphandlingar av samma slag, närbesläktade avtalsobjekt eller liknande frågeställningar. Syftet synes i stället vara att göra det möjligt för upphandlande myndigheter och leverantörer att kommunicera på ett enhetligt sätt.²⁴ Mycket talar således emot den lösning som antyds såväl i lagmotiven som – åtminstone beträffande definitionen av vad som avses med *upphandlingar av samma slag* – av Pedersen.

2.1.5 Marknadsanpassad bedömning av vad som är upphandlingar av samma slag

Ett bättre sätt att förhålla sig till frågan vad som är närbesläktade avtalsobjekt och upphandlingar av samma slag, vilket har stöd i internationell forskning,²⁵ är att fråga sig om objekten typiskt sett tillhandahålls av samma leverantör och om det är kommersiellt lämpligt att de behandlas i samma kontrakt. Enligt Arrowsmith bygger en sådan tillämpning på syftet med bestämmelserna, vilket hon anger vara att säkerställa att upphandlingarna annonseras när det är just "commercially reasonable for those purchases to be packaged in a single contract".²⁶ Arrowsmith uttalar sig visserligen bara om tröskelvärdena och inte om den svenska gränsen för

²⁴ Se inte minst Kommissionens förordning (EG) nr 213/2008, beaktandesats 1.

²⁵ Se särskilt Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, 2 uppl. (2005) s. 381 ff., särskilt s. 383 f. med vidare hänvisning till Brown, *Getting to Grips with Aggregation under the E.C. Public Procurement Rules* (1993) 2 *Public Procurement Law Review* s. 69 ff.

²⁶ Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, 2 uppl. (2005) s. 383.

direktupphandling, men principen torde mot bakgrund av motivens hänvisning till bestämmelserna om tröskelvärden²⁷ vara giltig även för direktupphandlingarna. Som exempel på objekt av samma slag anges att "pens, rubbers and typing fluids" nog är av samma slag, *eftersom de ofta tillhandahålls av leverantörer av kontorsmaterial*. Fordon anges å andra sidan kunna vara av olika slag, t.ex. fordon avsedda för gatusopning å ena sidan och brandbilar å den andra, *eftersom sådana fordon i normalfallet tillhandahålls av olika specialiserade leverantörer*. Tjänster anges ofta behöva bedömas på en avsevärt mycket lägre detaljnivå än de kategorier som angavs i den engelska motsvarigheten till bilagan till ÄLOU,²⁸ *eftersom många av kategorierna täcker ett område som normalt inte tillhandahålls av en leverantör*. Som exempel nämns reparation och underhåll av fordon å ena sidan och av kopiatorer eller renhållningsverktyg å den andra, vilka faller inom samma kategori i bilagan (nr 1: Underhålls- och reparationstjänster), men *knappast tillhandahålls av samma leverantör*.

Enligt Brown relaterar regeln till hur marknaden faktiskt ser ut vid upphandlingstillfället (han synes skilja mellan vad som är fakta och vad som är juridisk regel; en uppdelning som för svenskt vidkommande ter sig en smula konstlad): *Varor är av samma slag* när det faller sig naturligt att vid ett tillfälle köpa dem från en leverantör. Även om varor i och för sig normalt tillhandahålls av en leverantör, kan det enligt Brown ändå vara motiverat att emellanåt betrakta dem som varor av skilda slag om de tjänar olika syften.²⁹

Antag t.ex. att det är normalt på en leverantörsmarknad att säljare av kontorsmaterial också alltid tillhandahåller snöskyfflar och att det därtill är så att säljare av snöskyfflar alltid också tillhandahåller kontorsmaterial.³⁰ Trots leverantörsmarknadens uppbyggnad, torde det inte krävas att en upphandlande enhet vid köp av snöskyfflar skulle vara tvungen att beakta även sina köp av kontorsmaterial när den tar ställning till om den kan direktupphandla snöskyfflarna.

Bedömningen skall således göras i två led. Först skall bedömas om det alls är fråga om nyttigheter av samma slag. Därefter skall bedömas hur leverantörsmarknaden är

²⁷ Se särskilt prop. 2009/10:180 s. 293.

²⁸ I båda fallen torde fråga vara om motsvarigheter till bilaga 1 till dir. 92/50/EEG.

²⁹ Brown, Getting to Grips with Aggregation under the E.C. Public Procurement Rules (1993) 2 Public Procurement Law Review s. 74 f.

³⁰ Exemplet föranleds av att jag nyligen köpte kontorsmaterial på Svanströms på Humlegårdsgatan och konstaterade att butiken också saluförde bl.a. snöskyfflar.

beskaffad. Det torde emellertid vara mycket ovanligt att det första ledet någonsin skulle vålla några problem. I praktiken torde regeln därför kunna inskränkas till det senare ledet.

Browns behandling av tjänstekontrakt är tämligen översiktlig. Det synes emellertid saknas goda skäl att beträffande dem resonera på ett principiellt annorlunda sätt än för varor.

I en nyare bok – som såvitt jag vet inte är publicerad i bokform, men som finns som pdf på Internet³¹ – preciserar Arrowsmith, återigen med hänvisning till Browns artikel, definitionen ytterligare: Varor och tjänster är av samma slag när de typiskt sett är tillgängliga från samma leverantör. Hon tillägger att sammanläggning av tjänster i allmänhet bara behöver göras på en betydligt lägre nivå än de ”kategorier” som anges i direktivets bilaga 2, vilken svarar mot LOU:s bilagor 2 och 3. Bedömningen av vad som är *kontrakt av liknande karaktär* – till skillnad från *varor av samma slag* – skall enligt Arrowsmith göras på motsvarande sätt, dvs. genom en prövning av om ett företag – rimligtvis en typisk leverantör – skulle vara intresserat av samtliga kontrakt.³² Om en upphandlande myndighet tidigare har hyrt en nyttighet, men nu har för avsikt att köpa motsvarande nyttighet, skall sammanläggning således inte ske med mindre än att leverantörer av nyttigheten typiskt sett tillhandahåller både köp- och hyrlösningar till sina kunder.

Browns artikel är nästan tjugo år. Dess grundläggande argument ter sig emellertid funktionellt och modernt, särskilt i den av Arrowsmith utvecklade formen. Om regeln – eller snarare definitionen av vad som är *likartade varor eller tjänster* och i förlängningen vad som är *upphandlingar av samma slag* – knyts till hur marknaden utvecklar sig, behöver regleringen inte anpassas till ändrade förhållanden, eftersom anpassningen sker automatiskt i takt med att förhållandena ändras. En viktig del av definitionen – vilken inte har poängterats särskilt av vare sig Brown eller Arrowsmith, utan snarare synes ha betraktats som en självklarhet – är innebörden i att bedömningen skall göras utifrån vad som är normalt: Om flera liknande nyttigheter i och för sig tillhandahålls av några få leverantörer, medan de flesta leverantörerna

³¹ <http://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/eupublicprocurementlawintroduction.pdf>.

³² Se Arrowsmith i Arrowsmith m.fl. EU public procurement law: An introduction (2010) s. 105.

bara tillhandahåller en eller ett fåtal av dem, torde det ligga nära till hands att anse att nyttigheterna *normalt* inte tillhandahålls av *en* leverantör, varför deras värde inte skall läggas samman vid bedömningen av vilken upphandlingsform som skall användas. Detsamma torde gälla om den upphandlande myndigheten efterfrågar en viss kvalitetsnivå, och nyttigheten visserligen tillhandahålls av åtskilliga leverantörer, men bara på en lägre kvalitetsnivå än den efterfrågade.

Browns och Arrowsmiths argument har i Sverige godtagits av i vart fall Kammarkollegiet, som i sin vägledning om direktupphandling³³ anger att det saknas skäl att beräkna direktupphandlingsbeloppet för enskilda varor (exempelvis pennor och radergummin) om leverantörer typiskt sett tillhandahåller alla de efterfrågade varorna (exempelvis kontorsmaterial), men att det inte är lämpligt att anse att upphandlingar av nyttigheter som typiskt sett inte tillhandahålls av *en* leverantör skall utgöra upphandlingar av samma slag: "En sammanräkning skulle då innebära att den upphandlande myndigheten tvingas annonsera och upphandla flera olika avtal med olika leverantörer, vilka vart och ett skulle ligga under beloppsgränsen för direktupphandling."³⁴

Kammarkollegiet använder återkommande köp av bananer som exempel. Om värdet av bananerna skall ligga till grund för beräkningen, kan man köpa relativt många bananer under ett räkenskapsår³⁵ utan att nå upp till beloppsgränsen för direktupphandling. Säljare av bananer torde dock typiskt sett också sälja annan frukt, vilket talar för att gränsen för direktupphandling skall beräknas utifrån upphandling av *frukt* snarare än av bara bananer. Exemplet vidgas ytterligare genom att frågan ställs om bananerna skall räknas samman inte bara med övrig frukt, utan i stället med *livsmedel* i allmänhet. Svaret skulle enligt Arrowsmith och Brown vara beroende av hur leverantörsmarknaden ser ut: Om marknaden är så uppdelad att bananer typiskt sett tillhandahålls av just bananleverantörer, skall det sammanlagda värdet av *bananerna* ligga till grund för bedömningen. Om marknaden i stället typiskt sett består av fruktleverantörer, skall det sammanlagda värdet av den upphandlade *frukten* ligga till grund för bedömningen. Och, slutligen, om det i stort sett inte finns

³³ Nr 2011:6 (http://www.upphandlingsstod.se/sites/default/files/2011_6.pdf)

³⁴ Kammarkollegiets vägledning (2011:6) s. 8.

³⁵ Jfr 15 kap. 3a § 3 st. LOU.

vare sig banan- eller fruktleverantörer, utan bara livsmedelsleverantörer, skall upphandlingsvärdet av *livsmedel* ligga till grund för beräkningen.

2.1.6 Slutsats

Den marknadsanpassade bedömningen av vad som är likartade varor och tjänster – och i förlängningen av vad som är upphandlingar av samma slag – står inte på något sätt i strid mot vare sig lagtext eller förarbeten. Den framstår som logisk och rationell, har stöd i såväl äldre som nyare doktrin och har såvitt jag kan se inga nackdelar. Tvärtom, den svarar mot de ändamål som direktiven och därmed lagtexten bygger på. Den är därtill – till skillnad från inte minst anknytningar till t.ex. CPV-systemet – flexibel i förhållande till förändringar på marknaden. Jag anser därför att bedömningen av vad som är upphandlingar av samma slag skall göras genom en bedömning av om de nyttigheter som upphandlingarna avser *typiskt sett tillhandahålls av en leverantör*. Om så är fallet, är det fråga om *upphandlingar av samma slag*. Om så inte är fallet – dvs. om de flesta leverantörer bara tillhandahåller någon eller några av de efterfrågade nyttigheterna – är det fråga om *upphandlingar av skilda slag*. Så torde vara fallet även om några leverantörer i och för sig tillhandahåller samtliga efterfrågade nyttigheter, åtminstone så länge som flertalet leverantörer endast tillhandahåller någon eller några av dem.

2.2 Förhållandet mellan begränsningen till ett räkenskapsår och ramavtal samt kravet att options- och förlängningsklausuler skall beaktas

2.2.1 Problemställningar

Kombinationen av att 15 kap. 3a § LOU anger att beräkningen av värdet av ett kontrakt skall göras dels som om *alla options- och förlängningsklausuler utnyttjas*, dels med beaktande av alla direktupphandlingar av samma slag *under räkenskapsåret* vållar åtminstone två potentiella problem. Det ena uppkommer när ett kontrakt som i sig understiger direktupphandlingsgränsen ger den upphandlande myndigheten rätten att kräva att avtalet skall tillämpas även *nästkommande räkenskapsår* och att det sammanlagda kontraktsvärdet *därigenom* kommer att överstiga gränsen för direktupphandling. Det andra är om en upphandlande

myndighet som har återkommande behov, vilka för varje räkenskapsår understiger gränsen för direktupphandling, men som över tid kommer att överstiga denna, får direktupphandla ett *ramavtal* med en leverantör för att tillgodose dessa behov.

2.2.2 Anknytningen till tröskelvärden

Problemen hänger nära ihop med motsvarande problem beträffande tröskelvärden. Enligt 3 kap. LOU skall värdet av ett kontrakt beräknas under olika tidslängder beroende av hur upphandlingen eller upphandlingarna har konstruerats.

Enligt 3 kap. 3 § LOU – som är förebild för 15 kap. 3a § 2 st. LOU – skall således options- och förlängningsklausuler beaktas fullt ut vid beräkningen av ett kontrakts värde. Enligt 3 kap. 13 § LOU – som inte har någon uttalad motsvarighet i 15 kap. – skall värdet av ett ramavtal beräknas till det högsta sammanlagda värdet av samtliga de kontrakt som planeras under ramavtalets löptid. I dessa fall torde det stå klart att tröskelvärdet överskrid om ett kontrakt – oberoende av dess sammanlagda giltighetstid – ger den upphandlande myndigheten en rätt till förlängning eller motsvarande, om summan av värdet av det ursprungliga kontraktet och det ”nya” kontraktet är högre än tröskelvärdet, liksom om ett ramavtal som löper över längre tid än ett år har ett *sammanlagt* värde som är högre än tröskelvärdet.

Enligt 3 kap. 10 § LOU – som torde vara förebild för 15 kap. 3a § 3 st. LOU – skall å andra sidan värderingen av återkommande – likartade men skilda – kontrakt begränsas till en tolv månadersperiod. När parterna inte har något ramavtal och inte heller har avtalat om en rätt för den upphandlande myndigheten att förlänga avtalsrelationen, torde det således stå klart att beräkningen av tröskelvärdet skall begränsas till att baseras på upphandlingar av likartade nyttigheter under en tolv månadersperiod. Den praktiska skillnaden mellan ett sådant arrangemang (eller snarare en sådan brist på arrangemang) och ett ramavtal är emellertid många gånger obefintlig. Icke desto mindre är det utan ett flerårigt ramavtal möjligt att utan att överskrida tröskelvärdet handla nästan fyra gånger³⁶ mer än enligt ett motsvarande ramavtal.

³⁶ Jfr 5 kap. 3 § LOU.

Bestämmelserna ställer en upphandlare som gör många återkommande inköp av t.ex. kontorsmaterial, vilka för en tolv månaders period understiger tröskelvärdet, inför följande val: Fortsätt att köpa enligt 15 kap. eller gå ut i en större upphandling av ett ramavtal. Lagtekniskt skapas konflikten av att 3 kap. 3 och 13 §§ LOU – trots de uppenbara likheterna mellan bestämmelsernas tillämpningsområde – många gånger beräknar kontraktets värde under en längre tid än vad som görs enligt 3 kap. 10 §. Lagtekniskt torde därför lösningen på dilemmat vara att en tolv månadersgräns förs in även i 3 kap. 3 och 13 §§ LOU.

Resonemangen bygger på antagandet att ramavtalen löper under en längre tid, i praktiken antingen fyra år eller en kortare tid med möjlighet till förlängning. De berörda problemen undviks emellertid om ramavtalen i stället ingås för ett år och inte ger någon rätt till förlängning. Ett sådant arrangemang medför alla de fördelar som ett ramavtal ger, med undantag för möjligheten att mot bakgrund av en högre volym pressa priserna, men har nackdelen att ett nytt ramavtal måste handlas upp varje år i stället för med längre intervall.

2.2.3 Direktupphandling

Om motsvarande problem förs över till frågan om direktupphandling – och de återkommande inköpen i stället för varje räkenskapsår understiger direktupphandlingsgränsen – blir lösningen rimligtvis densamma. Mot bakgrund av 15 kap. 3a § 3 st. LOU *borde* det vara tillåtet att inom ramen för direktupphandlingsreglerna systematisera sina återkommande småköp genom att direktupphandla fleråriga ramavtal med en eller flera leverantörer, så länge som värdet av de kontrakt som ingås mot bakgrund av ramavtalen inte *för ett räkenskapsår* överstiger direktupphandlingsgränsen. Mot bakgrund av bestämmelserna i 3 kap. 3, 10 och 13 §§ LOU och att lagstiftaren i motiven till 15 kap. 3a § hänvisar till dem, håller jag det emellertid för osannolikt att ett sådant arrangemang skulle vara tillåtet enligt nuvarande regler, om det sammanlagda värdet av samtliga kontrakt under ramavtalets giltighetstid³⁷ kommer att överstiga gränsen för direktupphandling.

³⁷ Enligt 15 kap. 2 § skall bestämmelsen i 5 kap. 3 § om längsta tillåtna tid för ett ramavtal tillämpas även för upphandlingar under tröskelvärdet.

Detsamma gäller naturligtvis för options- och förlängningsklausuler. Mot bakgrund av 15 kap. 3a § 3 st. LOU *borde* sådana klausuler vara tillåtna i direktupphandlade kontrakt, så länge som de inte medför att kontraktssumman *per räkenskapsår* överstiger direktupphandlingsgränsen. Mot bakgrund av bestämmelserna i 3 kap. 3, 10 och 13 §§ LOU och att lagstiftaren i motiven till 15 kap. 3a § hänvisar till dem, håller jag det emellertid för lika osannolikt att sådana kontrakt skulle vara tillåtna enligt nuvarande regler.

Problemen torde i allt väsentligt kunna undvikas genom att myndigheten direktupphandlar *ettåriga* ramavtal, vilka inte innehåller några framåsyftande optioner och inte heller ger någon rätt till förlängning. Till skillnad från upphandlingar över gränsen för direktupphandling har ett sådant arrangemang fördelen att det inte medför mer än en ytterst marginell ökning av administrationen av upphandlingar och därmed inte heller av med administrationen förknippade kostnader.

2.2.4 Andra praktiska lösningar

Det torde inte strida mot LOU om en leverantör lämnar ett anbud till en upphandlande myndighet, enligt vilket denna ges rätt att hur många gånger som helst under anbudets giltighetstid – t.ex. fyra år³⁸ – direktupphandla genom att vid varje tillfälle acceptera anbudet. Anbudet kan inte träffas av upphandlingslagstiftningen, eftersom det inte har föregåtts av en upphandling. Så länge värdet av direktupphandlingarna inte för ett enskilt räkenskapsår överstiger direktupphandlingsgränsen, finns det såvitt jag kan bedöma inga hinder mot ett sådant arrangemang. Den civilrättsliga skillnaden är obefintlig mellan ett sådant *stående anbud* och ett flerårigt ramavtal enligt vilka den upphandlande myndigheten inte gör några åtaganden att köpa, vilket ändå torde vara den vanligaste konstruktionen av ramavtal.

Det är måhända inte ens otillåtet enligt LOU – jfr formkravet i 2 kap. 10 § för att en rättshandling skall utgöra ett kontrakt – att ha *muntliga eller underförstådda förlängningsklausuler*. Under alla förhållanden torde det vara praktiskt omöjligt för en utomstående att bevisa förekomsten av en sådan klausul. Civilrättsligt vållar de emellertid inga problem. De är bindande för den som har avgivit dem, i allmänhet

³⁸ Jfr 5 kap. 3 § LOU.

leverantören. Inget hindrar heller att en leverantör när ett kontrakt väl har slutits, omedelbart lämnar ett anbud beträffande nästa räkenskapsår, med en acceptfrist som har samma innehåll som en förlängningsklausul. Ett sådant anbud kan inte medföra att *ett kontrakts* värde kommer att överstiga direktupphandlingsgränsen, om inte annat på grund av att den upphandlande myndigheten inte råder över att anbudet lämnas och inte har möjlighet att förhindra att så sker.

2.2.5 En bättre lagreglering

För svenskt vidkommande är det knappast möjligt att ändra bestämmelserna i 3 kap. 3 och 13 §§ LOU, eftersom de är utformade mot bakgrund av direktivet. Däremot finns det möjlighet att skapa en bättre ordning i 15 kap. 3a § LOU, genom att låta bestämmelsen andra stycke utgå och i stället ange att *alla* beräkningar – av optioner, förlängningsklausuler, ramavtal m.m. – skall göras *per räkenskapsår*. Det skulle skapa bättre möjligheter att hantera åtskilliga småköp på ett mer strukturerat och effektivt sätt. I jämförelse med alternativet att direktupphandla ettåriga ramavtal, skulle en sådan ordning medföra framför allt dels en marginellt minskad administration, dels en möjlighet att pressa priserna något.

2.3 Direktupphandlingar under ett räkenskapsår visar sig överstiga gränsen för direktupphandling

2.3.1 Problemställning

Frågan hur man skall hantera situationen att direktupphandlingar under ett räkenskapsår visar sig överstiga gränsen för direktupphandlingar skulle ha varit enkel att hantera om 15 kap. 3a § LOU hade fått det innehåll som den hade i lagrådsremissen. Där angavs nämligen att den upphandlande myndigheten vid beräkningen skulle "beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av enheten senare än ett år tillbaka".³⁹ Det skulle då vid varje givet upphandlingstillfälle bara vara fråga om att räkna baklänges i tiden och se om gränsen överskreds eller inte. På lagrådets inrådan ändrades emellertid bestämmelsen till att i stället omfatta

³⁹ Prop. 2009/10:180 s. 483 (Bilaga 14).

räkenskapsår.⁴⁰ Lagbestämmelsen är emellertid fortfarande utformad så att endast "gjorda" upphandlingar skall beaktas, varför beräkningen rimligtvis skall göras ackumulerat för varje räkenskapsår och *börja om* när ett nytt räkenskapsår börjar. Den kan därför leda till att direktupphandlingar i enskilda fall antingen skjuts upp till nästa räkenskapsår eller tidigareläggs, allt efter den upphandlande myndighetens bedömning av vad som är lämpligt utifrån räkenskapsårets dittillsvarande direktupphandlingar av samma slag.

2.3.2 Tröskelvärden

15 kap. 3a § 3 st. LOU skiljer sig härvidlag avsevärt från sin motsvarighet i 3 kap. 10 §. Enligt den senare får den upphandlande myndigheten välja antingen upphandlingar av liknande kontrakt den föregående tolv månaders perioden – korrigerad för förutsebara förändringar under den följande tolv månaders perioden – eller det uppskattade värdet av de kontrakt som kommer att upphandlas under den kommande tolv månaders perioden. Jag har svårt att se hur en korrekt tillämpning av alternativen skulle kunna leda till olika resultat. Icke desto mindre anges särskilt i 3 kap. 10 § 2 st. LOU att valet inte får göras i avsikt att kringgå bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena.

2.3.3 Direktupphandling

Det skulle ha varit enkelt för lagstiftaren att kopiera 3 kap. 10 § och införa en identisk bestämmelse i 15 kap. 3a § LOU. Att så inte gjordes, kan knappast förstås på annat sätt än att avsikten var att beräkningen *inte skall var framåtsyftande*, utan i stället alltid grundas på historiska fakta, vilka uteslutande är hänförliga till den tidigare delen av räkenskapsåret.

En konsekvens av 15 kap. 3a § 3 st. LOU är därför att en upphandlande myndighet i princip kan *börja varje nytt räkenskapsår med att bara direktupphandla*, så länge inget enskilt kontrakt – beräknat mot bakgrund av bestämmelsens första och andra stycken – inte överstiger gränsen för direktupphandling. För områden där det är sannolikt att gränsen kommer att överskridas under räkenskapsåret, är det

⁴⁰ Se prop. 2009/10:180 s. 508 f. (Bilaga 15).

naturligtvis ett – ehuru många gånger tillåtet – opraktiskt förhållningssätt. För alla de områden där det är osäkert om gränsen kommer att överskridas under räkenskapsåret, kan det emellertid vara ett sätt att avsevärt reducera administrationen av offentliga upphandlingar. I de fall där gränsen under räkenskapsåret kommer att överskridas, måste emellertid en upphandling enligt i första hand övriga bestämmelser i 15 kap. LOU göras för återstoden av året (och förmodligen i praktiken – när en sådan upphandling ändå genomförs – även för något eller några ytterligare år). Så länge som den gruppen upphandlingar är i minoritet, är det förmodligen ekonomiskt försvarbart för en upphandlande myndighet att i början av räkenskapsåret chansa på att årets upphandlingar – med undantag för dem där det är uppenbart att gränsen kommer att överskridas – inte kommer att överstiga gränsen för direktupphandling. Detta antagande bygger helt på de antaganden som i den senaste utredningen redovisas som stöd för att lagstiftaren alls tillåter direktupphandling, dvs. i första hand att de administrativa kostnaderna för en upphandling enligt övriga bestämmelser i 15 kap. LOU skulle överskrida den nytta som kunde åstadkommas med en sådan upphandling.⁴¹

Att beräkningen av ett kontrakts värde enligt ovan måste ske med beaktande av 15 kap. 3a § 1 och 2 st. LOU innebär emellertid inte minst ett förbud mot att dela upp en upphandling för att därigenom – åtminstone temporärt – hålla sig under gränsen för direktupphandling. För här diskuterade fall torde det således var förbjudet att direktupphandla åtminstone när det redan vid räkenskapsårets början *står klart* att gränsen kommer att överskridas under räkenskapsåret. Att i en sådan situation inte tillämpa i första hand ett förenklat förfarande, framstår som en konstlad uppdelning vilken syftar enbart till att – om än bara temporärt – hålla upphandlingen under gränsen för direktupphandling. I sådana situationer är direktupphandlingar inte bara otillåtna, utan därtill opraktiska, eftersom en upphandling enligt övriga bestämmelser ändå kommer att behöva genomföras senare under räkenskapsåret.

Den upphandlande myndigheten ansvarar för att dess direktupphandlingar inte överskrider gränsen för direktupphandling.⁴² Det ankommer därför också rimligtvis på den upphandlande myndigheten att visa att beslutet om upphandlingsform vilar på en

⁴¹ Se SOU 2011:73 s. 91 ff.

⁴² Se prop. 2009/10:180 s. 345. Jfr Ds 2009:30 s. 264 och s 317.

riktig grund, dvs. att upphandlingen tillsammans med tidigare upphandlingar av samma slag under räkenskapsåret inte överstiger gränsen för direktupphandling, liksom – rimligtvis – att den inte har delat upp ett kontrakt i syfte att kringgå bestämmelserna i LOU.⁴³

2.3.4 Giltighet och skadestånd

Att den upphandlande myndighetens bedömning av kontraktsvärdet enligt 15 kap. 3a § 3 st. LOU inte skall vara framåtsyftande, innebär att direktupphandlade kontrakt är giltiga, så länge som den upphandlande myndigheten inte tidigare under räkenskapsåret har ingått kontrakt av samma slag till ett värde som tillsammans med det aktuella kontraktet överstiger gränsen för direktupphandling. Det innebär också att en upphandlande myndighet under motsvarande förutsättningar inte heller kan ådra sig skadeståndsskyldighet. Även om de inte står i strid mot någon bestämmelse i LOU, kan emellertid sådana kontrakt möjligen leda till i vart fall skadeståndsskyldighet om de har ingåtts i strid mot någon av EU-fördragets principer.⁴⁴

2.4 Direktupphandling från flera leverantörer

Det förekommer att upphandlande myndigheter har flera leverantörer av samma sorts nyttighet. Det vållar i sig inga särskilda upphandlingsrättsliga problem. Vid bedömningen om kontrakten ligger under eller över gränsen för direktupphandling skall bedömningen göras om det är fråga om upphandlingar av samma slag. Så länge det är fråga om samma sorts nyttighet, torde en sådan bedömning leda till att sammanläggning skall ske. Vid bedömningen av om *ett kontrakt* med *en leverantör* är under eller över gränsen för direktupphandling, skall således *samtliga kontrakt av samma slag* med *samtliga leverantörer* läggas till grund för beräkningen.

⁴³ Jfr beträffande bevisbördan för förekomsten av synnerliga skäl prop. 2009/10:180 s 344.

⁴⁴ Se vid n. 2, ovan. I stor utsträckning kommer emellertid ett brott mot dessa principer också att vara ett brott mot LOU, se 1 kap. 9 § LOU.

2.5 Definitionen av upphandlande myndighet

2.5.1 Problemställning

Upphandlingslagstiftningen förutsätter inte att en upphandlande myndighet måste vara en juridisk person. Det följer redan av förekomsten av bilagorna iii och iv till dir. 2004/18/EG. Det framgår därtill av art. 1.9 3 st. dir. 2004/18/EG att bilaga iii inte är uttömmande. Även andra funktioner inom en juridisk person än de där angivna kan således vara en upphandlande myndighet. Det är således inte ovanligt att mindre enheter inom en juridisk person har eget budgetansvar och företar egna upphandlingar. Det tydligaste exemplet är statliga verk. De är inte egna juridiska personer utan är i stället delar av den juridiska personen Staten. Icke desto mindre har de i många fall egna organisationsnummer.⁴⁵ Upphandlingsrättsligt betraktas de som upphandlande myndigheter.⁴⁶ Detsamma gäller kommunala verk och andra enheter – med vilket i och för sig i första hand torde avses bolag och andra juridiska personer – ”som har i någon mening ett offentligrättsligt drag”.⁴⁷

En upphandlande myndighet som inte samtidigt är en juridisk person saknar rättskapacitet. Den kan således inte själv vara part i ett avtal. Det avtal som upphandlingen syftar till att åstadkomma ingås i stället mellan leverantören och den juridiska person i vilken den upphandlande myndigheten ingår. Det vållar i sig inga upphandlingsrättsliga problem.

Att en upphandlande myndighet inte behöver vara en juridisk person talar i sig starkt för att bedömningen av om gränsen för direktupphandling har överskridits skall göras utifrån upphandlingar som den *upphandlande myndigheten* har gjort, snarare än utifrån upphandlingar som den *juridiska person i vilken den upphandlande myndigheten ingår* har gjort.⁴⁸

⁴⁵ Jfr SFS 2007:755.

⁴⁶ Se dir. 2004/18/EG art. 1 (9) och dess bilagor iii och iv, jfr prop. 1992/93:88 s 60 f. och Falk s. 134 f. Termen upphandlande enhet – som användes i prop. 1992/93:88 och i ÄLOU – ersattes i LOU av termen upphandlande myndighet för att skapa större likhet med direktivets terminologi. Någon saklig skillnad såvitt avser förhållandet till juridiska personer synes inte ha varit avsedd.

⁴⁷ Prop. 1992/93:88 s. 60.

⁴⁸ Jfr 15 kap. 3a § LOU: ”...direktupphandlingar av samma slag gjorda av *myndigheten* under räkenskapsåret”.

Att upphandlande myndigheter kan vara underkastade LOU utan att vara juridiska personer synes kunna få den märkliga effekten att en upphandlande enhet inom en juridisk person kan tvingas tillämpa upphandlingslagstiftningen vid anskaffning av nyttigheter från en annan myndighet inom samma juridiska person. Att upphandlingen inte kan resultera i ett kontrakt – för ett sådant krävs två självständiga parter⁴⁹ – torde inte påverka vare sig definitionen av upphandlande myndighet eller det faktum att upphandlingslagstiftningen kan vara tillämplig.

Att en myndighet kan vara upphandlande myndighet enligt LOU vid anskaffning från en annan myndighet inom samma juridiska person innebär rimligtvis inte att upphandlingslagstiftningen alltid måste tillämpas vid sådana anskaffningar.⁵⁰ Avgörande för om så är fallet bör vara var inom den juridiska personen beslutet om anskaffning fattas. Om det sker inom myndigheten, skall anskaffningen sannolikt ske enligt upphandlingsreglerna. Om beslutet däremot fattas av ett överordnat organ inom den juridiska personen, bör anskaffningen rimligtvis kunna ske utan att upphandlingslagstiftningen behöver tillämpas. Det är då inte fråga om *anskaffning*, utan snarare om *tilldelning*, eller *reallokering* av den juridiska personens resurser. Problemet har berörts i lagrådsremissen *Offentlig upphandling från eget företag – och vissa andra frågor*, vilken överlämnades till Lagrådet den 16 februari 2012. I den synes utgångspunkten vara att ett avtal – och därmed även ett kontrakt enligt LOU – förutsätter att det finns två parter vilka var för sig har rättskapacitet; en utgångspunkt som ur ett civilrättsligt perspektiv är självklar. I lagrådsremissen konstaterar emellertid regeringen att det ”när det gäller transaktioner mellan enheter inom samma juridiska person [dock inte] framgår ... klart av EU-domstolens praxis om, och i så fall under vilka förutsättningar, upphandlingsskyldighet föreligger”.⁵¹

⁴⁹ Jfr dock Högsta domstolens uttalande i NJA 2001 s. 3 (på s. 8) att ”även avtal träffade inom samma juridiska person [stundom kan] tänkas ha viss civilrättslig betydelse”. Det torde inte vara ett av Högsta domstolens mer välbetänkta uttalanden. Icke desto mindre har det upprepats av åtminstone Kammarrätten i Stockholm i dess mål nr 139-04.

⁵⁰ Falk ger möjligen uttryck för motsatt uppfattning, se Falk, Lag om offentlig upphandling, 2 uppl. (2011) s. 135. Pedersen synes vara av uppfattningen att upphandlingsreglerna aldrig behöver tillämpas mellan skilda delar av samma juridiska person, se Upphandlingens grunder, 2 uppl. (2011) s. 37 f.

⁵¹ Lagrådsremissen *Offentlig upphandling från eget företag – och vissa andra frågor*, överlämnad till Lagrådet den 16 februari 2012, s. 15 f.

2.5.2 Den "nedre gränsen" för en upphandlande myndighet

Att en upphandlande myndighet inte behöver vara en självständig juridisk person leder till frågan hur termen skall definieras och – framför allt – var dess "nedre gräns" går. Det finns ingen praxis och i princip inga vägledande svenska uttalanden beträffande sådana "mindre organ". Däremot finns i begränsad omfattning uttalanden – låt vara tämligen gamla – dels från Kommissionen, dels i form av "policy guidelines". Inledningsvis är det dock lämpligt att något analysera vad som utgör en myndighet enligt svensk rätt.

2.5.2.1 Myndigheter och upphandlande myndigheter

När den nuvarande upphandlingslagstiftningen infördes valde lagstiftaren att skilja mellan begreppen upphandlande myndighet, vilket betecknar den centrala enheten inom LOU, och upphandlande enhet, vilket betecknar motsvarande funktion inom LUF. Regeringen angav att skälen för skillnaden i första hand var att försörjningsdirektivet omfattar fler kategorier av upphandlare än det klassiska direktivet och att det var lämpligt att skillnaden speglades i lagarnas terminologi.⁵² Beträffande LOU angav regeringen vidare att det var "angeläget att begreppet "Myndighet" i svensk rätt används på ett enhetligt sätt och att begreppet förbehålls det som enligt svensk lagstiftning och svenskt språkbruk utgör en myndighet" och att begreppet myndighet därför inte borde omfatta offentligt styrda organ.⁵³

Det finns såvitt jag har kunna se ingen svensk legaldefinition av vad som är en myndighet, även om det finns många lagregler som skall tillämpas för just "myndigheter". Följaktligen finns det knappast heller någon sådan definition i svenskt språkbruk. Det är måhända med myndigheter som med elefanter. De är lätta att känna igen, men svåra att beskriva i abstrakta termer. En möjlig definition av en myndighet – cirkeldefinitioner är ofta underskattade – skulle kunna vara *ett offentligrättsligt organ som utövar myndighet*, dvs. som har myndighetsutövning som åtminstone en del av sitt ändamål.

⁵² Se prop. 2006/07:128 s. 147.

⁵³ Ibid.

Även om den svenska lagstiftaren har fäst avseende vid och värnat om vad som är en myndighet enligt svensk rätt, torde frågan vad som är en *upphandlande myndighet* behöva avgöras fristående från ett sådant begrepp, eftersom termen inom LOU:s tillämpningsområde knappast kan ha en betydelse inom den direktivstyrda delen och en annan utanför densamma och den svenska lagstiftaren inte råder över definitionen inom det förra området. Bedömningen av vad som är en upphandlande myndighet skall sannolikt ske utifrån funktionella kriterier snarare än formella.⁵⁴ Upphandlingar företagna av en svensk *myndighet*, som inte uppfyller de funktionella krav som ställs på en *upphandlande myndighet*, torde således skola sammanläggas med övriga upphandlingar företagna av den *upphandlande myndighet* i vilken *myndigheten* ingår. Omvänt bör följaktligen också gälla att ett offentligt organ som inte utgör en egen *myndighet* ändå kan vara en *upphandlande myndighet* om de funktionella kraven därför är uppfyllda.

2.5.2.2 Kommissionens svar på fråga angående engelska "discrete operational units"

Uttalandet från Kommissionen föranleddes av en fråga med anledning av engelsk decentralisering av upphandlingar till lokala skolor. I svaret på frågan – vilket avgavs "on behalf of the Commission" – angavs bl.a. följande: "As regards services, after the entry into force of Council Directive 92/50/EEC, the Commission considers that purchases made by separate operational units, such as locally managed schools, of the local authority, *must* be aggregated to calculate the threshold above which the Directive applies."⁵⁵ Beträffande varor angavs i stället att det *inte kunde utslutas* att den engelska lagstiftning som tillät att beräkningen av tröskelvärde gjordes för en sådan *separate operational unit* utan beaktande övriga upphandlingar inom den lokala myndigheten "might contravene the Directive".⁵⁶

Jag kan inte se att det finns någon anledning att göra bedömningen att sammanläggning i det ena fallet *måste* ske, medan det i det andra fallet *inte kan utslutas* att det skulle strida mot direktivet att inte göra motsvarande sammanläggning. Det kan vara fråga om ren artighet mot bakgrund av att det beträffande varor fanns engelsk lagstiftning som kommissionen inte ville peka ut som

⁵⁴ Se Arrowsmith i Arrowsmith m.fl. EU public procurement law: An introduction (2010) s. 108.

⁵⁵ Official Journal of the European Communities (1993) C 207/38 (min kursivering).

⁵⁶ Ibid.

direktivstridig, medan det beträffande tjänster saknades sådan lagstiftning. De bakomliggande direktiven – beträffande tjänster dir. 92/50/EEC och beträffande varor dir. 77/62/EEC, ändrat genom dir. 88/295/EEC – synes under alla förhållanden ha innehållit bestämmelser som i sak inte skiljer sig åt beträffande den här behandlade frågan. Inte heller bestämmelserna i det nuvarande direktivet (2004/18/EG) synes avvika från dem som låg till grund för Kommissionens svar. Kommissionens svar antyder således att sådana mindre enheter – ehuru i praktiken självständiga – inte skall betraktas som upphandlande myndigheter när fråga är om bedömning av tröskelvärden och – rimligtvis – av gränsen för direktupphandling.

2.5.2.3 Policy guidelines on contracts awarded by separate units of a contracting entity

Mot den av Kommissionen angivna uppfattningen står inte bara den tämligen uppenbara konflikten mot förekomsten av bilagorna iii och iv till dir. 2004/18/EG och deras tidigare motsvarigheter, utan också en några månader tidigare av *The Advisory Committee on the Opening-up of Public Procurement*⁵⁷ och *The Advisory Committee for Public Procurement*⁵⁸ antagen "policy guideline", enligt vilken frågan skall avgöras från fall till fall och med beaktande av den mindre enhetens funktion m.m.

Dokumentet – vars fullständiga namn är "Policy guidelines on contracts awarded by separate units of a contracting entity under dir. 90/531/EEC (Utilities)" – behandlar bara upphandlingar enligt vad som nu är dir. 2004/17/EG och således upphandlingar som i Sverige regleras i LUF. Icke desto mindre torde det saknas anledning att behandla frågan om den "nedre gränsen" på principiellt skilda sätt beroende av om LOU eller LUF skall tillämpas.

Enligt policydokumentet skall bedömningen av om en mindre enhets upphandlingar vid bedömningen av tröskelvärden skall lägga samman med den övriga juridiska personens – eller för den delen en större enhet som i sig uppfyller kraven för att utgöra en upphandlande myndighet – göras utifrån inte minst enhetens självständighet. En första – och avgörande – fråga torde dock vara om anledningen till den mindre enhetens existens är en önskan att kringgå bestämmelserna i

⁵⁷ Se Kommissionens beslut 87/305/EEC.

⁵⁸ Se Rådets beslut 71/306 EEC, ändrat genom Rådets beslut 77/63/EEC.

upphandlingslagstiftningen.⁵⁹ Om så är fallet, torde självständigheten inte spela någon roll. För övriga fall – där den mindre enheten har skapats av andra skäl – ställs i policydokumentet upp fyra krav som skall vara uppfyllda för att sammanläggning inte skall behöva ske. För det första skall beslutanderätten om upphandlingen ligga hos den mindre enheten så att den självständigt har att fatta beslut om vad som skall köpas, liksom om när och hur det skall köpas. För det andra skall den mindre enheten ha en egen budget som den självständigt disponerar över. För det tredje skall upphandlingen syfta till att tillfredsställa behov enbart hos den mindre enheten snarare än hos såväl den som andra enheter inom den juridiska personen. För det fjärde skall bedömas om den juridiska personen på något sätt har behållit kontrollen över upphandlingen och i kraft av sin relativa storlek försöker skapa bättre villkor för sina mindre enheters upphandlingar. Alla kraven beskriver således olika aspekter av självständighet.

2.5.3 Slutsats och organisatoriska konsekvenser

2.5.3.1 Slutsatser

Det saknas praxis som belyser var den nedre gränsen går för en upphandlande myndighet. Den funktionella bedömning som förespråkas i policydokumentet är emellertid tilltalande på samma sätt som den funktionella bedömningen av vad som är en upphandling av samma slag. Att den härrör från ett nästan 20 år gammalt dokument som behandlar frågan utifrån ett tidigare direktiv som därtill behandlar upphandling som i Sverige regleras i LUF behöver inte betyda att den skulle vara mindre värd. Trots sin ålder har den således även på senare tid beaktats vid redogörelser för hur bedömningen skall göras av vad som är en upphandlande myndighet enligt LOU och dir. 2004/18/EG.⁶⁰

Den funktionella analysen baserad på grad av självständighet är övertygande. Mot bakgrund av förutsättningen att en upphandlande myndighet inte behöver vara en juridisk person, ser jag ingen anledning till att inte utgå från att en sådan analys kommer att godtas av domstolar. En förutsättning torde dock vara att myndigheten

⁵⁹ Jfr 15 kap. 3a § 1 st. och 3 kap. 5 § LOU.

⁶⁰ Se Arrowsmith i Arrowsmith m.fl. EU public procurement law: An introduction (2010) s. 108 och Kommerskollegiets Vägledning om Direktupphandling (2011:6) s. 9 f.

verkligen är självständig i förhållande till den juridiska person i vilken det ingår. Bedömningen förutsätter därtill att inrättandet av den självständiga myndigheten inte har skett i syfte att kringgå bestämmelserna i LOU.

Bedömningen att ett offentligrättsligt organisatoriskt organ kan utgöra en upphandlande myndighet om det är tillräckligt självständigt i förhållande till den juridiska person eller annan större enhet i vilken den ingår leder vidare till frågan hur de relativt abstrakta självständighetskriterierna skall förstås.

Kravet att organet skall kunna fatta självständiga beslut om upphandlingen torde förutsätta att alternativ finns. Det huvudsakliga alternativet är naturligtvis att organet i stället tillgodoser sitt behov i egen (dvs. i organets snarare än den större enhets i vilken det ingår) regi. Det innebär också att upphandlingen kan komma att ske från andra organ inom den större enheten. Organet måste också självständigt kunna bestämma vad som skall upphandlas och på vilka villkor det skall ske. Det torde vara en nödvändig förutsättning för sådana självständiga beslut att organet har en egen budget som den förfogar över. Organet skall således inte behöva äska medel *inför upphandlingen*. Det faktum att organet behöver äska medel *för bedrivande av sin verksamhet*, kan däremot inte i sig utgöra ett hinder mot att det skall betraktas som en upphandlande myndighet.

Kravet att organet skall tillgodose sina egna behov är en naturlig konsekvens av självständigheten. Det bör emellertid inte hindra organet från att samverka med andra organ på ett sätt som svarar mot hur t.ex. många kommuner idag genomför gemensamma upphandlingar. På samma sätt som kommunerna i sådana upphandlingar utgör separata upphandlande myndigheter, skulle även de samverkande organen rimligtvis kunna utgöra separata upphandlande myndigheter. På liknande sätt är det också möjligt för organen att *var för sig* besluta om att anlita en inköpscentral för att tillgodose sina behov.⁶¹

Det fjärde kravet, att den juridiska person i vilken organet ingår inte skall tillåtas ha inflytande över upphandlingen, är även det en närmast självklar konsekvens av

⁶¹ Se 2 kap. 9a §, 4 kap. 22 § och 15 kap. 2 § LOU.

självständighetskravet. Organet är inte självständigt när den juridiska personen har möjlighet att utöva ett sådant inflytande över upphandlingen.

2.5.3.2 Organisatoriska konsekvenser

Bedömningen att självständiga organ inom en juridisk person kan utgöra upphandlande myndigheter leder till slutsatsen att den juridiska personen kan inrätta sin verksamhet utifrån kriterierna för vad som är en upphandlande myndighet. Varje gång som en del av verksamheten görs tillräckligt självständig, skapas en ny upphandlande myndighet. Den större enheten råder således i stor utsträckning⁶² över hur många upphandlande myndigheter som den skall skapa inom sig.

Eftersom den upphandlande myndigheten är upphandlingslagstiftningens subjekt, bör bedömningen av tröskelvärden och gränser för direktupphandling göras separat för varje sådan upphandlande myndighet. Utan att det innebär något brott mot LOU, torde därför en offentligrättslig juridisk person, som inom sig har skapat flera upphandlande myndigheter, kunna komma att ingå direktupphandlade kontrakt – sådana ingås ju bara av den juridiska person i vilken den upphandlande myndigheten ingår – till ett värde som är många gånger högre än direktupphandlingsgränsen, så länge som ingen av de upphandlande myndigheterna har överskridit gränsen. En konsekvens av att varje upphandlande myndighet ansvarar för att dess upphandlingar sker i enlighet med upphandlingslagstiftningen, är emellertid att ett större organ som *felaktigt* tror sig ha organiserat sin verksamhet så att det inom sig har skapat fristående upphandlande myndigheter, kommer att bryta mot lagstiftningen så snart som det tillsammans med dem har överskridit gränsen för direktupphandling.⁶³ Ansvaret för att ett sålunda skapat organ är så självständigt att det utgör en upphandlande myndighet enligt LOU ligger således helt på det överordnande organ som har skapat det.

Självständigheten kan knappast vara partiell, åtminstone inte utan att vara klart avgränsad. I det senare fallet torde det emellertid snarast vara fråga om att samma organ har två separata uppgifter: en som det självständigt råder över och en där så inte är fallet. Självständigheten kan inte heller vara begränsad till upphandlingar av

⁶² Jfr dock förbudet mot uppdelning i syfte att kringgå LOU.

⁶³ Jfr prop. 2009/10:180 s. 345 och Ds 2009:30 s. 264 och s 317.

visst (lägre) värde. För att ett organ skall kunna anses vara självständigt torde krävas att det har rätten – och skyldigheten – att mot bakgrund av de instruktioner som gäller för dess verksamhet fatta samtliga beslut som faller inom dess verksamhetsområde.

Att skapa sådana självständiga organ medför sannolikt inte bara att upphandlingsverksamheten decentraliseras, utan också att verksamheten i stort decentraliseras. Det är en politisk och organisatorisk fråga som inte närmare skall beröras här. Jag konstaterar dock att så rimligtvis måste vara fallet. För upphandlingsverksamheten innebär det emellertid att *upphandlingskompetensen* i större utsträckning måste flyttas från den centrala administrationen till de självständiga organen.

Även om sålunda skapade upphandlande myndigheter har att självständigt fatta beslut om vilka upphandlingar som skall göras, är det i många fall så att flera myndigheter har identiska behov. Inget hindrar att de i sådana fall *var för sig* beslutar att genomföra upphandlingarna tillsammans. Den nuvarande upphandlingsavdelningens funktion för sådana upphandlingar skulle då kunna vara att utgöra en inköpscentral för de upphandlande myndigheterna.

2.6 Övriga grunder för direktupphandling

Enligt 15 kap. 3 § LOU får direktupphandling också ske dels i tillämplig omfattning när förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5-9 §§ LOU är uppfyllda, dels när synnerliga skäl föreligger.

2.6.1 Förutsättningar för förhandlat förfarande utan föregående annonsering

Enligt 15 kap. 3 § LOU får en upphandlande myndighet använda direktupphandling *i tillämplig omfattning* när förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering är uppfyllda. Mot bakgrund av beloppsgränsen i 15 kap. 3 § 2 st. första meningen LOU, fyller bestämmelsen ingen funktion om den inte i angivna fall tillåter direktupphandlingar *över* den angivna gränsen.

Rekvisitet *i tillämplig omfattning* innebär enligt lagmotiven att vad som sägs i 4 kap. 5 § 1 st. 1 p. och 6 § om öppet eller selektivt förfarande i stället skall tillämpas för förenklat förfarande eller urvalsförfarande.⁶⁴ Direktupphandling får således i dessa fall ske i första hand om det vid ett förenklat förfarande eller urvalsförfarande inte har lämnats några anbud eller om lämnade anbud har varit ogiltiga. Att direktupphandling i dessa situationer får ske *i tillämplig omfattning* innebär också att rätten att direktupphandla förutsätter att de ursprungliga villkoren för kontraktet – de s.k. kommersiella villkoren – inte ändras väsentligt.⁶⁵

2.6.2 Synnerliga skäl

Att lagtexten anger att direktupphandling får ske när synnerliga skäl föreligger innebär rimligtvis – mot bakgrund av beloppsgränsen i 15 kap. 3 § 2 st. första meningen LOU – att direktupphandling under sådana omständigheter får ske även om kontraktets värde överstiger beloppsgränsen. Om så inte vore fallet, skulle bestämmelsen om synnerliga skäl inte fylla någon funktion.

Av lagmotiven framgår att rekvisitet inte bara innefattar synnerlig brådska, utan att även andra skäl kan beaktas, men att det i första hand är fråga om oförutsedda omständigheter som den upphandlande myndigheten inte själv har kunnat råda över.⁶⁶ Eftersom rekvisitet i denna del förutsätter att den upphandlande myndigheten inte skall ha kunnat råda över omständigheterna, utesluts alla omständigheter som föranleds av bristande planering från den upphandlande myndigheten.

Synnerliga skäl anges i motiven även kunna föreligga när det vid vissa sjuk- hälsovårdstjänster föreligger en sådan personlig relation mellan vårdgivaren och vårdtagaren att vården skulle försämrats avsevärt om den person som utför vården skulle bytas ut. Detsamma anges gälla för vissa socialtjänster.⁶⁷ Slutligen anges att direktupphandling bör kunna ske när en vårdtagares rätt att fritt välja vårdgivare

⁶⁴ Se prop. 2009/10:180 s. 344.

⁶⁵ Se 4 kap. 5 § 1 st. 1 p. LOU. Jfr beträffande 4 kap. 6 § LOU dir 2004/18/EG art. 30 1 a.

⁶⁶ Se prop. 2009/10:180 s 344.

⁶⁷ Se prop. 2009/10:180 s. 344 f.

”omöjliggör upphandling enligt reglerna för förenklad upphandling eller urvalsupphandling”⁶⁸

2.6.3 Slutsats

Direktupphandlingar får alltid användas så länge kontraktets värde – beräknat enligt 15 kap. 3a § LOU – understiger den i 15 kap. 3 § 2 st. LOU angivna beloppsgränsen. Direktupphandling *över denna gräns* får ske i två fall. En upphandlande myndighet får direktupphandla över beloppsgränsen dels när den vid ett förenklat förfarande eller urvalsförfarande inte har fått in något anbud eller när inkomna anbud har varit ogiltiga, dels när det föreligger synnerliga skäl, med vilket avses i första hand att det på grund av oförutsedda omständigheter som den upphandlande myndigheten inte har kunnat råda över föreligger hinder mot ett förenklat förfarande eller ett urvalsförfarande.

Stockholm i oktober 2012

Jon Kihlman

⁶⁸ Prop. 2009/10:180 s. 345.