

Omfattas en statlig myndighets anskaffningar från en annan statlig myndighet av upphandlingskyldighet?

Sammanfattning

Enligt Konkurrensverkets bedömning omfattas anskaffningar mellan statliga myndigheter inte av upphandlingslagstiftningen om de båda myndigheterna ingår i samma juridiska person.

Upphandlingslagstiftningen omfattar upphandlande myndigheters anskaffningar av varor, tjänster och byggtreprenader genom ingående av upphandlingspliktiga kontrakt. För att ett upphandlingspliktigt kontrakt ska föreligga krävs bl.a. att det ingås mellan en upphandlande myndighet och en från myndigheten fristående fysisk eller juridisk person (leverantör). Vidare förutsätter ett sådant kontrakt att det uppstår rättsligt bindande skyldigheter mellan den upphandlande myndigheten och leverantören och att fullgörande av sådana skyldigheter går att uppnå genom rättsliga åtgärder.

I bedömningen av om upphandlingslagstiftningen omfattar anskaffningar mellan statliga myndigheter är det av central betydelse att staten, som utgångspunkt, utgör ett och samma rättssubjekt¹ i vilket de statliga myndigheterna ingår. Om det inte finns någon leverantör som är fristående från myndigheten kan det inte uppstå ett upphandlingspliktigt kontrakt. Att en statlig myndighet nyttjar resurser från en annan statlig myndighet som ingår i samma rättssubjekt, exempelvis genom att ta emot tjänster efter överenskommelse, innebär därmed inte att myndigheterna ingår ett upphandlingspliktigt kontrakt. Under sådana omständigheter föreligger inte någon upphandlingskyldighet.

Det finns enligt Konkurrensverket ytterligare skäl till att upphandlingspliktiga kontrakt inte kan ingås mellan två statliga myndigheter som är del av samma rättssubjekt. En statlig myndighet kan inte utgöra leverantör till en annan

¹ Ett rättssubjekt är en fysisk eller juridisk person (bolag, föreningar, stiftelse m.m.) med rättslig handlingsförmåga, dvs. förmåga att äga egendom och rättigheter samt ha skulder och förpliktelser.

myndighet i samma rättssubjekt i den mening som krävs för att ett offentligt kontrakt ska föreligga.

Det kan inte heller uppstå rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidig karaktär mellan två sådana myndigheter. Detta eftersom att två statliga myndigheter, till följd av utebliven partshabilitet, inte kan ingå avtal för egen räkning. Det är staten som ingår avtalet och staten kan inte binda sig själv. En statlig myndighet kan heller inte förmå en annan myndighet i samma rättssubjekt att fullgöra rättsligt bindande skyldigheter enligt ett kontrakt genom att vidta rättsliga åtgärder.

Slutsatsen är att anskaffning av varor, tjänster eller byggtreprenader mellan två statliga myndigheter inte kan innebära att det uppstår ett offentligt kontrakt. Därmed omfattas sådana anskaffningar inte av upphandlingsregelverket.

Inledning

Bakgrund och problemformulering

Statliga myndigheter vänder sig ibland till andra statliga myndigheter för att, mot ersättning, få hjälp att exempelvis utföra vissa tjänster. Detta är något som sker i varierande omfattning och kan vara av stor betydelse för en myndighets verksamhet. Efter att Kammarrätten i Stockholm² behandlat frågan i en dom om avvisning har Konkurrensverket noterat att många myndigheter upplever det som oklart om upphandlingslagstiftningen omfattar situationer där statliga myndigheter anskaffar varor, tjänster eller byggtreprenader från varandra. Det saknas prejudikat från Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) i frågan.

EU-domstolen har klargjort under vilka omständigheter ett upphandlingspliktigt kontrakt föreligger enligt direktiv 2014/24/EU (det klassiska direktivet). Denna praxis är av avgörande betydelse vid bedömningen om ovan beskrivna situation omfattas av upphandlingslagstiftningen. Konkurrensverket vill därför redogöra för hur verket som tillsynsmyndighet bedömer frågan.

Avgränsningar

Konkurrensverkets redogörelse är avgränsad till frågan om anskaffningar mellan statliga myndigheter omfattas av lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU).³ Frågor rörande det så kallade in-house undantaget (Teckal)⁴ respektive andra former av samarbeten mellan upphandlande myndigheter (så kallat Hamburg-samarbete)⁵ berörs inte. Vidare omfattar redogörelsen inte upphandling av koncessioner enligt lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner eller

² Se Kammarrätten i Stockholms dom den 21 juni 2017 i mål nr 7355-16 (den så kallade "Deponadomen"). Se även Kammarrätten i Stockholms dom den 24 mars 2004 i mål nr 139-04 och NJA 2001 s. 3.

³ Ställningstagandet är även tillämpligt på lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna.

⁴ 3 kap. 11–16 §§ LOU respektive artikel 12.1 och 12.1 i direktiv 2014/24/EU.

⁵ 3 kap. 17–18 §§ LOU respektive artikel 12.4 och 12.5 i direktiv 2014/24/EU.

upphandling enligt lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Begreppet "kontrakt" och LOU:s tillämpningsområde

LOU genomför det s.k. klassiska direktivet⁶ i svensk rätt. Lagen omfattar upphandlingar som genomförs av upphandlande myndigheter.⁷ "Upphandlande myndigheter" utgörs av statliga eller kommunala myndigheter.⁸ Med "upphandling" avses sådana åtgärder som upphandlande myndigheter vidtar i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggentreprenader genom tilldelning av ett kontrakt.⁹ I LOU definieras "kontrakt" som ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer och som avser leverans av varor, tillhandahållande av tjänster eller utförande av byggentreprenader.¹⁰ "Leverantör" är den eller de som tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggentreprenader på marknaden.¹¹ Trots ordalydelsen avser "kontrakt" även bindande avtal uppkomna på andra sätt än skriftligen, till exempel muntliga avtal. I denna text används termen kontrakt.¹²

Vissa begrepp skiljer sig något mellan LOU och direktivet. I direktivet används t.ex. begreppet "offentligt kontrakt" i stället för "kontrakt" respektive "ekonomisk aktör" i stället för "leverantör". Någon skillnad i sak föreligger inte.¹³

Den närmare innebörden av begreppet "att anskaffa"¹⁴ framgår inte av LOU. I skäl 4 i direktivet klargörs att "anskaffning" bör förstås i vid mening och innebär att den upphandlande myndigheten får tillgång till fördelarna med kontraktsföremålet. Det finns inget krav på att äganderätten ska överlåtas till myndigheten.

Direktivet saknar uttrycklig hänvisning till medlemsstaternas rättsordningar för fastställande av den närmare betydelsen och räckvidden av de begrepp som anges

⁶ Direktiv 2014/24/EU.

⁷ 1 kap. 2 § LOU. Bestämmelsen genomför artikel 1.1 i det klassiska direktivet.

⁸ 1 kap. 22 § LOU. Bestämmelsen genomför artikel 2.1.1 i det klassiska direktivet. Med "upphandlande myndighet" jämföras beslutande församlingar i en kommun eller ett landsting, offentligt styrda organ enligt 1 kap. 18 § LOU och sammanslutningar av statliga eller kommunala myndigheter eller nämnda beslutande församlingar respektive sammanslutningar av offentligt styrda organ, se 1 kap. 22 § andra stycket LOU.

⁹ 1 kap. 2 § LOU. Bestämmelsen genomför artikel 1.2 i det klassiska direktivet.

¹⁰ 1 kap. 15 § LOU. Bestämmelsen genomför artikel 2.1.5 i det klassiska direktivet. Beroende på kontraktsföremålet definieras offentliga kontrakt i direktivet som offentligt varukontrakt (artikel 2.1.8), offentligt tjänstekontrakt (artikel 2.1.9) respektive offentligt byggentreprenadkontrakt (artikel 2.1.6). I fråga om upphandlingsskyldighet för muntliga avtal, se bl.a. prop. 2015/16:195 del 1 s. 321 f. och del 4 s. 1016 ff. samt Risvig Hamer, *The concept of a "public contract" within the meaning of the Public Procurement Directive*, Upphandlingsrättslig Tidskrift nr 3 2016, s. 179–200.

¹¹ 1 kap. 16 § LOU. Bestämmelsen genomför artikel 2.1.10 i det klassiska direktivet. Av artikel 2.1.10 i direktivet framgår att begreppet "ekonomisk aktör" även omfattar offentliga enheter som erbjuder sig att tillhandahålla varor, tjänster eller byggentreprenader på marknaden.

¹² Se prop. 2009/10:180 s. 173 och 360.

¹³ Se prop. 2015/16:195 del 1 s. 320 och 341 f.

¹⁴ 1 kap. 2 § LOU.

ovan. Det gäller även innebörden av "offentligt kontrakt". Prövningen av om t.ex. en viss överenskommelse om utförande av tjänster utgör just ett "offentligt kontrakt" (vilket alltså är en förutsättning för att det ska omfattas av direktivet) ska därför ske enligt unionsrätten.¹⁵ Den rättsliga kvalificeringen av ett rättsförhållande enligt nationell rätt är med andra ord inte relevant vid bedömningen om det föreligger ett upphandlingspliktigt offentligt kontrakt.¹⁶

EU-domstolen har preciserat innebörden av begreppet "offentligt kontrakt" i ett antal avgöranden. Av dessa avgöranden framgår bl.a. följande som är relevant för frågan om upphandlingslagstiftningen omfattar en statlig myndighets nyttjande av en annan statlig myndighets resurser.

Ett offentligt kontrakt förutsätter att leverantören utgörs av en i förhållande till den upphandlande myndigheten fristående fysisk eller juridisk person.¹⁷ Vidare krävs att den upphandlande myndigheten erhåller en prestation, dvs. en tjänst, vara eller en byggtreprenad, mot ersättning i enlighet med kontraktet. Prestationen i fråga består av att leverantören utför den aktuella byggtreprenaden respektive tillhandahåller den aktuella varan eller tjänsten för den upphandlande myndighetens räkning.¹⁸ Prestationen ska vara av direkt ekonomiskt intresse för den upphandlande myndigheten.¹⁹ Den upphandlande myndighetens rätt att få en prestation motsvaras av leverantörens skyldighet att tillhandahålla prestationen. Att kontraktet innehåller "ekonomiska villkor" innebär därför att leverantören åtar sig att utföra prestationen som är föremål för kontraktet mot ersättning och är skyldig att tillhandahålla kontraktsföremålet.²⁰

Ett offentligt kontrakt kännetecknas således av att det sker ett utbyte av prestationer: den upphandlande myndigheten betalar ett pris och leverantören åtar sig att tillhandahålla kontraktsföremålet.²¹

En väsentlig del av begreppet "offentligt kontrakt" är alltså att det uppstår rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär.²² Eftersom de skyldigheter som följer av ett offentligt kontrakt är rättsligt bindande, krävs

¹⁵ Se bl.a. mål C-264/03 *kommissionen mot Frankrike*, punkt 36, mål C-220/05 *Jean Auroux*, punkt 40 och mål C-382/05 *kommissionen mot Italien*, punkt 31.

¹⁶ Se bl.a. mål C-264/03 *kommissionen mot Frankrike*, punkt 36, mål C-382/05 *kommissionen mot Italien*, punkt 30, mål C-220/06 *Correos*, punkt 50, mål C-220/05 *Jean Auroux*, punkt 40, mål C-410/14 *Falk Pharma*, punkterna 35–38 och mål C-9/17 *Tirkkonen*, punkt 30.

¹⁷ Se bl.a. mål C-107/98 *Teckal*, punkterna 49–51, mål C-26/03 *Stadt Halle*, punkt 47, mål C-15/13 *Datenlotsen*, punkt 24, mål C-386/11 *Piepenbrock*, punkt 34 och mål C-159/11, *Ordine degli Ingegneri*, punkt 32. Se även prop. 2015/16:195 del 1 s. 402.

¹⁸ Se bl.a. mål C-220/05 *Jean Auroux*, punkt 45, mål C-399/98 *Ordine degli Architetti*, punkt 77 och mål C-451/08 *Helmut Müller*, punkt 48.

¹⁹ Se bl.a. mål C-451/08 *Helmut Müller*, punkt 49.

²⁰ Mål C-451/08 *Helmut Müller*, punkt 60.

²¹ Mål C-451/08 *Helmut Müller*, punkt 62.

²² Mål C-51/15 *Remondis*, punkt 43. Nämnade förhandsavgöranden (mål C-451/08 *Helmut Müller* och mål C-51/15 *Remondis*) avser tolkning av det tidigare klassiska direktivet (direktiv 2004/18/EG). Eftersom innebörden av begreppet "offentligt kontrakt" inte har ändrats genom direktiv 2014/24/EU är avgörandena fortsatt relevanta, se skäl (4) i direktiv 2014/24/EU.

dessutom att det är möjligt att uppnå fullgörande av sådana skyldigheter genom rättsliga åtgärder. Villkoren för sådana rättsliga åtgärder följer av nationell rätt.²³

Sammanfattningsvis omfattar LOU upphandlande myndigheters anskaffning av varor, tjänster och byggtreprenader genom ingående av kontrakt i den mening som följer av EU-domstolens praxis. Ett sådant kontrakt förutsätter att det ingås mellan en upphandlande myndighet och en från myndigheten fristående fysisk eller juridisk person (leverantör). Vidare förutsätter ett kontrakt att leverantören är skyldig att tillhandahålla varan eller tjänsten respektive utföra byggtreprenaden²⁴ som kontraktet avser mot ersättning. Genom kontraktet uppstår rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär. Det ska vara möjligt att uppnå fullgörande av sådan skyldighet genom rättsliga åtgärder.

Ett kontrakt förutsätter alltså att leverantören är en i förhållande till den upphandlande myndigheten fristående person. Hur medlemsstaten har organiserat sina statliga myndigheter (t.ex. i en eller flera juridiska personer) kan därför påverka om upphandlingslagstiftningen blir tillämplig vid tillhandahållande av tjänster mellan sådana myndigheter.

Förhållandet mellan statliga myndigheter

Om medlemsstaternas rätt att organisera sig

Medlemsstaternas interna organisation omfattas inte av unionsrätten. Hur utövandet av offentliga befogenheter ska organiseras framgår av den konstitutionella ordningen i varje medlemsstat.²⁵ Dessutom ska unionen respektera medlemsstaternas väsentliga statliga funktioner, vilket har ansetts innefatta medlemsstaternas interna organisation.²⁶ Detta framgår av artikel 4.2 andra meningen i Fördraget om Europeiska unionen. Det är alltså upp till varje medlemsstat att avgöra hur dess myndigheter ska vara organiserade och i vilken juridisk form statliga myndigheter ska verka.

²³ Se mål C-451/08 *Helmut Müller*, punkt 62. Konkurrensverket noterar att de olika språkversionerna av domen skiljer sig åt i fråga om vilka rättsliga åtgärder som ska vara möjliga att vidta för att uppnå fullgörande av de rättsligt bindande skyldigheterna i ett offentligt kontrakt. I den svenska versionen föreskrivs att fullgörande av sådana skyldigheter ska kunna åberopas "inför domstol". Motsvarande skrivning återfinns i den danska versionen. Av bl.a. den franska, engelska respektive tyska versionen av domen framgår emellertid inte något krav på att skyldigheter enligt kontraktet ska kunna åberopas just inför domstol. Av dessa språkversioner framgår i stället att skyldigheter som följer av kontraktet ska vara möjliga att verkställa, eftersom de är rättsligt bindande. Enligt Konkurrensverkets för *Helmut Müller* därför inte förstås på så sätt att ett offentligt kontrakt enligt det klassiska direktivet förutsätter att kontraktets rättsligt bindande skyldigheter kan åberopas just inför domstol. Däremot står det klart att ett "offentligt kontrakt" förutsätter att det går att uppnå fullgörande av sådana skyldigheter genom rättsliga åtgärder.

²⁴ Själv eller genom underentreprenör.

²⁵ Se bl.a. mål C-301/12 *Cascina Tre Pini*, punkt 42 och mål C-428/07 *Horvath*, punkt 50. Se även generaladvokat Mengozzis förslag till avgörande i mål C-51/15 *Remondis*, punkt 39.

²⁶ Se generaladvokat Mengozzis förslag till avgörande i mål C-51/15 *Remondis*, punkt 39.

Sverige har valt att organisera sig på så sätt att vissa myndigheter lyder under riksdagen medan Justitiekanslern (JK) och övriga statliga förvaltningsmyndigheter samt domstolarna²⁷ lyder under regeringen.²⁸ Av förarbetena till regeringsformen framgår att begreppet myndighet inkluderar samtliga statliga organ undantaget riksdagen.²⁹ Andra myndigheter än domstolarna och regeringen betecknas förvaltningsmyndigheter.³⁰ I Sverige förs det ett register över de statliga myndigheterna.³¹

Ett upphandlingsrättsligt kontrakt att leverantören utgörs av en i förhållande till den upphandlande myndigheten fristående juridisk person. Bedömningen av om så är fallet görs enligt nationell rätt. Utfallet av en sådan bedömning är därför avgörande för om det kan föreligga ett kontrakt – och därmed om LOU kan vara tillämplig. I det följande redogörs för om statliga myndigheter i Sverige ska anses ingå i samma rättssubjekt.

Ingår de statliga myndigheterna i samma rättssubjekt?

De statliga myndigheterna är som huvudregel del av rättssubjektet staten. Det innebär att dessa myndigheter inte utgör några självständiga juridiska personer utan agerar som företrädare för staten.³²

Frågan om staten är en juridisk person har berörts i upphandlingsrättslig praxis. I HFD 2017 ref. 66 uppkom frågan om talan om upphandlingskadeavgift enligt 21 kap. LOU skulle riktas mot Statens servicecenter eller mot den statliga organisationsutredning som föregick inrättandet av myndigheten. HFD konstaterade att "[e]n utgångspunkt för denna bedömning är att staten är ett rättssubjekt". Genom avgörandet bekräftade HFD den sedan tidigare rådande uppfattningen att staten som utgångspunkt är en juridisk person.

Det finns ett visst mått av osäkerhet i frågan om rättssubjektet staten även omfattar det fåtal myndigheter som lyder under riksdagen.³³ Exempelvis har

²⁷ Rörande domstolarnas görs en skillnad mellan den dömande verksamheten som regleras i lag för att garantera självständigheten och mer administrativa ärenden som regeringen reglerar genom förordning, se prop. 1973:90 s. 387 f. samt SOU 2004:23 s. 63 och 73.

²⁸ Se 12 kap. 1 § regeringsformen.

²⁹ Se Hellner, Malmqvist, *Förvaltningslagen med kommentar*, 3:e uppl., s. 52–53 samt prop. 1973:90 s. 396.

³⁰ Se prop. 1973:90 s. 232 f. I sammanhanget kan nämnas att Allmänna försäkringskassan tidigare ansågs vara en fristående juridisk person och alltså inte en del av staten. De var formellt sett inte en statlig myndighet men ansågs ändå vara en förvaltningsmyndighet. Se prop. 1974:56 s. 6 f. samt Hellner, Malmqvist, *Förvaltningslagen med kommentar*, 3:e uppl., s. 57.

³¹ Se 1 § förordningen (2007:755) om det allmänna myndighetsregistret. Statistiska centralbyrån för registret som ska omfatta Sveriges domstolar samt affärsverk och statliga förvaltningsmyndigheter. Även myndigheter i utrikesrepresentationen – ambassader, konsulat och delegationer – ingår i registret.

³² Se SOU 1994:136 s. 143 och 245, SOU 2016:82 s. 59 och JK:s beslut den 13 maj 2008 i dnr 9092-06-40. Se även Friedner, *Staten som part i tvistemål*, Förvaltningsrättslig tidskrift 1992, s. 500.

³³ Myndigheterna under riksdagen utgörs av Riksdagens ombudsmän (JO), Riksdagsförvaltningen, Riksrevisionen och Riksbanken. Makten var enligt äldre rätt uppdelad mellan Kungl Maj:t och riksdagen vilket kan vara orsaken till att exempelvis Riksbanken inte ansetts vara del av kronan. För vidare läsning, se Friedner *Staten som part i tvistemål*, förvaltningsrättslig tidskrift 1992, s. 503 f., SOU 1994:136 s. 143 och 245 f., Strömberg, Lundell, *Allmän förvaltningsrätt*, 24:e uppl., s. 24–26, prop. 1970:13 s. 132 samt Fitger, *Rättegångsbalken*, suppl. 84, april 2018, 11:29 samt DsJU 1983:5.

Riksbanken i äldre praxis ansetts vara ett självständigt rättssubjekt, skilt från staten.³⁴

Ett offentligt kontrakt förutsätter att det föreligger rättsligt bindande skyldigheter mellan parterna och att fullgörande av sådana skyldigheter kan uppnås genom rättsliga åtgärder. Möjligheten till fullgörande förutsätter alltså att kontraktets parter (den upphandlande myndigheten och leverantören) kan vidta sådana rättsliga åtgärder mot varandra. I det följande behandlar Konkurrensverket frågan om en statlig myndighet kan uppnå fullgörande av sådana skyldigheter från en annan statlig myndighet genom rättsliga åtgärder.³⁵

Kan en statlig myndighet uppnå fullgörande av förpliktelser i ett kontrakt genom rättsliga åtgärder mot en annan statlig myndighet?

Det framgår av rättegångsbalken att staten kan vara part i en rättegång. I likhet med privaträttsliga juridiska personer förs statens talan genom ställföreträdare.³⁶ Som huvudregel företräder de statliga förvaltningsmyndigheterna staten vid domstol inom sina respektive verksamhetsområden.³⁷ Förvaltningsmyndigheterna uppträder alltså inte själva som part i domstol. Även de statliga affärsverken företräder staten vid domstol.³⁸ I domstolarnas och utlandsmyndigheternas uppdrag ingår däremot inte uttryckligen att företräda staten vid domstol.³⁹

Av myndigheterna under riksdagen är det endast riksdagsförvaltningen som enligt sin instruktion företräder staten vid domstol.⁴⁰

För det fall ett mål faller utanför alla statliga myndigheters verksamhetsområden är det JK som för statens talan.⁴¹ JK för som huvudregel även statens talan i domstol när vissa skadeståndsanspråk riktas mot staten.⁴²

De statliga myndigheterna äger inte några egna tillgångar eller något eget kapital. De kan inte heller ha några egna ekonomiska förpliktelser. En konsekvens av

³⁴ NJA 1959 s. 385 samt Fitger, *Rättegångsbalken*, suppl. 84, april 2018, 11:29.

³⁵ Frågan ska särskiljas från fall när en statlig tillsynsmyndighet för talan om sanktionsavgift som tillfaller staten mot en annan statlig myndighet, t.ex. konkurrensskadeavgift enligt 3 kap. konkurrenslagen (2008:579) eller upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. LOU, se MD 2004:21 och HFD 2017 ref. 66.

³⁶ 11 kap. 2 § rättegångsbalken.

³⁷ Se HFD 2017 ref. 66. Se även 27 § myndighetsförordningen (2007:515). Bestämmelsen omfattar även universitet och högskolor som har staten som huvudman, se 1 kap. 5 § högskoleförordningen (1993:100). Detsamma gäller för Försvarshögskolan, se 1 kap. 3 § förordningen (2007:1164) för Försvarshögskolan och för Sveriges Lantbruksuniversitet, se 1 kap. 1 b § förordningen (1993:221) för Sveriges Lantbruksuniversitet.

³⁸ 17 § e contrario förordningen (2010:184) med instruktion för Luftfartsverket, 23 § e contrario förordning (2007:1161) med instruktion för Sjöfartsverket och 25 § e contrario förordningen (2007:1119) med instruktion för Affärsverket svenska kraftnät.

³⁹ Se förordningen (1996:381) med tingsrättsinstruktion, förordningen (1996:379) med hovrättsinstruktion, förordningen (1996:377) med instruktion för Högsta domstolen, förordningen (1996:382) med förvaltningsrättsinstruktion, förordningen (1996:380) med kammarrättsinstruktion, förordningen (1996:378) med instruktion för Högsta förvaltningsdomstolen och förordningen (2014:115) med instruktion för utrikesrepresentationen.

⁴⁰ 29 § lagen (2011:745) med instruktion för Riksdagsförvaltningen.

⁴¹ 2 § förordningen (1975:1345) med instruktion för Justitiekanslern.

⁴² 3 § förordningen (1995:1301) om handläggning av skadeståndsanspråk mot staten.

detta blir att de statliga myndigheterna endast kan förfoga över "sina" tillgångar och "sitt" kapital så som företrädare för staten. När myndigheterna ingår avtal med ekonomiska förpliktelser för staten måste detta ske inom ramen för det uppdrag myndigheterna fått av riksdagen eller regeringen. Statens bundenhet av ett avtal uppstår alltså genom att staten ger myndigheten rätt att ingå avtal för statens räkning. Den enskilda myndigheten saknar möjlighet att själv utgöra part i ett avtal (partshabilitet). Det kan därför inte uppstå rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidig karaktär mellan myndigheter som företräder staten, eftersom myndigheterna inte själva kan utgöra part i ett avtal. Det är i stället staten som ingår avtal och staten kan inte binda sig själv.⁴³

Detta innebär att två statliga myndigheter inte kan vara motparter i domstol vid oenighet om fullgörande av förpliktelser i enlighet med överenskommelser som de ingått med varandra.

Att två statliga myndigheter inte kan ingå bindande avtal med varandra utesluter inte i sig att de träffar andra former av överenskommelser, exempelvis om att bistå varandra med tjänster. I betänkandet Statliga myndigheters avtal konstaterade utredningen att två statliga myndigheter som hamnar i tvist rörande en överenskommelse inte kan använda sig av de vanliga tvistlösningsmekanismerna (dvs. föra talan enligt rättegångsbalken eller vid skiljedomsinstitut). Tvister mellan statliga myndigheter med anledning av överenskommelser dem emellan ska ytterst lösas av regeringen. Utredningen lämnade förslag om lämpliga tillvägagångssätt för att lösa vissa tvister mellan statliga myndigheter men de ledde inte till någon reglering. Fortfarande gäller att två myndigheter, som båda är delar av rättssubjektet staten, inte kan föra talan mot varandra i domstol eller vidta andra rättsliga åtgärder för att uppnå fullgörande av förpliktelser i kontrakt.⁴⁴

Konkurrensverket har nu beskrivit de omständigheter som är relevanta för frågan om anskaffningar mellan statliga myndigheter omfattas av upphandlingslagstiftningen. Nedan följer Konkurrensverkets bedömning av frågan.

⁴³ Statliga myndigheters avtal (SOU 1994:136 s. 143–144), där överenskommelser mellan statliga myndigheter beskrivs som en särskild från avtalet skild rättsfigur som inte regleras i lagstiftningen. Se även s. 245 f. Se även JK:s beslut av den 13 maj 2008 (dnr 8092-06-40) och JK:s yttrande av den 30 mars 2017 (dnr 7951-16-80) över betänkandet *En översyn av lagstiftningen om företagsbot* (SOU 2016:82).

⁴⁴ JK har tidigare intagit motsvarande ståndpunkt – att en myndighet som ingår i rättssubjektet staten inte kan föra talan mot en annan sådan myndighet i domstol – i fråga om talan om utomobligatoriskt skadestånd, se JK:s beslut den 13 maj 2008 i dnr 9092-06-40.



Konkurrensverkets bedömning

Konkurrensverkets slutsats är att LOU inte är tillämplig när en statlig myndighet anlitar en annan statlig myndighet som ingår samma rättssubjekt, exempelvis för utförande av tjänster. Anskaffningar mellan statliga myndigheter, inom samma rättssubjekt, utgör inte ett kontrakt i LOU:s mening. Därmed behöver inte sådana anskaffningar annonseras enligt LOU. En konsekvens av detta är att överenskommelser mellan sådana myndigheter inte kan leda till upphandlingsskadeavgift och kan enligt Konkurrensverkets mening inte heller ogiltigförklaras av en domstol. Samma slutsats följer av flera skäl som vart och ett innebär att LOU inte är tillämplig.

Ett upphandlingspliktigt kontrakt förutsätter att det ingås mellan en upphandlande myndighet och en fysisk eller juridisk person som är fristående från myndigheten. De statliga myndigheterna är, som utgångspunkt, del av samma juridiska person. När en statlig myndighet anlitar en annan statlig myndighet i samma rättssubjekt, anskaffar myndigheten inte från en fristående leverantör. Sådana omdispositioner av resurser mellan statliga myndigheter, som ingår i samma rättssubjekt, kan därför inte medföra att myndigheterna ingår kontrakt i den mening som avses i LOU.

Intern omdisposition av resurser inom den juridiska personen staten sker dessutom inte på en marknad på det sätt som förutsätts för att tjänsten ska anses tillhandahållas av en leverantör.⁴⁵ En myndighet som ingår i rättssubjektet staten kan därför inte vara leverantör till en annan sådan myndighet i den mening som avses i LOU. Även av detta skäl anser Konkurrensverket att statliga myndigheters anlitage av andra myndigheter inom samma juridiska person inte omfattas av upphandlingslagstiftningen.

Genom kontraktet ska det uppstå rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär. Som framgår ovan kan två statliga myndigheter, till följd av utebliven partshabilitet, inte ingå avtal för egen räkning. Det är staten som ingår avtalet. På samma sätt saknar två statliga myndigheter möjlighet att ta på sig rättsligt bindande skyldigheter gentemot varandra genom ett kontrakt. Ett offentligt kontrakt kan därför inte ingås mellan två statliga myndigheter inom samma juridiska person.

Statliga myndigheter som ingår i rättssubjektet staten företräder staten inom sina respektive verksamhetsområden. De saknar därför möjlighet att själva uppträda som motparter mot varandra. Till exempel skulle en process i domstol mellan två sådana myndigheter innebära att staten förde talan mot sig själv, vilket inte är möjligt. En myndighet som ingår i rättssubjektet staten kan således inte vidta rättsliga åtgärder mot en annan sådan myndighet och därigenom uppnå fullgörande av förpliktelser i den mening som krävs enligt EU-domstolens praxis för

⁴⁵ Se 1 kap. 16 § LOU.

att det ska vara fråga om ett kontrakt. Den möjlighet att hänskjuta uppkomna tvister till regeringen för bedömning som anses stå till statliga myndigheters förfogande utgör inte någon rättslig åtgärd. Även av detta skäl anser Konkurrensverket att en statlig myndighets anlitande av andra myndigheter som också företräder staten inte utgör kontrakt enligt LOU och omfattas därför inte av upphandlingslagstiftningen.