

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS DOM

Mål nr
3830-17

meddelad i Stockholm den 19 oktober 2018

KLAGANDE

Tekniska verken i Linköping AB, 556004-9727

Ombud: Advokat Kristian Pedersen och jurist Johan Falk
Advokatfirman Kahn Pedersen
Box 16119
103 23 Stockholm

MOTPART

Bruynzeel Storage Systems AB, 556207-1729

Ombud: AA

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Kammarrätten i Jönköping dom den 20 juni 2017 i mål nr 807-17

SAKEN

Upphandling

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS AVGÖRANDE

Högsta förvaltningsdomstolen upphäver kammarrättens och förvaltningsrättens avgöranden och avslår ansöknings om överprövning.

Dok.Id 191271

Postadress
Box 2293
103 17 Stockholm

Besöksadress
Birger Jarls torg 13

Telefon
08-561 676 00
E-post:
hogstaforvaltningsdomstolen@dom.se
www.hogstaforvaltningsdomstolen.se

Telefax
08-561 678 20

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00–16:30

BAKGRUND**Allmänt**

Inom EU har upphandling reglerats genom olika direktiv i syfte att undanröja hinder för den fria rörligheten. I direktiven finns ekonomiska gränsvärden i form av s.k. tröskelvärden. Tröskelvärdenas funktion är att ange en nedre gräns för direktivens tillämpning. Det finns olika tröskelvärden beroende på vem det är som upphandlar och vad det är som upphandlas. Direktivens bestämmelser ska bara tillämpas på upphandlingar vars beräknade värde minst uppgår till det tröskelvärde som är relevant för upphandlingen i fråga. Reglerna om tröskelvärden bygger på tanken att upphandlingar vars värde understiger en viss nivå inte påverkar konkurrensen och den fria rörligheten inom unionen i sådan grad att de behöver omfattas av direktivens bestämmelser om hur upphandlingar ska gå till.

Detta innebär emellertid inte att kontrakt vars värden understiger tröskelvärdena alltid faller utanför unionsrättens tillämpningsområde. EU-domstolen har nämligen, baserat på bestämmelser i EUF-fördraget, utvecklat ett antal allmänna principer för upphandling – principerna om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet – som enligt praxis gäller också för kontrakt under tröskelvärdena, när sådana kontrakt har ett bestämt gränsöverskridande intresse.

Den svenska upphandlingslagstiftningen gäller för alla upphandlingar, oavsett värde, men för sådana upphandlingar vars värde understiger tröskelvärdena och som alltså inte styrs av direktiven används upphandlingsförfaranden som är mindre detaljerade än de som gäller för anskaffningar över tröskelvärdena. Det enklaste förfarandet är direktupphandling. Det förfarandet får användas bl.a. om värdet av kontraktet understiger vissa belopp, vilka har bestämts som en viss andel av det tillämpliga tröskelvärdet. En direktupphandling kan genomföras genom att myndigheten tar kontakt med endast en leverantör och avtal kan träffas formlöst. Även vid direktupphandlingar gäller emellertid enligt upphandlings-

lagarna som ett grundläggande krav att de allmänna principerna för upphandling ska iakttas.

Gemensamt för alla slags upphandlingar är att allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av en leverantör får överpröva en upphandling under förutsättning att avtal inte har slutits. Syftet med överprövningen är att upphandlingen ska utsättas för en offentlighetsrättslig kontroll av att myndigheten har förfarit formellt korrekt och iakttagit de principer och förfaranderegler som anges i den tillämpliga upphandlingslagen.

Upphandlingen i detta fall

Tekniska verken i Linköping AB skulle genom upphandlingen ”Centralarkiv” köpa ett el-drivet hyllsystem för pärmförvaring samt ritlådor. Upphandlingen genomfördes som en direktupphandling som annonserades. Att det var fråga om direktupphandling framgick av förfrågningsunderlaget. Av detta framgick vidare att anbuderna skulle utvärderas utifrån en avvägning mellan pris och kvalitet, ”det vill säga vilka som bäst anses uppfylla [Tekniska verkens] behov och som samtidigt är det mest ekonomiskt fördelaktiga”.

Sex anbud kom in. Bruynzeel Storage Systems AB var en av anbudsgivarna, men tilldelades inte kontraktet. Bruynzeel Storage Systems ansökte om överprövning av upphandlingen hos förvaltningsrätten. Bolaget anförde att den beskrivning som angavs i förfrågningsunderlaget avseende utvärderingen var alltför svepande eftersom den inte angav viktning av pris och funktion, vilket hade påverkat bolagets möjlighet att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Tekniska verken anförde att kvaliteten på den erbjudna lösningen var prioriterad framför erbjudet pris. Förvaltningsrätten ansåg att utvärderingsmodellen inte motsvarade de krav som följer av upphandlingslagstiftningens bestämmelser om hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat och förordnade att upphandlingen skulle göras om.

Tekniska verken överklagade domen till kammarrätten som avslög överklagandet. Enligt kammarrätten gav förfrågningsunderlagets formulering av vad som skulle

Mål nr
3830-17

tillmätas betydelse vid utvärderingen utrymme för en sådan skönsmässig bedömning att underlaget i denna del stred mot principerna om likabehandling och öppenhet.

YRKANDEN M.M.

Tekniska verken yrkar att Högsta förvaltningsdomstolen ska avslå ansökan om överprövning av upphandlingen.

Bruynzeel Storage Systems anser att överklagandet ska avslås.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Frågan i målet

Målet gäller vilka regler som är tillämpliga vid överprövning av en direktupphandling samt vilken innebörd de allmänna principerna för upphandling har vid en sådan överprövning.

Rättslig reglering m.m.

I målet är den nu upphävda lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster tillämplig. Huvuddelen av bestämmelserna i lagen gäller sådana upphandlingar som styrs av EU-direktiv, men lagen innehåller också regler för upphandlingar som inte omfattas av direktiven.

I 1 kap. finns allmänna bestämmelser. Enligt 24 § ska upphandlande enheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 2 kap. finns olika definitioner. I 26 § anges att med direktupphandling avses en upphandling utan krav på anbud i viss form. Anbud ska alltså alltid lämnas vid direktupphandling men lagen kräver inte att anbudet ska ha viss form. Anbudet kan således vara såväl muntligt som skriftligt (prop. 2009/10:180 s. 318).

Regler för upphandlingar som inte är direktivstyrda finns i 15 kap. Enligt 3 § första stycket ska en upphandling enligt kapitlet göras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande. Av andra stycket framgår emellertid att direktupphandling får användas om kontraktets värde uppgår till högst 26 procent av det tröskelvärde som anges i 3 kap. 1 § första stycket 1.

Av 15 kap. 2 § första stycket framgår att bestämmelserna i 1 kap. 24 § är tillämpliga även vid upphandlingar enligt 15 kap.

I 15 kap. finns vidare ett antal bestämmelser som gäller vid förenklat förfarande och urvalsförfarande och som rör innehållet i annonser, tidsfrister för att lämna anbudsansökningar eller anbud, mottagande och öppnande av anbud, kontroll och uteslutning av leverantörer osv. och som ofta motsvarar vad som i tillämpliga delar gäller för förfaranden över tröskelvärdena.

Enligt 16 kap. 4 § får allmän förvaltningsdomstol, efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada, överpröva en upphandling. Om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 6 § första stycket besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Av andra stycket samma paragraf framgår att överprövning inte får ske efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande enheten och en leverantör.

2007 års lag har ersatts av den nu gällande lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna. Stadgandet om de allmänna principerna i 1 kap. 24 §

i 2007 års lag motsvaras av 4 kap. 1 § i 2016 års lag och bestämmelser motsvarande de i 15 och 16 kap. i 2007 års lag finns i 19 kap. respektive 20 kap.

Högsta förvaltningsdomstolens bedömning

Vilka regler är tillämpliga vid en överprövning av en direktupphandling?

Direktupphandling innebär att upphandlingen görs utan krav på anbud i viss form. När det gäller direktupphandlingar finns det inga särskilda förfaranderegler alls utan det står den upphandlande myndigheten fritt att själv organisera förfarandet på det sätt som är lämpligt för myndigheten, men med iakttagande av de allmänna principerna. I den meningen kan det sägas att direktupphandlingsgränsen är bestämmande för tillämpningsområdet för upphandlingslagstiftningen (jfr prop. 2013/14:133 s. 23). Det ankommer emellertid på den upphandlande myndigheten att kunna visa, vid en eventuell domstolsprocess eller på begäran av tillsynsmyndigheten, att direktupphandlingen vilar på godtagbara skäl (jfr prop. 2009/10:180 s. 295).

En direktupphandling kan i sin enklaste form bestå av att myndigheten tar kontakt med endast en leverantör och omedelbart kommer överens med denne om leverans. Därmed är avtal slutet och förfarandet avslutat. Myndigheten är dock oförhindrad att direktupphandla på något annat sätt, t.ex. genom ett tillvägagångssätt som företer likheter med de detaljreglerade förfarandena, innefattande förfrågningsunderlag, anbudslämnande, tilldelningsbeslut m.m.

Om myndigheten bedömer att t.ex. annonsering och upprättande av upphandlingsdokument m.m. utgör lämpliga verktyg för att uppnå konkurrens i det enskilda ärendet finns det alltså inga hinder mot att direktupphandlingen genomförs på det sättet. Det förhållandet att myndigheten kan välja att låta sig inspireras av de detaljerade och direktivstyrda reglerna medför dock inte att de reglerna blir tillämpliga vid en eventuell domstolsprövning. Det är fortfarande endast bestämmelserna som reglerar under vilka förutsättningar det är tillåtet att direktupphandla samt de allmänna principerna i 1 kap. 24 § som utgör den

rättsliga ramen för upphandlingens utformning och som därmed kan ligga till grund för överprövningen i domstol om förfarandet klandras.

Innebörden av de allmänna principerna vid en direktupphandling

De allmänna principerna i 1 kap. 24 § är hämtade från unionsrätten (prop. 2006/07:128 s. 156 f.). Principernas närmare innebörd bestäms därmed av EU-domstolens praxis. Detta gäller oavsett om den upphandling som det är fråga om i sig faller innanför eller utanför unionsrättens tillämpningsområde. En konsekvens av att de allmänna 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 saknar gränsöverskridande intresse.

En annan sak är att relevansen och den faktiska innebörden av de olika principerna naturligen varierar med hänsyn till varje enskilt upphandlingsärendes karaktär och föremål. Principen om likabehandling 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 vilka krav som principerna rent faktiskt ställer på den upphandlande myndigheten.

Exempelvis kan de allmänna principerna i vissa fall, med hänsyn t.ex. till 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 allmänna principerna 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.

Bedömningen i detta fall

I det nu aktuella fallet genomförs upphandlingen som en direktupphandling på grund av kontraktets värde och det är ostridigt att det aktuella värdet understiger tillämpligt direktupphandlingsbelopp. Tekniska verken har ansett att det är befogat att genom annonsering undersöka marknaden för det inköp man ska göra och har upprättat upphandlingsdokument där man beskrivit vad man vill köpa. Det har stått Tekniska verken fritt att göra så. Överprövningen gäller frågan om Tekniska verken utformat förfrågningsunderlaget på ett sätt som är oförenligt med de allmänna principerna för upphandling.

Bruynzeel Storage Systems har anfört att bolaget inte har fått möjlighet att med utgångspunkt i upphandlingsmaterialet lämna ett konkurrenskraftigt pris, eftersom utvärderingskriterierna varit otydliga. Tekniska verken har å sin sida hänvisat till att kriterierna framgått av förfrågningsunderlaget och att kvalitet är högst prioriterat och därefter priset.

De utvärderingskriterier som har angetts är i och för sig allmänt hållna och ger Tekniska verken ett betydande handlingsutrymme vid prövningen av inkomna anbud. Med hänsyn till att det är fråga om en direktupphandling och att förfrågningsunderlaget inte är utformat så att det öppnar för godtyckliga eller osakliga bedömningar (jfr t.ex. RÅ 2010 ref. 78) kan Högsta förvaltningsdomstolen dock inte finna att vad Bruynzeel Storage Systems har anfört visar att underlaget har utformats i strid med de allmänna principerna för upphandling.

Mål nr
3830-17

Kammarrättens och förvaltningsrättens avgöranden ska därför upphävas och ansökningen avslås.

I avgörandet har deltagit justitieråden Henrik Jermsten, Eskil Nord (särskilt yttrande), Kristina Ståhl, Inga-Lill Askersjö och Mari Andersson.

Föredragande har varit justitiesekreteraren Kristin Persson.

Förvaltningsrätten i Linköpings dom den 8 mars 2017 i mål nr 365-17

SÄRSKILT YTTRANDE

Justitierådet Eskil Nord tillägger för egen del följande.

Upphandlingsreglernas bakgrund

Regler för den offentliga upphandlingen har funnits sedan lång tid. Före Sveriges medlemskap i det Europeiska Ekonomiska Samarbetsområdet, EES – och det senare medlemskapet i Europeiska unionen – fanns reglerna i en upphandlingsförordning för den statliga upphandlingen. Motsvarande bestämmelser fanns i de

frivilliga upphandlingsreglementen som gällde för upphandling i kommuner och landsting. Beslut enligt upphandlingsförordningen kunde inte överklagas. Beslut enligt upphandlingsreglementena kunde överklagas enbart genom kommunal laglighetsprövning.

Inför medlemskapet i EES reformerades den offentliga upphandlingen på så sätt att bestämmelserna ersattes av 1992 års lag om offentlig upphandling (SFS 1992:1528) som omfattade både statlig och kommunal upphandling. Lagen innebar att EG-direktiv om förfarandet vid upphandlingar genomfördes på nationell nivå. Lagen innefattade också ett genomförande av direktiv avseende rättsmedel, genom regler om överprövning i allmän förvaltningsdomstol av upphandlingsbeslut och genom möjligheten att i allmän domstol väcka talan om skadestånd.

Förfarandedirektiven anger s.k. tröskelvärden för olika slags upphandlingar och gäller endast för upphandlingar som uppgår till eller överstiger dessa värden. 1992 års upphandlingslag – och de modernare lagar som därefter beslutats – omfattar emellertid all upphandling, dvs. oavsett värde. Men den beloppsmässigt mindre upphandlingen detaljregleras inte i samma utsträckning som den större upphandlingen. Det ansågs att det borde vara en tillräcklig reglering att endast vissa bestämmelser skulle gälla för upphandling under tröskelvärdena. Den lösningen ansågs inte innebära någon annan ändring av vad som gällde före 1992 års lag än att upphandlingen kunde bli föremål för domstolsprövning. (Prop. 1992/93:88 avsnitt 1.2 och 2.2.)

Om de allmänna principerna för upphandling

I 1992 års lag angavs en huvudregel för all upphandling, nämligen att den skulle göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som fanns och även i övrigt genomföras affärsmässigt och utan ovidkommande hänsyn. Denna regel motsvarade vad som redan hade gällt inom statlig och kommunal upphandling enligt förordning respektive reglementen. I förarbetena betonades att ett av de viktigaste inslagen i EG:s reglering av upphandling var att den skulle ske på

Mål nr
3830-17

marknadens villkor och att det var marknaden som kunde ge de bästa villkoren. Detta skulle uppnås genom internationell annonsering, eftersom det därigenom åstadkoms den konkurrens som upphandlare ålades att söka upp och utnyttja genom huvudregeln. Kravet på att upphandlingen skulle genomföras affärsmässigt och utan ovidkommande hänsyn var avsett att förhindra att det uppkom snedvriden konkurrens. I ordet affärsmässigt ansågs också ligga en möjlighet för upphandlare att ta hänsyn till bl.a. kostnaderna för ett utdraget upphandlingsförfarande och hänvisades bl.a. till möjligheterna att välja olika upphandlingsförfaranden (prop. 1992/93:88 s. 59).

Huvudregeln i 1992 års lag ändrades genom införandet av 2007 års upphandlingslagar, då den ersattes av de allmänna principerna för upphandling och fick den lydelse som också gäller enligt de nu gällande lagarna från 2016. Ändringarna innebar att begreppet affärsmässighet utmönstrades i syfte att utforma lagtexten i närmare anslutning till direktiven. Regeringen angav att om begreppet utmönstras bör det anges att samtliga EG-rättsliga principer ska iakttas vid upphandlingar, dvs. även principerna om ömsesidighet och proportionalitet. Därmed skulle de krav som ställdes i den tidigare huvudregeln, dvs. krav på utnyttjande av konkurrens, på affärsmässighet och på att hänsyn inte fick tas till ovidkommande intressen, alltså gälla enligt de grundläggande EG-rättsliga principerna. Regeringen framhöll vidare att den nya utformningen inte var avsedd att innebära någon ändring av rättsläget vad gäller vilka principer som ska iakttas vid en upphandling. (Prop. 2006/07:128 s. 156.)

Den väsentliga betydelsen av affärsmässighet ligger i att den kräver att möjligheterna att utnyttja konkurrens ska tas till vara (se a. prop. s. 156 och SOU 2005:22, s. 219, delbetänkande av Upphandlingsutredningen 2004, vars resonemang låg till grund för utmönstringen av begreppet). I EU-domstolens avgörande i målet Strong Seguanza, C-95/10, EU:C:2011:161, p. 37 uttalar domstolen, beträffande direktiv 2004/18 som gällde tjänsteupphandling, att det råder en allmän målsättning om effektiv konkurrens. En sådan målsättning kan enligt min uppfattning anses innefattad i de allmänna principerna i den meningen att de fem principerna, var och en och tillsammans, konkretiserar det

affärsmässiga konkurrensuppsökandet. Ett exempel kan vara att en upphandlande enhet anses ställa oproportionerliga krav på upphandlingsföremålet. Ett sådant brott mot principen om proportionalitet kan också sägas vara uttryck för bristande affärsmässighet. Detsamma kan sägas om principen om likabehandling, eftersom olikbehandling inte kan anses förenlig med ett affärsmässigt förhållningssätt gentemot kravet på effektiv konkurrens. Motsvarande överlappning kan konstateras beträffande ovidkommande hänsyn av allehanda slag, eftersom sådana hänsyn inte hör hemma i det affärsmässiga uppsökandet av konkurrens utan i stället riskerar att snedvrída konkurrensen.

En invändning om bristande affärsmässighet har dock inte någon tyngd i sig själv, eftersom begreppet är utmönstrat ur lagtexten och inte explicit uttrycks i unionsrätten. Det måste i stället konkretiseras genom påståenden om bristande iakttagelse av en eller flera av de allmänna principerna för upphandling.

Om unionsrättens betydelse utanför det direktivstyrda området

De allmänna principerna som de anges i upphandlingslagarna avsågs motsvara vad som ansågs gälla enligt unionsrätten och EU-domstolens praxis (prop. 2006/07:128 s. 154). Genom placeringen i 1 kap. 24 § har dessa principer gjorts tillämpliga för all upphandling. Sålunda måste EU-domstolens uttolkning av principerna vara tillämplig också utanför det direktivstyrda området, dvs. även för upphandlingar som understiger tillämpligt tröskelvärde och för upphandlingar utan ett bestämt gränsöverskridande intresse. Regeringen angav visserligen att införandet av de allmänna principerna i stället för den gamla huvudregeln inte var avsett att ändra rättsläget. Men det måste anses att rättsläget faktiskt ändrades i den meningen att placeringen av bestämmelsen gjorde att EU-rätten och också EU-domstolens praxis blev tillämpliga även i situationer som inte omfattas av EU-rätten.

Det bör också här antecknas att det i skäl 3 till det nu gällande direktivet för upphandling inom försörjningssektorerna (direktiv 2014/25/EU) anges att ”När det gäller upphandling vars värde understiger det värde vid vilket bestämmelserna

Mål nr
3830-17

om samordning inom unionen ska tillämpas, är det lämpligt att erinra om Europeiska unionens domstols rättspraxis med avseende på riktig tillämpning av bestämmelserna och principerna i EUF-fördraget.”

Det är därför av intresse att närmare undersöka i vilken mån EU-rätten kan tillämpas också på upphandlingar som inte är direktivstyrda.

Samordningen på unionsnivå av upphandlingsförfarandena syftar till att undanröja hinder för den fria rörligheten och således skydda intressena hos de näringsidkare som är etablerade i en medlemsstat och som önskar erbjuda varor eller tjänster till de upphandlande myndigheterna och enheterna i en annan medlemsstat och att undanröja risken för att nationella anbudsgivare eller nationella sökande ges företräde när den upphandlande myndigheten eller enheten tilldelar kontrakt (jfr t.ex. EU-domstolens avgörande Kommissionen mot Irland, C-507/03, EU:C:2007:676, p. 27 och där anmärkt praxis). Rättsmedelsdirektiven syftar till att säkerställa att upphandlingsförfarandena öppnas upp för näringsidkare som är etablerade i unionen och att konkurrensen inte snedvrids utan blir så stark som möjligt (jfr EU-domstolens avgörande Lefkosias, C-570/08, EU:C:2010:529, p. 30).

EU-domstolen har i avgörandet Telaustria, C-324/98, EU:C:2000:669, p. 60 och 62, tagit ställning till vissa frågor som gällde tjänstekoncessioner, vilka vid beslutstillfället inte omfattades av direktiven. Domstolen uttalade att upphandlande myndigheter trots detta var skyldiga att beakta fördragets grundläggande regler i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet. Domstolen uttalade också att denna princip förutsätter en skyldighet att lämna insyn som garanterar varje potentiell anbudsgivare att upphandlingen kringgärdas av sådan offentlighet att tjänstemarknaden är öppen för konkurrens och att det går att kontrollera om upphandlingsförfarandena är opartiska.

EU-domstolen har i avgörandet Kommissionen mot Frankrike, C-16/98, EU:C:2000:541, p. 44, som gällde upphandling inom försörjningssektorerna,

uttalat att direktivets syfte är att säkerställa att företagen i andra medlemsstater ges möjlighet att lämna anbud på upphandlingskontrakt eller samlade upphandlingar som på objektiva grunder i fråga om deras värde kan vara av intresse.

Den fria rörligheten inom unionen är en av de viktigaste delarna i upphandlingsrättens genomslag, som således är beroende av att det inte uppställs några hinder mot att varor, tjänster m.m. rör sig fritt över gränserna. Detta är en given utgångspunkt för de större upphandlingarna, dvs. över tröskelvärdena. Men också upphandlingar med lägre värden kan ge incitament till gränsöverskridande rörlighet.

Om således upphandlingar under tröskelvärdena i det enskilda fallet har ett gränsöverskridande intresse omfattas också sådana upphandlingar av unionsrätt och EU-domstolens praxis (jfr t.ex. EU-domstolens avgörande i målet Vestergaard, C-59/00, EU:C:2001:654, målet Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, p. 36 och målet Kommissionen mot Irland, C-226/09, EU:C:2010:697, p. 32).

Det bör dock betonas att det gränsöverskridande inslaget i en upphandling är en förutsättning för att EU-domstolen ska pröva en tolkningsfråga som en nationell domstol kan framställa, men att EU-domstolen hittills synes ha intagit en pragmatisk hållning till följd av den samarbetsanda som ska råda i kommunikationen mellan nationella domstolar och EU-domstolen (se EU-domstolens mål C-278/14, Enterprise Focused Solutions, EU:C:2015:228, särskilt p. 19). Det målet gällde en upphandling under tillämpligt tröskelvärde. Den hänskjutande domstolen hade utgått ifrån att ett upphandlingsdirektiv var tillämpligt utan att emellertid ange omständigheter som visade att så var fallet (p. 14).

Oavsett att EU-domstolen likväl besvarade frågan bör erinras om den avgörande betydelsen för EU-rättens tillämpning att det finns ett gränsöverskridande intresse. Detta framhålls också i EU-domstolens rättegångsregler där det i artikel 94 c) angående innehållet i en begäran om förhandsavgörande anges att en sådan begäran ska innehålla ”En redogörelse för de skäl som fått den hänskjutande

domstolen att undra över tolkningen eller giltigheten av de aktuella unionsrättsliga bestämmelserna, och för det samband som den hänskjutande domstolen har funnit föreligga mellan de unionsrättsliga bestämmelserna och den nationella lagstiftning som är tillämplig i det nationella målet”.

Om definitionen av direktupphandling

I ursprungslördelsen av 1992 års lag fanns inga regler som hade fokus på upphandlingsförfarandet under tröskelvärdena. Innan lagen hade trätt i kraft kompletterades den med sådana regler (SFS 1993:1468). Därigenom reglerades all offentlig upphandling i ett regelverk. Kompletteringen bestod av att lagen tillfördes ett särskilt kapitel om sådana upphandlingar och tillfördes därmed också två nya upphandlingsförfaranden. Ett av dessa var den förenklade upphandlingen där alla leverantörer hade rätt att delta, deltagande leverantörer skulle lämna skriftligt anbud och den upphandlande enheten fick förhandla med en eller flera av dem. Om man använde denna upphandlingsform skulle man infordra skriftliga anbud genom annons eller skrivelse. Vid avvägningen av hur omfattande annonseringen eller utskicket av skrivelserna behövde vara skulle enheten särskilt beakta den då gällande huvudregeln om affärsmässighet. Den andra upphandlingsformen var direktupphandling som definierades endast som ”upphandling utan infordrande av skriftligt anbud”. Termen direktupphandling var densamma som använts inom statlig och kommunal upphandling före 1992 års lag och var avsedd att ha samma innebörd som tidigare (prop. 1993/94:78 s. 22).

Den förenklade upphandlingen var det förfarande som anvisades i lagen, men direktupphandling fick ”dock” användas t.ex. om värdet var lågt eller om det fanns synnerliga skäl. (1 kap. 5 §, 6 kap. 1 och 4 §§ i 1992 års upphandlingslag, se också prop. 1993/94:78.)

I den ursprungliga definitionen av direktupphandling angavs således att termen avsåg upphandling utan infordrande av skriftligt anbud. I samband med en lagändring för att öka möjligheterna till anbudslämnande genom elektronisk överföring m.m. ändrades definitionerna av förenklad upphandling och

Mål nr
3830-17

direktupphandling genom att ordet ”skriftligt” togs bort. Direktupphandling kom därefter att definieras som ”upphandling utan krav på anbud” (prop. 1999/2000:128 s. 37). Men denna definition kom efter en tid att framstå som missvisande eftersom anbud i någon form alltid lämnas i samband med att upphandlande myndighet ingår avtal. Av det skälet förenklades definitionen ytterligare genom en senare lagändring till att avse upphandling utan krav på anbud i viss form, dvs. den definition som alltjämt gäller. Den täcker både skriftliga och muntliga anbud. (Prop. 2009/10:180 s. 287 och 318.)

När 1992 års upphandlingslag ersattes av 2007 års upphandlingslagar överfördes de icke direktivstyrda reglerna så gott som helt och hållet till de nya lagarna, med vissa följdändringar som saknar betydelse i detta sammanhang (se prop. 2006/07:128 s. 423-424). Genom en senare ändring gjordes vissa övriga bestämmelser i lagarna tillämpliga också under tröskelvärdena genom hänvisning i 15 kap. 2 § i båda lagarna (prop. 2009/10:180 s. 343 f.).

Det kan således konstateras att direktupphandling är en upphandlingsform som funnits sedan lång tid och som avser ett förfarande vars utförande inte är reglerat. Det enda som anges är att anbud inte förutsätts ha viss form för att kunna beaktas.

Innan en upphandlande enhet väljer upphandlingsform har enheten att beakta de regler i 15 kap. som styr valet av förfarande och hur man ska beräkna värdet av ett kontrakt (jfr t.ex. HFD 2017 ref. 74). Men reglerna i 15 kap. om annonsering är begränsade till förenklad upphandling och urvalsupphandling (4 §). Att enheten likväl har möjlighet att annonsera en direktupphandling framgår av 15 kap. 5 a §, som ger enheten möjlighet att annonsera sin avsikt att direktupphandla (annonsering vid förhandsinsyn). En sådan annons kan vara ett sätt att försäkra sig om att direktupphandlingen inte ogiltigförklaras (prop. 2009/10:180 s. 347).

Det saknas regler som innehåller föreskrifter om hur en annons om direktupphandling ska vara utformad eller om hur den skulle kunna utformas. En enhet kan visserligen välja att utforma en annons med hjälp av de detaljerade reglerna för annonsering. Men vid en eventuell överprövning kan domstolen likväl inte

lägga de reglerna till grund för sin prövning av direktupphandlingen, utan måste göra prövningen med utgångspunkt i de allmänna principerna för upphandling.

Grundtanken i direktupphandlingen är alltså att den ska kunna göras just direkt. Detta blir särskilt tydligt när det är fråga om en direktupphandling som motiveras av synnerlig brådskas, dvs. situationer som inte lämnar utrymme för tidskrävande förfaranden. Denna grundtanke har inte ändrats genom de justeringar av definitionen som gjorts under årens lopp.

Av det nu sagda följer således att de hänvisningar som i 15 kap. 2 § görs till andra bestämmelser i lagen innebär att dessa bestämmelser gäller för direktupphandling endast i den mån de är tillämpliga för sådan upphandling.

Om riktlinjer för direktupphandling m.m.

Under en tid fanns det i 2007 års upphandlingslagar en bestämmelse enligt vilken den upphandlande myndigheten eller enheten vid behov skulle besluta riktlinjer för användning av direktupphandling. Bestämmelsen togs bort i samband med att direktupphandlingsgränsen lades fast till en angiven procentuell andel av tröskelvärdet (prop. 2009/10:180 s. 292).

Frågan om riktlinjer aktualiserades ånyo i samband med att direktupphandlingsgränsen höjdes väsentligt. Trots att bestämmelsen hade upphävts relativt nyligen gjorde regeringen bedömningen att det fanns skäl att införa den på nytt med hänsyn framför allt till den stora höjningen av direktupphandlingsgränsen.

I frågan om riktlinjernas rättsliga status anförde regeringen att riktlinjerna inte var att betrakta som föreskrifter, utan som ett inte rättsligt förbindande beslut. Det var således fråga om en bestämmelse med innebörd att det hos de upphandlande myndigheterna/enheterna skulle tas fram rena policydokument med vägledande riktlinjer för användningen av direktupphandling med framför allt handläggningsrutiner om annonsering och konkurrensutsättning på annat sätt. Riktlinjerna var inte bindande för vare sig den upphandlande

myndigheten/enheten eller för de företag som berördes av dem. (Prop. 2013/14:133 s. 28.)

Till stöd för de överväganden man kan göra i de fall en direktupphandling kan omfattas av unionsrätten finns ett tolkningsmeddelande från kommissionen (2006/C 179/02) om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling. Likaså ger Upphandlingsmyndigheten ut publikationer som är avsedda att utgöra stöd för upphandling.

Enheternas riktlinjer och sådant annat material som nyss nämnts utgör visserligen stöd och hjälpmedel för de upphandlande enheterna. Men de är inte bindande för t.ex. en domstols prövning av dessa frågor.

Tillämpning av de allmänna principerna för upphandling

De förfaranden som gäller för upphandling under tröskelvärdena inom försörjningssektorerna är förenklat förfarande, urvalsupphandling och direktupphandling. En direktupphandling i sin enklaste form kan bestå av att enheten tar kontakt med endast en leverantör och omedelbart kommer överens med denne om leverans. Därmed är avtal slutet och förfarandet avslutat.

Lagtexten i 1 kap. 24 § ger ringa konkret vägledning för de allmänna principernas praktiska tillämpning vid den sparsamt reglerade direktupphandlingen.

EU-domstolens uttalanden i de tidigare nämnda målen *Telaustria*, *Kommissionen mot Frankrike och Borta* ger stöd för uppfattningen att det bör finnas ett förhållandevis stort bedömningsutrymme. Av dessa uttalanden får sammantaget anses följa att en utgångspunkt för den upphandlande enheten måste vara att utformningen av en upphandling ska avvägas i förhållande till varje enskild upphandlings egenart, ekonomiska värde och eventuellt gränsöverskridande betydelse. Sålunda torde t.ex. en direktupphandling med tydligt gränsöverskridande intresse på grund av ett relativt högt belopp, men likväl under

direktupphandlingsbeloppet, ge anledning till andra överväganden i fråga om öppenhet, likabehandling och förfarande i övrigt än vad som gör sig gällande vid värdemässigt obetydliga upphandlingar. Det framstår i det närmaste som uppenbart, med tanke på de allmänna principernas dimension av konkurrens- uppsökande till främjande av den fria rörligheten, att värdemässigt obetydliga upphandlingar inte kan antas ge upphov till samma konkurrens som de större upphandlingarna.

Som framgått är det eventuellt gränsöverskridande intresset ett väsentligt hänsyn när det gäller utformningen av en upphandling och alltså också av en direktupphandling för det fall att upphandlingen kan vara av sådant intresse. Det är i princip den upphandlande enheten som har ansvaret för att bedöma om en förestående upphandling har ett sådant intresse, varvid den ska beakta att upphandlingen kan komma att prövas i domstol (se EU-domstolens dom i de förenade målen Secap och Santorso, C-147/06 och C-148/06, EU:C:2008:277, p. 30).

Upphandling är en del av en upphandlande enhets affärsinriktade verksamhet och har ansetts i princip gälla ekonomiska förhållanden mellan två aktörer på en kommersiell marknad (RÅ 2009 ref. 69 och HFD 2013 ref. 61). Upphandling anses inte innefatta myndighetsutövning i detta begrepps gängse mening, eftersom myndighetens upphandlingsärenden avgörs genom att myndigheten träffar ett avtal och inte genom att myndigheten ensidigt fattar beslut (prop. 1973:73 s. 48 och 2006/07:128 s. 142).

Enligt min mening innefattar de allmänna principerna i grund och botten inte enbart EU-specifika hänsyn utan har en mer allmängiltig innebörd, dvs. avser förhållningssätt som torde vara naturliga och självklara inför varje ingående av ett kommersiellt avtal på affärsmässig grund mellan två eller flera parter. De bör alltså inte tillämpas annorlunda i en enbart nationell upphandling jämfört med en unionsrättsligt intressant sådan, dock att principen om ömsesidigt erkännande torde spela en underordnad roll i de icke gränsöverskridande upphandlingarna. En utgångspunkt är alltså att synen på t.ex. likabehandling inte är beroende av om

utsiktspunkten är nationell eller unionsrättslig: en olikbehandling är och förblir en olikbehandling.

På grund av att hänvisningen till de allmänna principerna enligt den svenska lagstiftningen gjort dem tillämpliga för all upphandling blir också, som tidigare sagts, EU-domstolens praxis beträffande direktivstyrd upphandling relevant för deras tillämpning.

Högsta förvaltningsdomstolen har med ledning av praxis från EU-domstolen hänvisat till att en upphandlande myndighet har stor frihet att inom de ramar som ges av de allmänna principerna själv utforma sin upphandling (jfr exempelvis RÅ 2002 ref. 50, HFD 2012 ref. 48 I och II, HFD 2015 ref. 63 och senast i HFD 2018 ref. 50 som gällde utformandet av s.k. skall-krav [Golvprismålet]). Vad gäller de allmänna principernas tillämpning bör också rättsfallet RÅ 2010 ref. 78 nämnas. Målet gällde bedömningen av ett krav på att upphandlingsföremålet skulle vara fritt från ett visst kemiskt ämne. Högsta förvaltningsdomstolen hänvisade inledningsvis till den stora frihet som myndigheterna hade att bestämma föremålet för upphandlingen och att det krav som myndigheten i det fallet hade ställt upp hade en objektiv utformning och inte diskriminerade någon leverantör. Kravet framstod inte heller som godtyckligt eller uppenbart osakligt. Det kunde därför godtas.

Situationen med den icke direktivstyrda direktupphandlingen kan också i viss mån jämföras med vad som gäller för den i direktiven inte förutsedda situationen att en upphandlande myndighet avbryter en upphandling. I ett mål uppkom frågan om ett sådant beslut kunde överprövas. För att besvara den frågan tog Högsta förvaltningsdomstolen hjälp av ett EU-domstolsavgörande och fann att ett beslut att avbryta en upphandling var överprövningsbart (se RÅ 2005 ref. 62 och där anmärkta rättsfall). Några år senare uppkom frågan vilken överprövning i sak en domstol skulle kunna göra av ett sådant beslut. Även i det målet tog Högsta förvaltningsdomstolen hjälp av praxis från EU-domstolen och fann att det inte framkommit annat än att det klandrade beslutet vilat på sakligt godtagbara skäl.

Det hade inte heller framkommit att de grundläggande principerna för gemenskapsrätten trätts för när (se RÅ 2008 ref. 35 och där anmärkta rättsfall).

Det följer således av de allmänna principernas ordalydelse jämte den materiellt sparsamma regleringen av direktupphandlingens närmare utformning och av praxis att upphandlande myndigheter och enheter har getts stor frihet att organisera sina direktupphandlingar. Det följer också av redogörelsen för bakgrunden till den tidigare huvudregeln om affärsmässighet m.m. och anledningen till att den ersattes av de nu gällande allmänna principerna för upphandling att detta utrymme innefattar en affärsmässig bedömning i förhållande till vilken konkurrens som upphandlingen i det enskilda fallet kan tänkas locka och vilken fördel en sådan konkurrens kan ge i förhållande till den kostnad ett utvecklat upphandlingsförfarande orsakar. Det bör här också anmärkas att det kan anses vara en naturlig del av en omsorgsfull upphandlande enhets vardag att löpande hålla sig uppdaterad om marknaden. Det kan göras t.ex. genom en rimligt avvägd marknadsundersökning, men endast under förutsättning att denna utförs i sådana former att en upphandling därigenom inte kan anses ha påbörjats (angående påbörjande av en upphandling, se HFD 2013 ref. 31).

Det är således sammantaget fråga om en mångfasetterad bedömning som i varje enskilt fall måste göras vid utformningen av en upphandling och alltså också vid utformningen av en direktupphandling.

Om enheten bedömer att t.ex. annonsering och upprättande av upphandlingsdokument m.m. utgör lämpliga verktyg för att uppnå konkurrens i det enskilda fallet finns det inga hinder mot att direktupphandlingen genomförs på så sätt. Men det är likväl endast den allmänt hållna regleringen i lag som kan ligga till grund för överprövningen i domstol. Vägledning bör också, som framgått, kunna hämtas från Högsta förvaltningsdomstolens praxis avseende den direktivstyrda upphandlingen där domstolen i flera mål avvägt principernas tillämpning, med stöd av EU-domstolspraxis, med utgångspunkt i att det finns ett stort handlings- och bedömningsutrymme. Det finns inget som talar för att det utrymmet skulle vara mindre avseende den icke direktivstyrda upphandlingen.