

---

# STATEN SOM ENSKILD – EN KOMMENTAR KRING FRÅGAN OM STATEN SOM ANBUDSGIVARE I UPPHANDLINGAR

Erik Olsson & Olle Lindberg\*

---

## 1. BAKGRUND – 2017 TILL 2021

Genom ett nyligen meddelat prövningstillstånd i Högsta förvaltningsdomstolen har frågan om statliga myndigheters deltagande i offentliga upphandlingar åter blivit aktuell.<sup>1</sup> Denna gång är frågan om upphandlande myndigheters talerätt som leverantör i en upphandling, men för att förstå frågeställningen kan det vara klokt att dra sig till minnes den rättsutveckling som skett vad avser köp inom staten.

För snart fyra år sedan meddelade Kammarrätten i Stockholm sin dom i det som kom att kallas Depona-målet.<sup>2</sup> I målet ansökte en leverantör (Depona AB) om ogiltigförklaring av ett avtal, med motiveringen att avtalet (som ingåtts utan föregående upphandling mellan Kungliga Biblioteket och Riksarkivet) rätteligen skulle ha annonserats i enlighet med då gällande upphandlingslagstiftning, ÄLOU.<sup>3</sup> Kungliga Biblioteket invände att det och Riksarkivet var del av en och samma juridiska person och att upphandlingsregelverket därför inte överhuvudtaget blev tillämpligt. Kammarrätten behövde således ta ställning till om det kunde vara fråga om ett kontrakt i upphandlingsrättslig mening när ett avtal slutits mellan två statliga myndigheter.

Kammarrätten konstaterade att de två statliga myndigheterna tillhörde olika departement, hade olika budget, olika regleringsbrev och olika myndighets-

---

\* Erik Olsson, advokat och delägare, Olle Lindberg, advokat, båda vid Advokatfirman Kahn Pedersen KB.

<sup>1</sup> Högsta förvaltningsdomstolens beslut den 3 december 2020 om att meddela prövningstillstånd i mål nr 4998-20.

<sup>2</sup> Kammarrätten i Stockholms dom den 21 juni 2017, mål nr 7355-16. Domen överklagades till Högsta förvaltningsdomstolen, men prövningstillstånd meddelades inte.

<sup>3</sup> Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.

instruktioner, och att detta innebar att myndigheterna var ”formellt fristående” från varandra – trots att de i ”formellt” hänseende alltså är del av samma juridiska person, staten. Kammarrättens resonemang förefaller snarare vara en bedömning av ifall myndigheterna var ”praktiskt” fristående från varandra än ”formellt” fristående, men det är en diskussion för en annan tid och plats.

Utifrån dessa bedömningspunkter landade kammarrätten i slutsatsen att Kungliga Biblioteket var att anse som en upphandlande myndighet och Riksarkivet var en leverantör, och att det var fråga om ett kontrakt i ÄLOU:s mening.

Målet aktualiserade ett mängd intressanta frågor, vilka tidigare inte har sett dagens ljus i upphandlingssverige. Kan staten – ur ett svenskt förvaltningsrättsligt perspektiv – ingå ”avtal” med sig själv? Kan den ingå ”kontrakt”, i upphandlingsrättslig mening, med sig själv? Är det någon skillnad mellan dessa begrepp? Hur ska man förstå det svenska förvaltningsrättsliga synsättet på den juridiska personen staten i ljuset av det faktum att det EU-rättsliga begreppet ”leverantör” även inbegriper statliga myndigheter,<sup>4</sup> vilka följaktligen tillerkänns rättsmedel enligt rättsmedelsdirektivet<sup>5</sup>?

Frågeställningarna kom att utmytna i relativt omfattande skrivelser, och gav upphov till debattartiklar i riksmidia,<sup>6</sup> diskussion i Europarättslig tidskrift<sup>7</sup> och inte minst ett rättsligt ställningstagande från Konkurrensverket.<sup>8</sup>

I sitt ställningstagande kom Konkurrensverket fram till följande slutsats. Anskaffningar mellan statliga myndigheter omfattas inte av upphandlingslagstiftningen om de båda myndigheterna ingår i samma juridiska person. Den upphandlingsrättsliga definitionen av ”offentligt kontrakt” förutsätter förpliktelser som parterna kan åberopa mot varandra i domstol, och staten kan inte ansöka om stämning mot sig självt.<sup>9</sup>

Efter att Konkurrensverket publicerade sitt ställningstagande verkade debatten avta och frågan återkom inte till överinstanserna förrän nu precis, i det ovan nämnda prövningstillståndet.

<sup>4</sup> Se exempelvis EU-domstolens dom i mål C-305/08, *CoNISMa*, där EU-domstolen bl.a. konstaterar att såväl universitet som andra statliga myndigheter kan vara leverantörer i upphandlingsrättslig mening.

<sup>5</sup> 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) (konsoliderad version).

<sup>6</sup> Se exempelvis <https://www.svd.se/foretag-stangs-ute-fran-uppdrag-varda-miljoner> och <https://computersweden.idg.se/2.2683/1.694076/f-kassan-it-drift>.

<sup>7</sup> Wallén, *Konkurrens ur spel? En analys av Konkurrensverkets ställningstagande avseende anskaffningar mellan statliga myndigheter*, ERT 2020, häfte nr 2.

<sup>8</sup> Konkurrensverkets ställningstagande 2018:1.

<sup>9</sup> Den som vill läsa mer om definitionen av ”kontrakt” i upphandlingsrättslig mening hänvisas till Falk & Olsson, *Allt är inte upphandling som glimmar*, ERT 2017 nr 3 samt Merseburg & Olsson, *Mervärdesskatt och upphandling – hur man lägger mycket tid på att slå in en öppen dörr*, ERT 2020 nr 4.

## 2. KORT OM HÖGSTA FÖRVALTNINGS- DOMSTOLENS PÅGÅENDE MÅL MELLAN UMEÅ UNIVERSITET OCH SOCIALSTYRELSEN

Den 3 december 2020 meddelade Högsta förvaltningsdomstolen prövningstillstånd i mål nr 4998-20. I skrivande stund är målet alltjämt pågående. Parterna i målet är Socialstyrelsen och Umeå universitet, dvs. två delar av rättssubjektet staten. Den fråga som föranledde beslutet om att meddela prövningstillståndet är ”*om en statlig myndighet har rätt att ansöka om överprövning av en annan statlig myndighets upphandling*”.

Målet rör en upphandling genomförd av Socialstyrelsen. Umeå universitet lämnade anbud i upphandlingen, men kontrakt tilldelades till andra (offentliga) leverantörer. Umeå universitet ansökte om överprövning och ville ha Förvaltningsrätten i Stockholms ingripande i upphandlingen. I förvaltningsrätten ansågs universitetet sakna talerätt, med motiveringen att universitet inte hade ett intresse av ett ”kontrakt” i upphandlingsrättslig mening. Förvaltningsrätten avvisade talan.

Universitet överklagade till Kammarrätten i Stockholm.<sup>10</sup> Kammarrätten avgjorde istället målet med utgångspunkt i det EU-rättsliga leverantörsbegreppet, och konstaterade att begreppet ska ges en vid tolkning. Därutöver fäste kammarrätten vikt vid att det framgår av förarbetena till lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, att upphandlingsreglernas tillämplighet inte är beroende av att upphandlingen avslutas genom tecknandet av ett dokument som uppfyller kraven på ett kontrakt i upphandlingsrättslig mening.<sup>11</sup> Kammarrätten undanröjde förvaltningsrättens dom och återförvisade målet för prövning av universitetets talan, varpå Socialstyrelsen överklagade kammarrättens dom till Högsta förvaltningsdomstolen.

Parternas inställning kan sammanfattas på följande vis. Umeå universitet hänvisar till Depona-målet, och gör gällande att det visst kan vara fråga om ett ”kontrakt” som ska ingås mellan universitet och Socialstyrelsen. Socialstyrelsen hänvisar till att ett ”kontrakt” i upphandlingsrättslig mening inte kan uppkomma mellan myndigheterna, och att någon talerätt för universitet därför inte föreligger.

Frågan blir då: hur välanpassade är rättsmedelsbestämmelserna i upphandlingsrätten i förhållande till svenska statliga myndigheter, när dessa deltar i upphandlingar som genomförs av andra statliga myndigheter?

<sup>10</sup> Kammarrätten i Stockholm, mål nr 8119-19.

<sup>11</sup> Prop. 2015/16:195 s. 318.

### 3. PROCESSUELLA FRÅGOR I EU-RÄTTEN OCH DEN SVENSKA UPPHANDLINGSRÄTTEN

Varför är då kontraktsdefinitionen av intresse för en potentiell leverantörs talerätt i upphandlingsmål? Artikel 1.3 i rättsmedelsdirektivet har följande lydelse:

”Medlemsstaterna ska se till att prövningsförfarandena ska vara tillgängliga på de villkor som medlemsstaterna själva anger, åtminstone för var och en som har eller har haft intresse av att få ingå ett visst avtal och som har lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av en påstådd överträdelse.”

Enligt 20 kap. 4 § LOU erkänns talerätt till den leverantör som *anser sig* ha lidit eller kunna komma att lida (upphandlingsrättslig) skada. För att en förvaltningsdomstol ska ingripa i en upphandling krävs dock konkretiserad skada, enligt 20 kap. 6 § LOU. Systematiken i LOU skiljer sig åt från rättsmedelsdirektivet, genom uppdelningen i olika skaderekvisit för talerätt respektive domstolens ingripande. Annorlunda uttryckt är tröskeln lägre för talerätt än för att ha chans till bifall med en ansökan.

I HFD 2017 ref. 62 prövade Högsta förvaltningsdomstolen om en leverantör kunde anses ha talerätt i en upphandling. Leverantören hade inte lämnat anbud i upphandlingen. Leverantören gjorde gällande att ramavtalstiden översteg de fyra år som utgör huvudregeln enligt LOU, och att leverantören hade ett intresse av att få tävla om ramavtalet som behövde annonseras på nytt efter att fyra år hade gått. Leverantören hade således inte ett intresse av att ingå det avtal som omfattades av upphandlingen, utan det avtal som skulle komma därefter.

Enligt Högsta förvaltningsdomstolen kunde talerätten inte tolkas så extensivt att leverantörer som inte önskar eller önskat delta i en viss upphandling ska kunna få den överprövad, eftersom leverantören inte kan sägas haft intresse av att ingå avtal i den mening som avses i artikel 1.3 i rättsmedelsdirektivet.

Det är i detta sammanhang som målet mellan Umeå Universitet och Socialstyrelsen kommer in i bilden. I HFD 2017 ref. 62 hängde talerätten på en prövning av om leverantören hade intresse av ”rätt” avtal. I målet med Umeå universitet blir prövningen istället om det är avgörande att det som den klagande har intresse av uppfyller definitionen av ett upphandlingskontrakt.

Vilken måttstock ska användas för att avgöra talerätten? Ska universitetets talerätt prövas mot den upphandlingsrättsliga klassificeringen det dokument som parterna kan komma att underteckna? Eller ska talerätten – på det sätt som Kammarrätten i Stockholm fann i målet – istället avgöras med en mer avgränsad prövningsram? Båda metoderna har sina fördelar och nackdelar.

Som nämndes ovan fann Kammarrätten i Stockholm i målet med Umeå universitet, med hänvisning till beaktandesats 14 till LOU-direktivet,<sup>12</sup> att

<sup>12</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

leverantörsbegreppet ska ges en så vid tolkning att det omfattar alla personer och/eller enheter som erbjuder sig att utföra byggentreprenader, leverera varor eller tillhandahålla tjänster på marknaden. Den tolkningen har visst stöd i den svenska lagstiftarens uppfattning om betydelsen av kontraktsdefinitionen, då det anges i förarbetena till LOU det avgörande är att det som anskaffas materiellt faller in under upphandlingsdirektivets tillämpningsområde, och att det saknar betydelse om upphandlingen avslutas genom ett dokument som uppfyller kriterierna för att betraktas som ett kontrakt.<sup>13</sup> Uttalandet i förarbetena avser dock inte specifikt frågan om talerätt för statliga myndigheter i processer mot andra statliga myndigheter, och det bör därför läsas med viss försiktighet.

Det EU-rättsliga lapptäcket av materiella och processuella bestämmelser har naturligtvis inte utformats utifrån från hur svensk förvaltningsstruktur ser ut. Samtidigt förutsätts samtliga medlemsstater ha en betydande frihet att organisera sin förvaltning, och att direktiven inte ska inkräkta på den självbestämmanderätten.

Den upphandlingsrättsliga situation vi har i Sverige kompliceras dock av olika omständigheter. Vi uppfattar staten, inbegripet de statliga myndigheterna, såsom ett enda rättssubjekt, dvs. en (1) juridisk person.<sup>14</sup> Vissa statliga myndigheter tillhandahåller nyttigheter på en marknad i begränsad utsträckning medan andra statliga myndigheter har ett uttalat syfte att bistå övriga statliga myndigheter med vissa varor, tjänster eller byggentreprenader.

Om Högsta förvaltningsdomstolen delar Kammarrätten i Stockholms bedömning, dvs. att statliga myndigheter har talerätt såsom leverantörer i upphandlingar som genomförs av andra statliga myndigheter uppstår frågan om detta även förutsätter en revidering av synsättet på staten som en enda juridisk person, eftersom talerätten förefaller knuten till att det ska vara fråga om ett ”kontrakt” i upphandlingsrättslig mening.

Ett alternativt sätt att tolka situationen är istället att anse att talerätten är vid nog för att omfatta statliga myndigheter i överprövningsmål mot andra statliga myndigheter, trots att kontraktsbegreppet inte omfattar den rättsfigur som uppstår när två statliga myndigheter kommer överens om att den ena ska betala för att den andra ska tillhandahålla en viss nytta.

<sup>13</sup> Prop. 2015/16:195 s. 318.

<sup>14</sup> Det bör dock noteras att just universitet och högskolor möjligen har något av en särställning i detta sammanhang. *Utredningen om statliga myndigheters avtal* anförde att universiteten i Uppsala och Lund torde betraktas som självständiga rättssubjekt när det gäller visst fastighetsinnehav, med hänvisning till bl.a. NJA II 1943 s. 98 och NJA 1935 s. 515), se SOU 1994:136 s. 150. Därutöver kan konstateras att universitet och högskolor intar en något friare ekonomisk ställning i förhållande till staten jämfört med andra statliga myndigheter. I regleringsbrevet avseende universiteten och högskolorna, samt bilaga 1 till regleringsbrevet, framgår att universiteten medges undantag från vissa bestämmelser i anslagsförordningen 2011:223, och därigenom ges ökat utrymme för anslagssparande med mera. Frågan förefaller därför vara särskilt invecklad gällande just universitet och högskolor.

Det finns redan idag en sorts upphandlingsmål där talerätten får förmodas vara frikopplad från kontraktsdefinitionen. Vid överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling finns det inte några materiella bestämmelser överhuvudtaget i LOU. Det finns ingen bestämmelse om vem som har talerätt och det finns inga rekvisit gällande exempelvis relevant skada för att domstolen ska ingripa. Istället finns endast en bestämmelse om vilken tidsfrist som gäller för att ansöka om överprövning av ett avbrytandebeslut,<sup>15</sup> samt en utveckling i rättspraxis som innebär att en upphandlande myndighet måste ha ”sakliga skäl” för att få avbryta.<sup>16</sup>

I sådana mål har definitionen av kontrakt i princip ingen betydelse (eftersom prövningen endast görs i förhållande till om avbrytandebeslutet vilar på ”*sakligt godtagbara skäl*”), och det kan nog anses som långsökt att en sådan talan, väckt av en statlig myndighet, skulle avvisas med hänvisning till avsaknaden av sådana detaljerade processuella bestämmelser som finns i mål om överprövning av upphandling.

Ytterligare en aspekt av intresse är EU-domstolens uttalanden i *HI*, där domstolen resonerade kring under vilka förutsättningar ett beslut (att avbryta en upphandling) rätteligen skulle kunna bli föremål för ett prövningsförfarande.<sup>17</sup> EU-domstolen uttalade att medlemsstaterna har en ”*skyldighet att föreskriva förfaranden för prövning av en upphandlande myndighets beslut vid upphandlingsförfaranden, om det hävdas att sådana beslut har inneburit åsidosättande av gemenskapsrätten för offentlig upphandling eller av nationella regler om införlivande av denna rätt*”.<sup>18</sup>

Det finns alltså visst stöd i upphandlingsrätten för en ordning där statliga myndigheter kan få ansöka om överprövning – såsom leverantörer – av en annan statlig myndighets upphandling, utan att det för den sakens skull har betydelse om myndigheterna kan teckna ett ”kontrakt” i upphandlingsrättslig mening. En sådan ordning skulle även syfta till att säkerställa möjligheten till ett prövningsförfarande av beslut som omfattas av upphandlingslagstiftningen (som ett tilldelningsbeslut) på det sätt som EU-domstolen beskriver i målet *HI*.

Upphandlingsdirektiven syftar, bland annat, till att skydda leverantörers rätt att delta i ett transparent förfarande.<sup>19</sup> Det centrala i de många olika skyddsmechanismer som återfinns i upphandlingsdirektiven – och den svenska lagtexten – är att säkerställa öppenhet och likabehandling, och det är detta som leverantörer har rätt till. Någon direkt och ovillkorlig rätt att få faktiskt erhålla ett visst kontrakt kan inte utläsas ur detaljbestämmelserna, utan vad direktiven förmedlar är

<sup>15</sup> 20 kap. 13 § LOU.

<sup>16</sup> Se exempelvis Morawetz, *Avbrutna upphandlingar – ansvar i gränslandet mellan privat och offentlig rätt*, (ak.avh), 2019, s. 234.

<sup>17</sup> EU-domstolens dom i mål C-92/00, *HI*.

<sup>18</sup> Mål C-92/20, *HI*, punkt 36.

<sup>19</sup> Jfr mål C-380/98, *University of Cambridge*, punkt 16.

istället en rätt att få tävla om ett kontrakt i ett konkurrensutsatt förfarande. På samma sätt förhåller det sig med ansökan om överprövning av avtals giltighet, där en sökande gör gällande att ett avtal tecknats efter en otillåten direktupphandling. I den prövningen är det endast relevant att konstatera om annonseringsplikt förelegat, och om den plikten försumrats. Den processen skyddar endast leverantörens rätt att få delta i det konkurrensutsatta förfarande som (förhoppningsvis) blir effekten av bifall till talan. Däremot har den klagande leverantören naturligtvis ingen rätt att få det direktupphandlade kontraktet.

Möjligtvis ska talerätten förstås mot den bakgrunden, och att det är mindre betydelsefullt om kontraktsdefinitionen i ett senare skede ens teoretiskt kan uppfyllas. Någon som uppfyller definitionen av att vara leverantör ska ges tillgång till ett prövningsförfarande där beslut som faller in under upphandlingsdirektivens materiella tillämpningsområde kan prövas. Om detta är de relevanta utgångspunkterna förefaller det rimligt att ge statliga myndigheter talerätt i sådana mål.

Om Högsta förvaltningsdomstolen istället finner att statliga myndigheter inte kan anses ha talerätt i en situation som den i det pågående målet, uppstår den något besvärliga situationen att en enhet som i och för sig uppfyller definitionen av att vara en leverantör inte tillerkänns ett rättsmedel som garanteras av EU-rätten. Samtidigt skulle en sådan bedömning kunna anses vara mer i linje med Högsta förvaltningsdomstolens tidigare synsätt på talerätten, dvs. att den är starkt knuten till om den sökande leverantören har ett legitimt intresse.<sup>20</sup> Intresset skulle då vara legitimt om leverantören vill kunna teckna ett ”kontrakt”, vilket en statlig myndighet – i upphandlingsrättslig mening – sannolikt inte kan göra med en annan statlig myndighet som motpart. En sådan hållning skulle möjligen ge ett mer konsekvent förhållningssätt i fråga om kontraktsdefinitionen och dessutom ligga i linje med den lite strängare syn på talerätt som Högsta förvaltningsdomstolen intagit vad gäller just myndigheters rätt till prövning på upphandlingsrättens område.<sup>21</sup>

Även med beaktande av att talerätten är en processuell fråga, vilken huvudsakligen regleras av nationell rätt, är förutsättningarna för talerätt beroende av en tolkning av det upphandlingsrättsliga kontraktsbegreppet, vilket utan tvekan är en unionsrättslig fråga.

Det verkar onekligen finnas en del EU-rättsliga fallgropar på endera sidan av de två parternas argumentationslinjer kring i målet. Utan att påstå att det är absolut nödvändigt med vägledning från EU-domstolen i de här frågorna tror vi dock att en hel del frågor kring såväl rättsmedelsdirektivets tillämpningsområde

<sup>20</sup> Se HFD 2017 ref. 62.

<sup>21</sup> Se HFD 2017 ref. 45 samt HFD 2014 ref. 49. Särskilt HFD 2017 ref. 45 innehåller formuleringar som tyder på att en myndighets rätt till rättsskydd inte anses lika tungt vägande som om fråga var om en enskild.

*Erik Olsson & Olle Lindberg*

som det upphandlingsrättsliga kontraktsbegreppet hade kunnat besvaras om målet hänskjuts till EU-domstolen för förhandsavgörande.

Huruvida målet stannar hos Högsta förvaltningsdomstolen, utan att passera Luxemburg, återstår att se, men klart är i vart fall att domen kommer att orsaka uppmärksamhet oavsett vilken riktning domstolen går mot.