



KLAGANDE

Umeå universitet

MOTPART

Socialstyrelsen

Ombud: Advokat Anette Hansson Ahl och
biträdande jurist Charlotte Brunlid

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms beslut den 4 november 2019
i mål nr 14543-19, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens beslut och visar målet åter för
prövning i sak.

Kammarrättens interimistiska beslut den 13 november 2019 upphör därmed
att gälla.

YRKANDEN M.M.

Umeå universitet yrkar att målet ska återförvisas till förvaltningsrätten för prövning i sak. Universitetet hänvisar till det som har förts fram i förvaltningsrätten med bl.a. följande tillägg. Högsta förvaltningsdomstolen hade möjlighet men avstod från att meddela prövningstillstånd i det s.k. Depona-målet (Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 7355-16). Kammarrättens avgörande är därför att betrakta som vägledande. Den EU-rättsliga praxis rörande kontraktsbegreppet som lyfts fram i förvaltningsrättens beslut i aktuellt mål, och som givits avgörande betydelse för utgången, måste läsas i ljuset av att EU-domstolen de facto aldrig prövat frågan om upphandlingsdirektivens tillämplighet på anskaffningar mellan (statliga) myndigheter tillhörande samma juridiska person. Tvister mellan statliga myndigheter som inte kan prövas i domstol, eller i annan ordning, löses ytterst av regeringen. Om universitetet bedöms sakna partshabilitet och/eller talerätt i målet och en tvistlösning i domstol därmed inte står till universitetets förfogande skulle universitetet som enda möjlighet ha att vända sig till regeringen. Det kan möjligen undantagsvis vara en framkomlig väg vid vissa tvister. När det gäller överprövning av en upphandling måste en sådan ordning dock anses direkt olämplig.

Socialstyrelsen anser att överklagandet ska avslås och för fram bl.a. följande. Som förvaltningsrätten redovisar innebär EU-domstolens praxis ett krav på att kontrahenterna till ett offentligt avtal ska vara självständiga. Bedömningen av om statliga myndigheter har en formell personlig subjektivitet är därför av avgörande betydelse. En förutsättning för att talerätt ska föreligga enligt artikel 1.3 i rättsmedelsdirektivet 89/665/EEG och därmed LOU, är att den sökande leverantören har haft ett intresse av att ingå avtal i den aktuella upphandlingen. Domen i mål HFD 2017 ref. 62 tydliggör att regleringen av talerätten i överprövningsmål enligt LOU motsvarar regleringen i artikel 1.3 i rättsmedelsdirektivet. Socialstyrelsen delar förvaltningsrättens bedömning att även om Umeå universitet hade

tilldelats det uppdrag som upphandlingen omfattade, hade något kontrakt i upphandlingsrättslig mening inte kunnat uppkomma mellan myndigheterna, vilket i sin tur innebär att sådant intresse av att ingå avtal som krävs i artikel 1.3 rättsmedelsdirektivet och LOU inte föreligger. Den fråga som prövades i Depona-målet var inte talerätt mellan statliga myndigheter utan frågan om rätt tid för överprövning av ett avtals giltighet.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Frågan i målet är om Umeå universitet har rätt att ansöka om överprövning av Socialstyrelsens upphandling enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU).

Enligt 20 kap. 4 § LOU kan en leverantör som anser sig skadas eller riskera att skadas av en påstådd brist under ett upphandlingsförfarande ansöka om överprövning enligt 6 §. Av detta följer att partsställningen i ett mål om överprövning av en offentlig upphandling är huvudsakligen en leverantör å ena sidan, som sökande, och den upphandlande myndigheten å den andra sidan, som sökandens motpart. För att kunna bedöma om Umeå universitet har rätt att ansöka om överprövning av upphandlingen, och därmed har talerätt, måste först konstateras att universitet kan betraktas som en leverantör enligt LOU.

Begreppet leverantör definieras i 1 kap 16 § LOU som den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggentreprenader. Leverantörsbegreppet är avsett att ha samma innebörd som begreppet ekonomisk aktör i det klassiska direktivet¹. Av skäl 14 till det klassiska direktivet klargörs att begreppet ekonomisk aktör bör ges en vid tolkning så att det omfattar alla personer och/eller enheter som erbjuder sig att utföra byggentreprenader, leverera varor eller tillhandahålla tjänster på marknaden,

¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG

oberoende av vilken juridisk form de har valt för sin verksamhet. Således bör samtliga företag, filialer, dotterbolag, partnerskap, kooperativ, aktiebolag, universitet och andra former av enheter som inte är fysiska personer, oavsett om de är offentliga eller privata, omfattas av begreppet ekonomisk aktör, oavsett om de är juridiska personer under samtliga omständigheter.

Unionslagstiftaren hade inte för avsikt att endast låta uttrycket ”ekonomisk aktör som erbjuder tjänster på marknaden” omfatta aktörer som är organiserade som företag, och inte heller att införa särskilda villkor varigenom tillträdet till anbudsinfordringar begränsas på grundval av de ekonomiska aktörernas juridiska form och interna organisation. Ett av syftena med unionsbestämmelserna på området för offentlig upphandling är att det öppnas upp för så bred konkurrens som möjligt och att det är ett unionsrättsligt intresse att det säkerställs att så många anbudsgivare som möjligt deltar. Begreppet ekonomisk aktör ska tolkas på så sätt att enheter som inte huvudsakligen bedriver verksamhet i syfte att skapa vinst, som inte är organiserade som ett företag och som inte är stadigvarande verksamma på marknaden – såsom universitet – har rätt att delta i ett förfarande för offentlig upphandling av tjänster. (EU-domstolens dom i mål C-305/08 CoNISMa).

Av skäl 31 till det klassiska direktivet framgår även att enbart det faktum att båda avtalsparterna själva är myndigheter inte i sig utesluter tillämpningen av upphandlingsreglerna. Möjligheten till överprövning ska enligt EU-domstolen vara öppen för varje aktör som har eller har haft ett intresse av att få ett offentligt kontrakt (EU-domstolens dom i mål C-26/03 Stadt Halle).

Av förarbetena till LOU framgår även att av avgörande betydelse för såväl skyldigheten att iaktta upphandlingsreglerna som möjligheterna till rättslig kontroll av en upphandling eller ett ingånget kontrakt är att den vara, tjänst eller byggentreprenad som anskaffas materiellt faller in under

upphandlingsdirektivens tillämpningsområden. Om upphandlingen ska eller har avslutats genom ett dokument som uppfyller kriterierna för att betraktas som ett kontrakt enligt direktivens definition av kontrakt saknar däremot betydelse. (Prop. 2015/16:195 s. 318).

Umeå universitet är en statlig myndighet som har på ett konkret sätt förklarat att det tillhandahåller eller har förmågan att tillhandahålla varor och tjänster på den för upphandlingen aktuella marknaden. Umeå universitet har vidare visat ett intresse av att tilldelas det aktuella kontraktet. Med hänsyn till upphandlingsregleringens konkurrensfrämjande syfte och den vida tolkning som ska göras av begreppet ekonomisk aktör anser kammarrätten att Umeå universitet är att betrakta som en leverantör i den mening som avses i LOU. Umeå universitet har därmed rätt att få ansökan om överprövning upptagen till sakprövning. Förvaltningsrättens beslut ska därför upphävas och målet visas åter för prövning i sak.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).

Caroline Dyrefors Grufman
kammarrättsråd
ordförande

Susanne Ericson
kammarrättsråd

Lisa Willman
tf. assessor
referent

Linda Bågling
föredragande jurist

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 21

BESLUT

2019-11-04

Meddelat i Stockholm

Mål nr

14543-19

SÖKANDEStaten genom Umeå Universitet
901 87 Umeå**MOTPART**

Staten genom Socialstyrelsen

Ombud: Advokaterna Carina Holmgren och Anette Hansson Ahl samt bitr.
juristerna David Edsman och Charlotte Brunlid
holmgrenhansson ADVOKATBYRÅ AB
Ingmar Bergmans gata 4
114 34 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avvisar ansökan om överprövning.

Dok.Id 1156390

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: avd21.fst@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt	-	måndag – fredag 08:00–16:00

YRKANDEN M.M.

Socialstyrelsen utannonserade den 11 mars 2019 upphandlingen ”Kunskapscentrum katastrofmedicin” (dnr 2.7-532/2018) med tillämpning av ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Styrelsen meddelade den 13 juni 2019 att myndigheten avsåg tilldela det utannonserade uppdraget i fråga om anbudsområdena A2 och B2 till Göteborgs universitet, Karolinska institutet och Region Östergötland.

Umeå universitet yrkar i första hand att upphandlingen ska göras om i delarna A2 och B2 och i andra hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts genom att tilldelningsbeslutet ändras på så sätt att samtliga antagna anbudsgivare diskvalificeras. Universitetet anför bl.a. följande. Upphandlingsprocessen har varit otydlig, missriktad och inkonsekvent. Kraven har utformats på ett sätt som uppenbarligen varit svårt att efterkomma för en betydande del av anbudsgivarna. Trots att ett flertal anbudsgivare inte uppfyllt kraven såsom de varit formulerade har samtliga anbud utom universitetets godtagits. Universitetet har i strid med LOU:s grundläggande principer frångått möjligheten att antas som leverantör i upphandlingen och har därigenom lidit skada. Det kan vidare konstateras att det förekommit en jävssituation i beslutsprocessen.

Vad avser talerätten följer det av 27 § myndighetsförordningen (2007:515) att universitetet företräder staten vid domstol inom sitt verksamhetsområde. Bestämmelsen ger universitetet ett brett mandat att processa vid domstol angående verksamhetsanknutna frågor och innehåller ingen begränsning som innebär att detta mandat inte kan nyttjas gentemot andra myndigheter för det fall det bedöms påkallat. Denna allmänna talerätt omfattar även aktuell överprövningsprocess. De tveksamheter som i doktrinen förts fram beträffande en statlig myndighets möjligheter att processa mot en annan sådan

myndighet är främst inriktade på det privaträttsliga området och tvist vid allmän domstol. På det offentligrättsliga området är bilden en annan (se bl.a. Strömberg, ”Allmän förvaltningsrätt”, 27:e uppl., s. 26). Vad gäller talerätt i fråga om civilrättsliga mål i allmän domstol har Högsta domstolen i avgörandet NJA 2001 s. 3 uttalat att talerätt mellan två enheter i samma juridiska person kan finnas även i dessa mål.

Vad gäller tillämpligheten av LOU är denna ytterst en tolkningsfråga för domstol, och vad som anförs i Konkurrensverkets ställningstagande den 19 december 2018 (dnr 2018:1) måste bedömas därefter. Kammarrätten i Stockholm har i sina domar den 24 mars 2004 i mål nr 139-04 samt den 19 maj 2009 i mål nr 8101–8104-08 tillåtit statliga myndigheter att föra talan mot varandra i mål om överprövning av upphandling. Av dessa mål kan slutsatsen dras att LOU är tillämplig på anskaffningar mellan statliga myndigheter om dessa har helt olika roller inom den juridiska personen staten och den myndighet som är leverantör har en självständig funktion i förhållande till den upphandlande myndigheten.

Samma kammarrätt gjorde också en liknande bedömning i dom den 21 juni 2017 i mål nr 7355-16, den s.k. Depona-domen, där domstolen – med beaktande av att de i målet aktuella statliga myndigheterna tillhörde olika departement, hade olika budget, olika regleringsbrev och olika myndighetsinstruktioner – ansåg att dessa måste betraktas som formellt fristående från varandra. Domen överklagades till Högsta förvaltningsdomstolen som beslutade att inte meddela prövningstillstånd. Det finns ingen motsättning mellan kammarrättens bedömning, som utgick ifrån att myndigheterna tillhörde samma rättssubjekt, och Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i HFD 2017 ref. 66.

Socialstyrelsen yrkar i första hand att ansökan om överprövning ska avvisas och i andra hand att den ska avslås. Styrelsen anför bl.a. följande. Statliga myndigheter som ingår i rättssubjektet staten företräder staten inom sina respektive verksamhetsområden och saknar möjlighet att uppträda som varandras motparter i en rättslig process. Styrelsen och universitetet utgör delar av samma juridiska person. De utgår från en gemensam budget som beslutas av riksdagen. Uppfattningen delas av Högsta förvaltningsdomstolen som i rättsfallet HFD 2017 ref. 66 har konstaterat att staten är ett rättssubjekt. En process mellan statliga myndigheter skulle innebära att staten för talan mot sig själv, vilket inte är möjligt (se Konkurrensverkets ställningstagande 2018:1). Bemyndigandet i 27 § myndighetsförordningen förändrar inte detta. Den kammarrättspraxis som universitet hänvisar till avgjordes i tiden före Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2017 ref. 66 och kan inte ges en sådan prejudicerande verkan att den nu aktuella ansökan tas upp till prövning.

Vad gäller upphandlingen i sig har den genomförts på ett tydligt och transparent sätt och kravställningen är realistisk att uppfylla för leverantörerna. Kraven är utformade på ett sådant sätt att styrelsen kunnat tillämpa dem på ett likvärdigt sätt gentemot alla leverantörer. Upphandlingen innehåller inte heller i övrigt några brister. Styrelsen har inte brutit mot någon av de grundläggande principerna i LOU eller mot någon annan bestämmelse i lagen. Den person som jävsinvändningen riktats mot har i praktiken inte haft någon insyn i utvärderingsunderlaget eller någon reell möjlighet att påverka utgången av upphandlingen. Universitetet har heller inte lidit någon skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Statliga myndigheters rättssubjektivitet

Det får numera anses etablerat i den svenska rättsordningen att staten är ett enda rättssubjekt inom vilket i vart fall de statliga myndigheterna¹ under regeringen ingår (se t.ex. SOU 1994:136 s. 13 och 143 f., Ds 2012:35 s. 28 f. och 88 ff., SOU 2016:82 s. 59 samt HFD 2017 ref. 66). När statliga myndigheter rättshandlar, t.ex. ingår avtal eller uppträder i domstol, agerar de således inte för egen räkning – eftersom de inte utgör egna rättssubjekt – utan som representanter för rättssubjektet staten. Myndigheter under regeringen har rätt att företräda staten vid domstol inom sina specifika verksamhetsområden (se 27 § myndighetsförordningen).

Eftersom de statliga myndigheterna således alla företräder samma rättssubjekt är det en naturlig utgångspunkt att de inte kan anta mellan sig kategoriskt motstridiga partsviljor, vilket är en grundläggande förutsättning för att tvisteförhållanden ska kunna uppstå. Allmänt gäller därför att en civilrättslig tvistemålstalan inte kan föras mellan två statliga myndigheter. Sådana tvister får istället, om myndigheterna inte når överenskommelse på egen hand, hänskjutas till regeringen (se SOU 1994:136 s. 19, 143 f. och 246 samt Justitiekanslerns beslut den 13 maj 2008, dnr 8092-06-40). Statliga myndigheter kan principiellt inte heller ingå civilrättsliga avtal med varandra, utan överenskommelser mellan sådana är en från avtalet skild rättsfigur som inte regleras i lagstiftningen (jfr SOU 1994:136 s. 143 f. och 245).

Mål om överprövning enligt LOU utgör formellt sett ansökningsmål, men delar karaktärsdrag med såväl besvärsmål som tvistemål (jfr t.ex.

¹ Möjligtvis med undantag för vissa universitet, dock ej Umeå universitet, jfr NJA II 1943 s. 98, Gullnäs m.fl., ”Rättegångsbalken” under 11:29 och SOU 1994:136 s. 150

RÅ 2009 ref. 69). Partsställningen är en leverantör å ena sidan, som sökande, och den upphandlande myndigheten å den andra, som sökandens motpart (se RÅ 2004 ref. 48). Det synes på en grundläggande nivå motsägelsefullt att låta två representanter för samma juridiska person båda föra separat talan för huvudmannens räkning i en tvåpartsprocess, särskilt om den har tvistemålsinslag.

Samtidigt måste beaktas att staten såsom sammanhållet rättssubjekt innehåller många särdrag. Statliga myndigheter agerar, även om de principiellt gör det i statens angelägenheter och deras olika ändamål ytterst (med vissa undantag) fastställs av regeringen, i de flesta praktiska hänseenden självständigt från varandra och deras verksamheter kan, inom ramen för det allmänna, vara ägnade att tillgodose vitt skilda intressen. De är ofta tydligt ekonomiskt, organisatoriskt och verksamhetsmässigt fristående från varandra. Högsta domstolen har vidare uttalat att avtal träffade inom samma juridiska person även stundom – när det gäller offentlig verksamhet – kan tänkas ha viss civilrättslig betydelse (se NJA 2001 s. 3).

Att synen på staten såsom enskilt rättssubjekt inte i alla lägen utgör hinder mot partshabilitet i processer med statliga myndigheter i motsatsställning framgår därutöver klart av rättstillämpningen. Konkurrensverket kan enligt 21 kap. LOU under givna förutsättningar ansöka om upphandlingsskadeavgift hos allmän förvaltningsdomstol, i vilket fall en statlig myndighet – om den upphandlande myndigheten är en sådan – blir verkets motpart i den efterföljande domstolsprocessen (jfr t.ex. HFD 2017 ref. 66 och prop. 2009/10:180 s. 199). Motsvarande har ansetts gälla i fråga om konkurrensskadeavgift enligt 3 kap. konkurrenslagen (2008:579) (jfr MD 2004:21 och prop. 1992/93:56 s. 91). Det har därutöver förutsatts att staten kan åläggas företagsbot för brott som har begåtts inom ramen för ett statligt affärsverks verksamhet, vid vilken process åklagare möter staten genom behörig

myndighet² (jfr prop. 1985/86:23 s. 26 f. och SOU 2016:82 s. 59). I förarbetena till viteslagstiftningen öppnas vidare för möjligheten att staten i undantagsfall kan tänkas bli föremål för vitesföreläggande³ i sådana sammanhang när en statlig myndighet uppträder som ett privaträttsligt subjekt (jfr prop. 1984/85:96 s. 99 f.).

Den omständigheten att staten i vissa fall ansetts kunna väcka sanktionstalan i domstol mot sig själv när den anhängiggörande myndigheten i förväg är definierad i lag och det är uppenbart – antingen utifrån relevanta förarbeten eller regelsystemet i sig – att sådan möjlighet varit avsedd, behöver dock inte nödvändigtvis innebära att sådan rätt gäller generellt, utanför i sammanhanget särskilt reglerade områden.

Frågan är således om det i den typen av ärende som nu är aktuellt finns skäl att göra avsteg från den principiella utgångspunkten att statens subjektiva enhetlighet utgör hinder mot processföring mellan dess myndigheter.

Vad gäller i upphandlingsmål?

Svensk rätt

Det kan här konstateras att Länsrätten i Stockholms län i dom den 19 december 2003 i mål nr 23405-03 prövat en ansökan gällande offentlig upphandling med Göteborgs universitet respektive Styrelsen för internationellt utvecklingssamarbete i motsatt partsställning. Domstolen anförde avseende talerätten, med hänvisning till rättsfallet RRK R75 2:5, att myndigheter bör kunna tillerkännas talerätt mot varandra i offentligrättsliga sammanhang så

² Det råder viss tveksamhet i fråga om vilken myndighet som företräder staten på den tilltalade sidan i ett sådant sammanhang, se Justitiekanslerns remissyttrande den 30 mars 2017 över SOU 2016:82, dnr 7951-16-80

³ Även om de eventuella möjligheterna till *utdömande* av vite i sådana fall inte uttryckligen kommenteras.

länge de inte har att tillvarata samma allmänna intresse. Det ansågs falla inom universitets verksamhetsområde att ge in anbud vid offentlig upphandling av det aktuella slaget samt utnyttja de rättsmedel som finns angående förfarandet vid sådan upphandling. Den omständigheten att de två parterna i målet ingick i samma juridiska person kunde enligt länsrättens mening inte fränta universitetet rätten att föra sådan talan. Domen överklagades till Kammarrätten i Stockholm, som instämde i länsrättens bedömning (se dom den 23 mars 2004 i mål nr 139-04).⁴

Länsrättens resonemang vilar huvudsakligen på ett doktrinuttalande⁵, med innebörden att föreställningen om staten som juridisk person huvudsakligen framträder inom privaträtten och att myndigheterna i offentligrättsliga sammanhang ofta uppträder gentemot varandra som inbördes fristående organisatoriska enheter. Uttalandet hämtar i sin tur stöd i en mer utförlig rättsvetenskaplig diskussion som över lång tid föregått i doktrinen.⁶

Förvaltningsrätten konstaterar emellertid att tvåpartsprocesser involverande myndigheter i motsatt partsställning av naturliga skäl är ytterst sällsynta inom det offentligrättsliga området. Innan införandet av 7 a § förvaltningsprocesslagen (1971:291) var t.ex. de förvaltningsrättsliga besvärsmålen endast undantagsvis tvåpartsprocesser (jfr prop. 1995/96:22 s. 72 f. och 81 samt SOU 1964:27 s. 291 och 581). Därefter uppträder myndigheter regelmässigt som motparter gentemot enskilda, men inte mot andra myndigheter (jfr HFD 2011 ref. 51). Upphandlingsområdet är ett av endast ett fåtal målområden i förvaltningsdomstol där frågan om statens interna processbehörighet

⁴ Samma kammarrätt har även i en dom den 19 maj 2009 i mål nr 8101–8104-08 avgjort ett antal mål med Statens skolverk i partsställning mot bl.a. ett grupp statliga läroverk, dock med utgången att talan enligt upphandlingslagstiftningen inte kunde föras eftersom den aktuella anskaffningen inte utgjorde en offentlig upphandling i lagens mening. Frågan om statens rättssubjektivitet kommenterades inte särskilt.

⁵ Strömberg, "Allmän förvaltningsrätt", 19:e uppl. s. 24 ff.

⁶ T.ex. Hessler, "Om staten som rättssubjekt", Förvaltningsrättslig tidskrift (FT) 1952 s. 303–326; Jägerskiöld, "Staten, Kronan och myndigheterna", FT 1954 s. 299–342 och Friedner, "Staten som part i tvistemål", FT 1992, s. 499–505

alls skulle kunna aktualiseras. Med detta i beaktande hade det varit förvånande om den rättsvetenskapliga analysen i sammanhanget hade riktat sitt fokus mot något annat än det privaträttsliga området, och det är svårt att därifrån dra några slutsatser avseende den aktuella frågeställningen. Motsvarande påpekande kan göras i fråga om den praxis som länsrätten tolkar motsatsvis med hänvisning till avgörandet RRK R75 2:5, som avsåg myndigheters offentlighetsrättsliga besvärsmöjlighet men saknade direkt koppling till statliga myndigheters möjlighet att processa mot varandra.

Till detta kommer att mål om offentlig upphandling på många sätt tangerar den privaträttsliga sfären, varför distinktionen mellan myndigheternas kännetecken inom denna respektive inom den offentliga i sammanhanget tycks kunna ifrågasättas. Målområdet som sådant avser i princip ekonomiska förhållanden mellan olika aktörer på marknaden (jfr RÅ 2009 ref. 69). Även myndigheter uppträder härvid i en tydligt privaträttslig kontext, i kontrast till det renodlat allmänna intresse som typiskt sett företräds av dessa i andra offentlighetsrättsliga sammanhang.

Länsrättens argumentation framstår mot denna bakgrund inte som helt och hållet underbyggd. Kammarrätten har inte heller utvecklat resonemanget. Avgörandena kan enligt förvaltningsrättens mening svårligen betraktas som vägledande.

Unionsrätt

En fråga som kan ställas är om en sådan ordning där en talan av aktuellt slag inte erkänns av domstolen skulle strida mot unionsrätten. Förfarandet för överprövning av offentlig upphandling återfinns i 20 kap. LOU, som genomför rättsmedelsdirektivet,⁷ i vilket stadgas under vilka omständigheter

⁷ Rådets direktiv av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (89/665/EEG)

medlemsstaterna är skyldiga att tillgängliggöra det upphandlingsrättsliga överprövningsförfarandet. För att rättsmedelsdirektivet överhuvudtaget ska bli tillämpligt krävs emellertid att saken i målet omfattas av det unionsstyrda, upphandlingspliktiga området såsom det definieras i det klassiska direktivet⁸ (se artikel 1.1 i rättsmedelsdirektivet).

Tillämpningsområdet för det unionsrättsliga upphandlingsregelverket är sedan länge oförändrat (jfr skäl 4 till det klassiska direktivet) och omfattar upphandlande myndigheters anskaffningar genom offentliga kontrakt, vilka i direktivtexten definieras som skriftliga kontrakt med ekonomiska villkor som ingås mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av byggentreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster (se artiklarna 1.1–2 och 2.1.5 i det klassiska direktivet). Enbart det faktum att båda avtalsparterna själva är myndigheter utesluter inte i sig tillämpning av upphandlingsreglerna, förutsatt att ett offentligt kontrakt är för handen (jfr skäl 31 till det klassiska direktivet).

Vad som utgör ett offentligt kontrakt är helt och hållet förbehållet unionsrätten och ska tolkas i enlighet med EU-domstolens praxis oberoende av begreppens mening i de olika nationella rättsordningarna (jfr t.ex. målen C-264/03 *kommissionen mot Frankrike*, punkt 36 och C-382/05 *kommissionen mot Italien*, punkterna 30–31).

EU-domstolen har bl.a. uttalat att ett kontrakt i aktuell bemärkelse ingås mellan en upphandlande enhet och en från denna fristående juridisk person (se C-107/98 *Teckal*, punkterna 49–51, C-26/03 *Stadt Halle*, punkt 47, C-15/13 *Datenlotsen*, punkt 24, C-159/11 *Ordine Degli Ingegneri*, punkt 32 och C-386/11 *Piepenbrock*, punkt 34, C-553/15 *Undis Servizi*, punkt 28

⁸ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG

samt C-266/17 och C-267/17 *Verkehrsbetrieb Hüttebräucker och BVR Busverkehr Rheinland*, punkt 76). Vid en granskning av de olika språkversionerna av nämnda rättsfall kan visserligen konstateras att domstolen tidvis inte använder sig av begreppet fristående ”person” utan av olika motsvarigheter till det bredare konceptet ”enhet/entitet/organ”⁹. I de svenska versionerna används begreppet fristående juridisk person dock genomgående i sammanhanget¹⁰, och likaså är det mer eller mindre direkta motsvarigheter till detta begrepp som förekommer i de återstående till övervägande del. Det kan här påpekas att regeringen i förarbetena till LOU har gett uttryck för uppfattningen att EU-domstolens rättspraxis inte ger stöd för att kontrakt i upphandlingsrättslig mening uppkommer mellan enheter inom en och samma juridiska person (se prop. 2015/16:195 s. 402). Konkurrensverket har gjort motsvarande tolkning av EU-domstolens uttalanden (se Konkurrensverkets ställningstagande 2018:1).

EU-domstolen har vidare definierat begreppet ekonomiska villkor i den betydelse som fordras för att ett offentligt kontrakt ska vara för handen på så sätt att en prestation ska tillhandahållas mot vederlag, med uppkomsten av rättsligt bindande skyldigheter (jfr C-451/08 *Helmut Müller*, punkterna 48 och 60 samt C-51/15 *Remondis*, punkt 43). För att skyldigheter i sammanhanget ska betraktas som rättsligt bindande krävs i sin tur att fullgörande av dessa kan uppnås genom talan inför domstol¹¹ i enlighet med de villkor som uppställs i den nationella rätten (se *Helmut Müller*, punkterna 62–63). Också här uppstår viss tveksamhet vid läsning av de olika språkversionerna, huruvida den talan som avses faktiskt måste kunna föras inför en formell

⁹ T.ex. i *Stadt Halle* – engelska: “entity”, franska: “entité”, tyska: “Einrichtung” och *Undis Servizi* – engelska: “body”, franska: “entité”, tyska: “Einrichtung”

¹⁰ Med undantag för *Teckal*, punkt 51, där det i flertalet språkversioner – inkl. den svenska – anges någon motsvarighet till ”i formellt hänseende fristående enhet”. Dock anges det dessförinnan i punkt 50, till synes mer precist, att det ska vara fråga om en ”fristående juridisk person”.

¹¹ Engelska: “execution must be legally enforceable”, franska: “exécution doit pouvoir être réclamée en justice”, tyska: “muss ihre Erfüllung einklagbar sein”

domstol eller om rekvisitet även innefattar andra former av rättsliga åtgärder.

Frågan om statliga myndigheters skyldighet att tillämpa ett offentligt upphandlingsförfarande vid anskaffningar från varandra har tidigare prövats av svensk domstol i det s.k. Depona-målet (Kammarrätten i Stockholms dom den 21 juni 2017 i mål nr 7355-16). Kammarrätten anförde bl.a. att den omständigheten att båda aktörerna i målet var delar av den juridiska personen staten inte automatiskt ansågs medföra att ett avtal mellan myndigheterna inte kan utgöra ett kontrakt i upphandlingsrättslig mening, utan att en bedömning måste göras om avtalet kan anses vara ett uttryck för s.k. egenregiverksamhet eller om det ska anses ingången mellan två fristående parter med konsekvensen att upphandlingslagstiftningen är tillämplig. Eftersom de båda myndigheterna i målet tillhörde olika departement, hade olika budget, olika regleringsbrev och olika myndighetsinstruktioner ansåg kammarrätten att de var formellt fristående från varandra och att regelverket var tillämpligt på anskaffningen.

Högsta domstolen har i sin tur uttalat att även avtal träffade inom samma juridiska person stundom kan tänkas ha viss civilrättslig betydelse när det gäller offentlig verksamhet, och att det i vissa fall kan tänkas att enheter inom samma offentliga juridiska person är så fristående i förhållande till varandra att ett köp eller någon liknande transaktion dem emellan inte rimligen kan karakteriseras som ett uttryck för egenregiverksamhet utan bör falla in under upphandlingsbegreppet (jfr NJA 2001 s. 3). Domstolen specificerar emellertid inte i vilka sammanhang avtal inom en och samma juridiska person kan ge upphov till civilrättsliga effekter och i så fall vilka. Det är vidare oklart hur uttalandet förhåller sig till synsättet att överenskommelser mellan statliga myndigheter alls inte utgör avtal (jfr SOU 1994:136 s. 143 f. och 245).

Konkurrensverket har vidare i sitt ställningstagande 2018:1 förespråkat det motsatta förhållningssättet, och anfört att en överenskommelse mellan statliga myndigheter inte kan utgöra ett offentligt kontrakt i unionsrättslig mening.

Förvaltningsrätten anser för egen del att de återgivna uttalandena ur Depona-domen samt NJA 2001 s. 3 är svårförenliga med vad som framgår av EU-domstolens praxis. Kravet på att kontrahenterna till ett offentligt avtal ska vara från varandra självständiga juridiska personer kan, även med beaktande av de olika språkversionerna, inte tolkas på annat sätt än att bedömningen av eventuell självständighet ska innefatta formell personlig subjektivitet och inte enbart vara underkastad praktiska hänsyn såsom verksamheternas utformning eller inbördes autonomi. Förekomsten av organisatoriska och instruktionsmässiga åtskillnader mellan två myndigheter kan i detta sammanhang enligt förvaltningsrättens mening inte anses överväga något så grundläggande som vilket rättssubjekt enheterna representerar. Att svenska statliga myndigheter formellt utgör samma rättssubjekt är i därför sammanhanget ett svåröverkomligt hinder.

Vad gäller kravet på att ett offentligt kontrakt ska vara rättsligt bindande finner förvaltningsrätten, oberoende av om EU-domstolens praxis ska tolkas på så sätt att fullgörande måste kunna uppnås genom talan i domstol eller om möjlighet till andra rättsliga åtgärder är tillräckligt, att det inte kan anses uppfyllt i fråga om anskaffningar mellan statliga myndigheter. Såsom redogjorts för ovan kan en myndighet som önskar tvinga en annan att fullgöra ett visst åtagande inte använda sig av de vanliga tvistlösningsmekanismerna. Inte heller möjligheten att i vissa fall hänskjuta en tvist till regeringens diskretionära prövning kan i sammanhanget betraktas som en rättslig åtgärd. Högsta domstolens uttalande i NJA 2001 s. 3 om att avtal myndigheter emellan i vissa fall kan få civilrättslig betydelse är alltför vagt för att påverka denna bedömning.

Förvaltningsrätten anser av ovanstående skäl att anskaffningar mellan två statliga myndigheter inte kan utgöra offentliga kontrakt i unionsrättslig mening och de faller utanför det klassiska direktivets tillämpningsområde. Eftersom LOU i fråga om begreppsmässig räckvidd är avsedd att motsvara direktivet (jfr prop. 2015/16:195 s. 320) finns således inte någon principiell skyldighet för en myndighet som genomför en sådan anskaffning att tillämpa ett reglerat upphandlingsförfarande.

Den aktuella upphandlingen

Socialstyrelsen har inlett en offentlig upphandling med tillämpning av ett öppet förfarande enligt 6 kap. 2 § LOU. Det innebär att det, oavsett vilka aktörer som de facto valt att lämna anbud och vilka som tilldelats kontrakt, inte funnits någon begränsning i fråga om den krets av leverantörer som haft möjlighet att lämna anbud med anledning av anbudsinfordran. Eftersom styrelsen inlett en upphandling enligt LOU är regelverket tillämpligt på förfarandet.

Socialstyrelsen har vidare enligt beslutad tilldelning meddelat att den avser ingå överenskommelse bl.a. med Region Östergötland. Region Östergötland är inte en statlig, utan en kommunal, myndighet. Den ingår inte i rättssubjektet staten och är således fristående i förhållande till Socialstyrelsen. Det finns inget som tyder på att en anskaffning mellan styrelsen och regionen skulle utgöra något annat än ett upphandlingspliktigt kontrakt.

Samtidigt förhåller det sig – såsom redogjorts för ovan – så att ingen anskaffning som skulle kunna företas mellan styrelsen och Umeå universitet skulle kunna komma att utgöra ett upphandlingspliktigt avtal i unionsrättslig mening. Bestämmelsen om talerätt i överprövningsmål enligt LOU ska tol-

kas i ljuset av artikel 1.3 i rättsmedelsdirektivet, och en förutsättning för talerätt enligt lagen är därför att den sökande leverantören haft intresse av att ingå avtal i den aktuella upphandlingen (jfr HFD 2017 ref. 62). Även om det utannonserade uppdraget hade tilldelats Umeå universitet hade något offentligt kontrakt i unionsrättslig mening inte kunnat uppkomma mellan universitet och styrelsen. Förvaltningsrätten finner därför att universitetet inte kan anses ha haft intresse av att ingå avtal i upphandlingen på ett sätt som fordrar tillgängliggörande av överprövningsförfarandet.

Av det sagda följer dels att någon på unionsrätten baserad rätt till överprövning inte föreligger som skulle kunna motivera att en talan tilläts föras mellan statliga myndigheter i målet. Det saknas enligt förvaltningsrättens mening skäl att frångå utgångspunkten att representanter för ett och samma rättssubjekt inte kan föra inbördes motstridig domstolstalan för huvudmannens räkning. Det kan dock konstateras att även om den bristande partshabiliteten i detta sammanhang skulle bortses från skulle förvaltningsrätten likväl vara förhindrad att ta upp saken till prövning, eftersom Umeå universitet, såsom ovan funnits, saknar talerätt enligt LOU.

Umeå universitets ansökan om överprövning ska därför avvisas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-05).

Peter Lif
Chefsrådmann

Veronica Montell har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.



HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten*.

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag (söndagsregeln).

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I mål om överprövning enligt lagen (2011:1029) om om upphandling på försvars- och Säkerhetsområdet, lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna eller lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Vid beräkningen av de tio dagarna gäller söndagsregeln. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16:e eller 20:e kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.