

Ref 35

En statlig myndighet har inte haft rätt att ansöka om överprövning av en annan statlig myndighets upphandling.

1 kap. 2, 16 och 22 §§ samt 20 kap. 4 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, artiklarna 1.1, 1.2, 2.1.1 och 2.1.10 i direktiv 2014/24/EU, artikel 1.3 i direktiv 89/665/EG

Högsta förvaltningsdomstolen meddelade den 10 juni 2021 följande dom (mål nr 4998-20).

Bakgrund

1. En statlig myndighet ska som utgångspunkt tillämpa det upphandlingsrättsliga regelverket vid anskaffningar av bl.a. tjänster. Vid en offentlig upphandling lämnar de leverantörer som så önskar anbud till den upphandlande myndigheten. En statlig myndighet kan också vara en leverantör på en viss marknad.

2. En leverantör som anser sig ha lidit skada eller kunna komma att lida skada vid en offentlig upphandling har rätt att ansöka hos förvaltningsdomstol om överprövning av upphandlingen, under förutsättning att leverantören har eller har haft ett intresse av att ingå avtal i upphandlingen.

3. Socialstyrelsen genomför en offentlig upphandling av ramavtal för bl.a. forskningsrelaterade tjänster inom katastrofmedicin. Umeå universitet lämnade anbud beträffande två avtalsområden. Socialstyrelsen beslutade dock att uppdragen skulle tilldelas andra anbudsgivare.

4. Umeå universitet ansökte om överprövning hos Förvaltningsrätten i Stockholm beträffande de två ramavtalsområden som universitetet hade lämnat anbud i. Förvaltningsrätten avvisade universitetets ansökan med hänvisning till att universitetet saknade talerätt. Förvaltningsrätten konstaterade att Socialstyrelsen och Umeå universitet båda är statliga myndigheter som utgör delar av en och samma juridiska person, staten. Enligt förvaltningsrätten omfattas därmed inte anskaffningar mellan dem av upphandlingsregelverket.

5. Universitetet överklagade till Kammarrätten i Stockholm som upphävde förvaltningsrättens beslut och visade målet åter till förvaltningsrätten för prövning i sak. Kammarrätten ansåg att universitetet hade talerätt eftersom det avgörande för möjligheten till rättslig kontroll av en upphandling är att det som anskaffas omfattas av upphandlingsregelverket. Enligt kammarrätten var universitetet

att betrakta som leverantör och hade därför rätt att få upphandlingen överprövad.

Yrkanden m.m.

6. *Socialstyrelsen* yrkar att Högsta förvaltningsdomstolen med ändring av kammarrättens dom ska fastställa förvaltningsrättens avvisningsbeslut.

7. *Umeå universitet* anser att överklagandet ska avslås.

Skälen för avgörandet

Frågan i målet

8. Frågan i målet är om en statlig myndighet har rätt att ansöka om överprövning av en annan statlig myndighets upphandling.

Rättslig reglering m.m.

9. Enligt 1 kap. 2 § första stycket lagen (2016:1145) om offentlig upphandling gäller lagen för upphandling som genomförs av en upphandlande myndighet. Med upphandling avses de åtgärder som vidtas i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggentreprenader genom tilldelning av kontrakt.

10. Av 1 kap. 22 § första stycket framgår att med upphandlande myndighet avses bl.a. en statlig myndighet. Med leverantör avses enligt 16 § första stycket den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggentreprenader.

11. Enligt 20 kap. 4 § får allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada överpröva en upphandling liksom giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör.

12. Bestämmelserna i 1 kap. 2, 16 och 22 §§ lagen om offentlig upphandling genomför artiklarna 1.1, 1.2, 2.1.1 och 2.1.10 i direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling (2014 års direktiv).

13. Bestämmelsen om talerätt i 20 kap. 4 § lagen om offentlig upphandling har sin bakgrund i artikel 1.3 i direktiv 89/665/EG om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (rättsmedelsdirektivet). I den artikeln anges 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.

Högsta förvaltningsdomstolens bedömning

14. Inledningsvis kan konstateras att Socialstyrelsen är en upphandlande myndighet. Socialstyrelsen genomför en offentlig upphandling av ett ramavtal och det upphandlingsrättsliga regelverket är tillämpligt på förfarandet. Socialstyrelsen är alltså skyldig att genomföra upphandlingen i enlighet med detta regelverk och leverantörer som anser sig ha lidit skada eller kunna komma att lida skada har möjlighet att ansöka om överprövning av den.

15. Vidare kan konstateras att Umeå universitet är en leverantör på den aktuella marknaden. Universitetet har därmed som utgångspunkt samma rätt som andra leverantörer att ansöka om överprövning av upphandlingar som genomförs på denna marknad.

16. Socialstyrelsen och Umeå universitet är emellertid båda statliga förvaltningsmyndigheter under regeringen. De ingår alltså i en och samma juridiska person, staten, och kan inte ingå civilrättsligt bindande avtal med varandra. Inför domstol företräder de inte sig själva utan staten, inom sina respektive verksamhetsområden (se t.ex. HFD 2017 ref. 66). Frågan är vad detta förhållande innebär när det gäller tillämpligheten av det upphandlingsrättsliga regelverket på relationen dem emellan.

17. I tidigare svensk rättspraxis har det inte uteslutits att anskaffningar mellan fristående enheter inom en och samma juridiska person åtminstone i vissa fall kan omfattas av det upphandlingsrättsliga regelverket (se NJA 2001 s. 3). Eftersom upphandlingsförfarandena styrs av EU:s direktiv på området är det dock unionsrätten som ytterst sätter gränserna för vilka anskaffningar som omfattas av regleringen.

18. Av EU-domstolens praxis framgår att det upphandlingsrättsliga regelverket är tillämpligt endast med avseende på avtal som ingås mellan en upphandlande myndighet och en från den myndigheten fristående fysisk eller juridisk person (se t.ex. Teckal, C-107/98, EU:C:1999:562, punkterna 46 och 49–51, Stadt Halle, C-26/03, EU:C:2005:5, punkterna 47 och 48, Parking Brixen, C-458/03, EU:C:2005:605, punkterna 58–60, Technische universität, C-15/13, EU:C:2014:303, punkt 24 samt Undis Servizi, C-553/15, EU:C:2016:935, punkt 28; jfr även prop. 2015/16:195 s. 401 f., prop. 2011/12:106 s. 58 f. samt prop. 2009/10:134 s. 9 ff. och 44 f.). Inom en och samma juridiska person kan det nämligen inte, på det sätt som krävs, uppkomma rättsligt bindande skyldigheter vars fullgörande går att uppnå genom rättsliga åtgärder (jfr Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, punkt 62 och Remondis, C-51/15, EU:C:2016:985, punkt 43).

19. Det upphandlingsrättsliga regelverket är således inte tillämpligt på en anskaffning mellan Socialstyrelsen och Umeå universitet. En helt annan sak är att det regelverket är tillämpligt på

förhållandet mellan Socialstyrelsen och andra leverantörer i den aktuella upphandlingen.

20. Universitetet gör emellertid gällande att det förhållandet att det är fråga om en upphandlingspliktig anskaffning och att universitetet är en leverantör på den aktuella marknaden innebär att universitetet ändå har talerätt.

21. Av rättsfallet HFD 2017 ref. 62 framgår att en förutsättning även för talerätten är att en leverantör har eller har haft ett intresse av att ingå avtal i den aktuella upphandlingen (jfr artikel 1.3 i rättsmedelsdirektivet). I detta ligger att upphandlingsförfarandet ska kunna resultera i ett avtal som är rättsligt bindande mellan den upphandlande myndigheten och leverantören. Som har framgått är detta inte möjligt när den upphandlande myndigheten och leverantören ingår i samma juridiska person. Universitetet saknar därmed talerätt.

22. Överklagandet ska därför bifallas och förvaltningsrättens avvisningsbeslut fastställas.

Högsta förvaltningsdomstolens avgörande

Högsta förvaltningsdomstolen bifaller överklagandet, upphäver kammarrättens dom och fastställer förvaltningsrättens avvisningsbeslut.

I avgörandet deltog justitieråden *Jermsten, Ståhl, von Essen* och *Rosén Andersson*. Föredragande var justitiesekreteraren Lina Hjorth.

Förvaltningsrätten i Stockholm (2019-11-04, Lif):

Statliga myndigheters rättssubjektivitet
[text här utelämnad]

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 utvecklingsarbete i motsatt partsställning. Domstolen anförde avseende talerätten, med hänvisning till rättsfallet RRK R75 2:5, att myndigheter bör kunna tillerkännas talerätt mot varandra i offentlig-rättsliga sammanhang så länge de inte har att tillvarata samma allmänna intresse. Det ansågs falla inom universitetets 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 frånta 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).¹

Länsrättens resonemang vilar huvudsakligen på ett doktrinuttalande,² med innebörden att föreställningen om staten som juridisk person huvudsakligen framträder inom privaträtten och att myndigheterna i offentlig-rättsliga 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.³

Förvaltningsrätten konstaterar emellertid att tvåpartsprocesser involverande myndigheter i motsatt partsställning av naturliga skäl är ytterst sällsynta inom det offentlig-rättsliga 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 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 RKR R75 2:5, som avsåg myndigheters offentlig-rättsliga besvärsmålen 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 offentlig-rättsliga 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.

¹ 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.

² Strömberg, "Allmän förvaltningsrätt", 19:e uppl. s. 24 ff.

³ 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

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, i vilket stadgas under vilka omständigheter 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 direktivet⁴ (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 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”⁵. I de svenska versionerna används begreppet fristående juridisk person dock genomgående i sammanhanget,⁶ 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).

⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG

⁵ T.ex. i Stadt Halle – engelska: ”entity”, franska: ”entité”, tyska: ”Einrichtung” och Undis Servizi – engelska: ”body”, franska: ”entité”, tyska: ”Einrichtung”.

⁶ 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”.

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 domstol⁷ 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 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 ingånget 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 anför 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

⁷ Engelska: "execution must be legally enforceable", franska: "exécution doit pouvoir être réclamée en justice", tyska: "muss ihre Erfüllung einklagbar sein".

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 därför i 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 tolkas 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.

– Förvaltningsrätten avvisar ansökan om överprövning.

Kammarrätten i Stockholm (2020-08-05, *Dyrefors Grufman, Ericson och Willman*):

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 bygg-entreprenader. Leverantörsbegreppet är avsett att ha samma innebörd som begreppet ekonomisk aktör i det klassiska direktivet. 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, 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 byggtreprenad som anskaffas materiellt faller in under upphandlingsdirektivets tillämpningsområden. Om upphandlingen ska eller har avslutats genom ett dokument som uppfyller kriterierna för att betraktas som ett kontrakt enligt direktivets 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.

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