

Högsta förvaltningsdomstolen

Beredningsenhet 1

Box 2293

103 17 Stockholm

HÖGSTA FÖRVALTNINGS-
DOMSTOLEN
Bered Enhet 1

INKOM: 2021-02-26
MÅLNR: 4998-20
AKTBIL: 20

Skickas endast med e-post till:

hogstaforvaltningsdomstolen@dom.se

Stockholm den 26 februari 2021

Mål nr 4998-20; Socialstyrelsen ./ Umeå universitet

I egenskap av ombud för Socialstyrelsen får vi inkomma med följande yttrande över Umeå universitets svarsskrivelse av den 19 januari 2021, aktilaga 15, i mål 4998-20.

1. Myndigheter har inte talerätt mot andra myndigheters beslut enligt unionsrätten

1.1 Rättsmedelsdirektivet tillkännager inte talerätt

Socialstyrelsen vidhåller riktigheten i förvaltningsrättens slutsats att Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 ("**Rättsmedelsdirektivet**") inte ställer krav på att statliga myndigheter, såsom Umeå universitet, ska tillförsäkras rätt till ett överprövningsförfarande.

Detta då något offentligt kontrakt, så som det definieras i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 ("**LOU-direktivet**"), inte kan uppkomma mellan Umeå universitet och Socialstyrelsen. EU-domstolens praxis har, såsom förvaltningsrätten anfört och riktigt kommit fram till, entydigt fastslagit bl.a. att ett offentligt kontrakt enbart kan uppkomma mellan en upphandlande enhet och en från denna fristående juridisk person. Av den anledningen är Rättsmedelsdirektivet enligt vad som framgår av artikel 1.1 i över huvud taget inte tillämpligt på det nu aktuella fallet.

1.2 LOU-direktivet tillkännager heller inte talerätt

Umeå universitet anför i sin svarsskrivelse att universitetet är att anse som en leverantör enligt 1 kap. 16 § Lag (2016:1145) om offentlig upphandling ("LOU") och vidare att universitetet därför enligt 20 kap. 4 § LOU ska ges talerätt i nu aktuellt mål. Den vidsträckta tolkningen av ekonomisk aktör utifrån LOU-direktivet måste ses mot bakgrund av den unionsrättsliga målsättningen att säkerställa ett så omfattande deltagande av anbudsgivare som möjligt i anbudsförfaranden, se t.ex. EU-domstolens dom i mål C-305/08 CoNISMa, punkt 35. Den vidsträckta tolkningen av ekonomisk aktör syftar alltså till att bidra till ökad konkurrens inom unionen i upphandlingsförfaranden och inte till att tillkännage statliga myndigheter talerätt mot andra myndigheters beslut i offentliga upphandlingar.

Det faktum att statliga myndigheter inte tillkännages rätt till överprövningsförfarande enligt Rättsmedelsdirektivet visar också på att det inte finns någon unionsrättslig avsikt att låta statliga myndigheter överpröva varandras beslut i offentliga upphandlingar. Att ges rätt till att delta i upphandlingar enligt LOU-direktivet är således inte synonymt med att ges rätt till ett överprövningsförfarande.

Att det i skäl 31 till LOU-direktivet anges att enbart det faktum att båda avtalsparterna själva är myndigheter inte i sig utesluter tillämpningen av upphandlingsreglerna förändrar inte detta. Skäl 31 syftar till att klargöra vilka kontrakt som är upphandlingspliktiga och vilka som myndigheter kan utföra i s.k. egenregi. Detta framgår av den efterföljande meningen i skäl 31 vilken lyder "Tillämpningen av reglerna för offentlig upphandling bör dock inte inskränka upphandlande myndigheters frihet att utföra de offentliga uppdrag som åligger dem genom att använda sina egna resurser, vilket innefattar möjligheten att samarbeta med andra myndigheter." Skäl 31 tillkännager således inte, likt vad Umeå universitet anför, statliga myndigheters talerätt mot andra myndigheters beslut i upphandlingar.

2. Myndigheters talerätt har inte utvidgats i nationell rätt

Visserligen utgör Rättsmedelsdirektivet, såsom Umeå universitet anför, minimiregler för när medlemsstater måste tillhandahålla en möjlighet till överprövning av upphandlingsbeslut. Som anförts ovan ställer dock inte unionsrätten krav på att myndigheter måste ges rätt till överprövningsförfaranden. Socialstyrelsen vill betona att den svenska lagstiftaren heller inte har utvidgat myndigheters talerätt i detta avseende i nationell rätt.

Socialstyrelsen vidhåller således att myndigheter enligt gällande svensk rätt inte har talerätt mot varandras beslut, då de är organ för ett och samma rättssubjekt, d.v.s. staten. Detta är en vedertagen princip som dessutom följer av såväl förarbeten och gällande lagstiftning som av praxis. Att, såsom Umeå universitet förespråkar i målet, utvidga myndigheters talerätt mot varandras beslut i andra fall än där deras talerätt regleras i lag, är inte förenligt med vad som råder enligt gällande svensk rätt.

2.1 Prop. 2015/16:195 s. 318 ska inte tolkas som att lagstiftaren utvidgat talerätten

Umeå universitet anför att uttalandena i prop. 2015/16:195 s. 318 ger vid handen att lagstiftaren inte avsett begränsa myndigheters talerätt mot varandras beslut i upphandlingar. Kammarrätten motiverar också till viss del sitt domslut med detta förarbetsuttalande.

I det aktuella förarbetsuttalandet anges att möjligheten till rättslig kontroll av en upphandling ska finnas om den tjänst som upphandlas omfattas av upphandlingsdirektivens tillämpningsområden. Socialstyrelsens upphandling ska således kunna prövas rättsligt, då de tjänster som Socialstyrelsen upphandlat omfattas av upphandlingsdirektivens tillämpningsområde. Detta är ostridigt mellan parterna.

Av förarbetsuttalandet följer vidare att det, för möjligheten till rättslig kontroll av upphandlingen, saknar betydelse om den aktuella upphandlingen ska eller har avslutats genom ett dokument som uppfyller kriterierna för att betraktas som ett kontrakt enligt direktivens definition av kontrakt.

Umeå universitet menar att lagstiftaren entydigt med nu aktuellt förarbetsuttalande tar ställning för att myndigheter ska få överpröva varandras beslut i upphandlingar. Detta då lagstiftaren, enligt Umeå universitet, med förarbetsuttalandet har tagit ställning i den pågående diskussionen om huruvida statliga myndigheter kan ingå upphandlingsrättsliga kontrakt med varandra. Detta är en alldeles för långtgående tolkning av lagstiftarens intentioner med nu aktuellt förarbetsuttalande, som dessutom är taget ur sitt sammanhang.

Frågan för diskussion i förarbetsuttalandet är vilka typer av beslut fattade av upphandlande myndighet eller enhet, som kan bli föremål för överprövning. Bl.a. anges att det "genom EU-domstolens praxis är klarlagt att varje åtgärd som vidtas av en upphandlande myndighet eller enhet, i samband med en upphandling av något som faller inom det materiella

tillämpningsområdet för upphandlingsdirektiven, och som kan ha rättslig verkan, är ett beslut som kan bli föremål för ansökan om överprövning.” Lagstiftaren har alltså genom aktuellt förarbetsuttalande förtydligat att även andra beslut med rättslig verkan fattade av upphandlande myndighet eller enhet under upphandlingens gång, såsom ex. beslut att avbryta en upphandling, kan överprövas. Beslutet behöver inte ha utmynnat i ett regelrätt kontrakt för att det ska kunna utstå rättslig prövning.

Det som varit föremål för diskussion i samband med nu aktuellt förarbetsuttalande är vilka typer av beslut som kan överprövas och således inte, såsom Umeå universitet anför, vilka typer av aktörer som ska få överpröva besluten. Det går därför inte att, såsom Umeå universitet förespråkar, applicera lagstiftarens uttalanden på omständigheterna i detta mål. Lagstiftaren har därför inte, såsom universitetet påstår, genom nu aktuellt förarbetsuttalande utökat myndigheters talerätt mot andra myndigheters beslut i upphandlingar.

2.2 *Talerätten har inte utvidgats i praxis*

2.2.1 Depona-domen

Socialstyrelsen vidhåller vad som tidigare sagts i målet rörande Depona-domens prejudicerande betydelse för nu aktuell fråga.

Därtill vidhåller Socialstyrelsen att Umeå universitet i nu aktuellt mål givit Depona-domen större rättslig betydelse för myndigheters talerätt än vad som går att tolka ur domen. Även om vad kammarrätten anför i målet om LOU:s tillämplighet skulle vara prejudicerande på det sätt som Umeå universitet anför, går det inte att applicera domstolens argument på den situation som nu är för handen.

I Depona-domen behövde domstolen inledningsvis ta ställning till om LOU var tillämpligt på den överenskommelse om samarbete som slutits mellan Riksarkivet och Kungliga biblioteket, d.v.s. om det aktuella samarbetet rätteligen skulle ha upphandlats. Kammarrättens domskäl kan således bli aktuella att applicera på situationer som rör vilka samarbeten myndigheter emellan som rätteligen ska utbjudas även till den fria marknaden. Att, såsom Umeå universitet gör, applicera domstolens argumentation för att få till stånd ett utvidgande av myndigheters talerätt är att göra en alltför extensiv tolkning av domstolens domskäl.

2.2.2 Övrig praxis

Inte heller i annan praxis har myndigheter tillkännagivits talerätt mot varandras beslut i upphandlingar på det sätt som Umeå universitet anför. Socialstyrelsen vidhåller således att det i gällande praxis entydigt framgår att statliga myndigheter företräder en och samma huvudman, d.v.s. staten (jfr. HFD 2017 ref. 66).

3. Ett utvidgande av talerätten är inte i linje med det konkurrensfrämjande syftet

Till skillnad från vad Umeå universitet anför innebär inte ett utvidgande av myndigheters talerätt på det sätt som förespråkas ett nödvändigt upprätthållande av upphandlingsregelverkets grundläggande konkurrensfrämjande syfte.

Upphandlingsregelverkets konkurrensfrämjande syfte saknar betydelse för myndigheters talerätt mot varandras beslut i upphandlingar. Detta då statliga myndigheter idag är tillförsäkrade rätt att delta i upphandlingar och därmed konkurrera med enskilda aktörer på marknaden på samma villkor. Upphandlingsregelverkets konkurrensfrämjande syfte uppnås således även utan talerätt för myndigheter och saknar därför betydelse för den fråga som nu är aktuell.

4. Sammanfattning

Sammanfattningsvis vidhåller Socialstyrelsen att unionsrätten inte tillkännager Umeå universitet talerätt mot nu aktuellt tilldelningsbeslut. Därtill vill Socialstyrelsen betona att lagstiftaren inte utvidgat myndigheters talerätt mot andra myndigheters beslut i den nationella rätten. Tvärtom råder ett rättsligt underbyggt betraktelsesätt att myndigheter inte kan överpröva varandras beslut. Slutligen är ett utvidgande av talerätten inte i linje med upphandlingsregelverkets konkurrensfrämjande syfte såsom Umeå universitet anför.

Mot ovan bakgrund vidhåller Socialstyrelsen också sin inställning att statliga myndigheter som ingår i rättssubjektet staten och företräder staten inom sina respektive verksamhetsområden saknar möjlighet att uppträda som motparter i en rättslig process. Såväl Socialstyrelsen som Umeå universitet är statliga myndigheter och en del av samma juridiska person. Uppfattningen delas av Högsta förvaltningsdomstolen i avgörandet HFD 2017 ref. 66, som redovisats tidigare, där domstolen har konstaterat att staten är ett rättssubjekt. En rättslig process mellan

myndigheter på så sätt som universitet gör gällande innebär därmed att staten för talan mot sig själv, vilket inte är möjligt, se också Konkurrensverkets ställningstagande, **Bilaga 1**.

I övrigt hänvisar Socialstyrelsen till vad som har anförts i skrivelser i såväl förvaltningsrätten som i kammarrätten och myndigheten är härmed beredd att överlämna målet till domstolens prövning.

Stockholm som ovan

Anette Hansson Ahl
Advokat
anette@holmgrenhansson.se
070 932 40 63

Linnea Borggård
Biträdande jurist
linnea@holmgrenhansson.se
070 861 22 37