



Juridisk Publikation

STOCKHOLM - UPPSALA - LUND - GÖTEBORG - UMEÅ

Malin Rönnblom

Vad utgör en upphandlande myndighet?
– En kommentar till HFD 2018 ref. 67

Särtryck ur häfte 1/2019

VAD UTGÖR EN UPPHANDLANDE MYNDIGHET?

– EN KOMMENTAR TILL HFD 2018 REF. 67

Av Malin Rönnblom¹

Hur begreppet upphandlande myndighet ska tolkas har under en lång tid varit en obesvarad fråga inom offentlig upphandling i Sverige. Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) beslutade att ta upp frågan till prövning i HFD 2018 ref. 67, ett avgörande som fick stor spridning bland upphandlare och jurister runt om i Sverige. HFD menade i sin dom att det är två faktorer som kan avgöra huruvida en kommunal nämnd kan anses vara en egen upphandlande myndighet. Det ena är att nämnden är tillräckligt självständig i förhållande till sin kommun och det andra är att kommunen själv ser sina nämnder som egna upphandlande myndigheter. I artikeln analyserar författaren domen och lyfter upp den problematik som kan uppstå i mötet mellan unionsrätt och svensk förvaltningsrätt.

I. BAKGRUND TILL AVGÖRANDET

Vid bedömningen av storleken på en upphandlingsskadeavgift som ska betalas på grund av att en kommunal nämnd har genomfört en otillåten direktupphandling – ska faktumet att en annan nämnd inom samma kommun tidigare gjort en otillåten direktupphandling, och därmed en överträdelse av den tidigare lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (ÄLOU)², anses vara en försvårande omständighet? Det var frågan som HFD tog ställning till i HFD 2018 ref. 67. Bakgrunden i målet var att Stockholms stads fastighetsnämnd hade gjort en otillåten direktupphandling av en bullerskyddsskärm, det vill säga en upphandling som borde ha annonserats enligt ÄLOU men som inte föregicks av något annonserat upphandlingsförfarande.

Konkurrensverket, i egenskap av tillsynsmyndighet för den offentliga upphandlingen i Sverige, ansökte hos förvaltningsrätten om att domstolen skulle utdöma en upphandlingsskadeavgift på 100 000 kronor. Konkurrensverket menade att det faktum att en annan kommunal nämnd inom samma

¹ Föredragande på Konkurrensverket. Åsikterna i texten är helt och hållet författarens egna. Rättsfallsanalysen är en vidareutveckling av författarens examensarbete *Upphandlande myndighet – hur bör begreppet tolkas?*

² ÄLOU ersattes 2017 av lag (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). I den nu gällande lagen återfinns definitionen av upphandlande myndighet i 1 kap. 22 § och reglerna om upphandlingsskadeavgift i 21 kap. Bestämmelserna i LOU avseende detta överensstämmer i allt väsentligt med bestämmelserna i ÄLOU.

kommun, Stockholms stads idrottsnämnd, tidigare gjort en otillåten direktupphandling borde anses vara en försvårande omständighet vid bedömningen om upphandlingsskadeavgiftens storlek och att avgiften därmed borde utdömas till 100 000 kronor istället för till 90 000 kronor.³ I målet var det ostridigt att Stockholms stads fastighetsnämnd hade genomfört en otillåten direktupphandling. Stockholms stad ansåg att de båda kommunala nämnderna är att anse som två separata upphandlande myndigheter och att en annan nämnds tidigare överträdelser därmed inte bör beaktas i värderingen av upphandlingsskadeavgiften. Underinstanserna instämde i Stockholms stads resonemang och dömde ut en avgift på 90 000 kronor. Konkursverket överklagade domen och målet hamnade så småningom i HFD.

HFD börjar sin dom med att konstatera att upphandlande myndighet är ett unionsrättsligt begrepp som saknar en unionsrättslig definition. Begrepp som härstammar från direktivbestämmelser ska ges en unionsrättslig tolkning och den svenska bestämmelsen ska därmed så långt det är möjligt tolkas i ljuset av detta. HFD konstaterar vidare att det inte finns något enhetligt myndighetsbegrepp inom EU, vilket ger för handen att frågan huruvida en del av den offentliga sektorn ska anses utgöra en eller flera upphandlande myndigheter ska bedömas enligt den nationella rätten. Den nationella rättens bedömning får dock inte motverka den unionsrättsliga upphandlingsregleringens ändamålsenliga verkan.

I 2 kap. 19 § första stycket ÄLOU stadgas att begreppet upphandlande myndighet bland annat avser en statlig eller kommunal myndighet. HFD lyfter i sitt avgörande upp faktumet att det varken i ÄLOU eller i någon annan författning finns någon definition av vad som är en kommunal myndighet. Däremot finns det i förarbeten och doktrin uttalanden om att kommunala nämnder normalt sett anses vara egna förvaltningsmyndigheter. Av detta drar HFD slutsatsen att det bör kunna accepteras att en kommun betraktar varje kommunal nämnd som en egen upphandlande myndighet – så länge det inte kommer i konflikt med det nya klassiska direktivets⁴ syfte. HFD menar att en förutsättning för att en sådan konflikt inte ska uppstå är att den kommunala nämnden är tillräckligt självständig. I det aktuella fallet slår HFD slutligen fast att Stockholms stads fastighetsnämnd är tillräckligt självständig för att anses vara en egen upphandlande myndighet och att ingen

³ Se prop. 2009/10:180 *Nya rättsmedel på upphandlingsområdet*, s. 198 och s. 370 avseende försvårande omständigheter.

⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (det nya klassiska direktivet).

hänsyn ska tas till att en annan nämnd inom kommunen tidigare har gjort en otillåten direktupphandling vid bedömningen av upphandlingsskadeavgiftens storlek.

2. SJÄLVSTÄNDIGHETSREKVISITET

En av de mest intressanta slutsatserna som HFD drar är att ett krav för att en kommunal nämnd ska godtas som en egen upphandlande myndighet är att nämnden självständigt genomför sina upphandlingar. Anledningen till detta krav är att säkerställa direktivets effektiva genomslag. HFD kommer till denna slutsats genom att beakta de nya reglerna om separata operativa enheter.⁵

Separata operativa enheter är ett begrepp som tillkom i det nya regelverket om offentlig upphandling från 2014 och ska tillämpas vid tröskelvärdesberäkning. Huvudregeln är att alla separata operativa enheter inom varje upphandlande myndighet ska räkna ihop värdet av sina samtliga upphandlingar för att på så sätt kunna avgöra huruvida de överskrider tröskelvärdena.⁶ För separata operativa enheter görs ett undantag för att underlätta för självständiga enheter inom en upphandlande myndighet att genomföra sina upphandlingar.⁷ I de fall en upphandlande myndighet består av enheter som är så pass oberoende av varandra att de kan anses vara *självständiga* separata operativa enheter ska enheterna inte behöva ta hänsyn till de andra enheterna inom samma upphandlande myndighet. Den separata operativa enheten hanterar därmed sina upphandlingar som om den skulle vara en egen upphandlande myndighet, utan att vara det i formell bemärkelse.⁸ I förarbetena betonar lagstiftaren att regleringen avseende separata operativa enheter endast berör beräkningen av tröskelvärdena.⁹

I skäl 20 till det nya klassiska direktivet anger EU-lagstiftaren några exempel på kriterier för när en separat operativ enhet kan anses vara tillräckligt självständig:

1. enheten genomför självständigt sina upphandlingar,
2. enheten beslutar om inköp,
3. enheten förfogar över en egen budgetpost för de berörda upphandlingarna,
4. enheten ingår kontraktet självständigt,
5. enheten finansierar kontraktet ur en budget som den förfogar över.

⁵ Se artikel 5.2 i det nya klassiska direktivet.

⁶ A. prop., s. 987.

⁷ Prop. 2015/16:195 *Nytt regelverk om upphandling*, s. 484.

⁸ A. prop., s. 484.

⁹ A. prop., s. 988.

Låter kriterierna bekanta? Några av dem använder HFD nämligen som grund för sitt avgörande huruvida en kommunal nämnd ska anses vara en upphandlande myndighet i HFD 2018 ref. 67. Nämnden anses av HFD ha en egen förvaltning och budget (punkt 3) samt genomför sina upphandlingar självständigt (punkt 1). HFD resonerar inte huruvida de övriga rekvisiten är aktuella i fallet. Det kan diskuteras huruvida de övriga rekvisiten för självständighetsbedömningen för separata operativa enheter ingår i situationen i det aktuella avgörandet, även då de inte uttryckligen står med i avgörandet.

Den självständighet som HFD åsyftar i första taget är att den kommunala nämnden självständigt ska genomföra sina upphandlingar. Enligt HFD bör detta vara ett krav. Skälet till detta krav är enligt HFD, som tidigare nämnts, att säkerställa direktivets effektiva genomförande. HFD gör en tolkning utifrån något som kan liknas vid en självständighetsprincip: om en kommunal nämnd ska anses vara en upphandlande myndighet krävs det att den är tillräckligt självständig för att syftet med direktivet ska uppnås.

Det är således självständighetskriterierna för ett annat lagrum som utgör den första delen av den bedömning som HFD gör för att avgöra huruvida en kommunal nämnd är en egen upphandlande myndighet. Det är ett intressant tillvägagångssätt för att komma fram till svaret, ett sätt som dock kan bana väg för en del problem. Den andra delen av bedömningen är kommunens syn på sina egna nämnder.

3. BETYDELSEN AV KOMMUNENS SYN PÅ SINA NÄMNDER

Vidare grundar HFD sitt avgörande på att Stockholms stad betraktar sina nämnder som egna upphandlande myndigheter. Varje nämnd är enligt kommunen ansvarig för att dess upphandlingar sker i enlighet med regelverken. Att kommunen själv tycker att sina nämnder är upphandlande myndigheter är intressant utifrån den kommunala självstyrelsen som är grundlagsskyddad i Sverige och som återfinns i 14 kap. 2 § regeringsformen.

Enligt 3 kap. 4 § och 6 kap. 2 § kommunallagen (2017:725) är det upp till varje kommun att själv bestämma hur deras nämnder ska se ut och hur de ska vara organiserade. Vilka uppgifter som ankommer på vilken nämnd är det upp till varje enskild kommun att avgöra.¹⁰ Om varje kommunal nämnd per automatik kan anses vara en upphandlande myndighet utifrån hur kommunen själv ser på sina nämnder ges stor möjlighet för kommunerna att

¹⁰ Lundin, O., Björkman, U. (2018), *Kommunen och lagen: en introduktion*, uppl. 6, lustus, Uppsala, s. 31–32.

undgå tröskelvärdes- och direktupphandlingsgränserna genom att dela upp sina nämnder till fler och mindre nämnder. Ett sådant förfarande skulle motverka upphandlingsregleringens ändamålsenliga verkan och i slutändan hindra konkurrensen.

Förutsatt att kommunen själv anser att sina nämnder är egna upphandlande myndigheter räcker det enligt HFD således att nämnden uppfyller några av rekvisiten för bedömningen av huruvida en separat operativ enhet är självständig (ett helt annat lagrum med ett helt annat syfte) för att nämnden ska anses vara en egen upphandlande myndighet. Detta synsätt öppnar upp för en möjlighet (eller risk) för att indelningen motverkar upphandlingsregleringens ändamålsenliga verkan. HFD:s avgörande kan därmed inte anses vara tillräckligt för att förhindra risken för missbruk av upphandlingsreglerna, vilket är förståeligt med hänsyn till hur komplex frågan är.

4. UTANFÖR HFD 2018 REF. 67 – NÅGRA BETRAKTELSE

4.1 VEM SKA BETALA?

Det finns några frågor som väcks av HFD:s avgörande som inte tas upp i domen av förklarliga skäl då HFD inte hade kompetens att ta upp dem till prövning. Två av dessa tas upp i det följande.

En av de viktigare frågor som uppstår till följd av HFD:s avgörande är vem som ska betala den utdömda upphandlingsskadeavgiften. Upphandlingsskadeavgiften riktas fortfarande till den kommun som nämnden tillhör. Med andra ord är det Stockholms stad som kommer att åläggas att betala avgiften – inte kommunens fastighetsnämnd. Om kommunens fastighetsnämnd är så pass självständig från kommunen att den enligt HFD ska anses vara en egen upphandlande myndighet borde det dock i teorin vara fastighetsnämnden som blir ålagd att betala upphandlingsskadeavgiften. Detta särskilt då nämnden förfogar över sin egen budget, och man då kan vara någorlunda övertygad om att det är pengar ur nämndens egen budget som finansierat den aktuella upphandlingen. Den här frågan kommer sannolikt bli föremål för stor debatt inom den närmsta framtiden, särskilt utifrån frågan om juridisk person.

4.2 BETYDELSEN AV VEM SOM ÄR EN JURIDISK PERSON

Det kan här erinras om att det inte finns någon definition av upphandlande myndighet i de direktiv som ÅLOU/LOU härstammar från. Den definition som återfinns i det nya klassiska direktivet står i artikel 2.1.1, utan att ge någon vägledning i hur begreppet ska tolkas. Varken direktivet eller LOU innehåller något krav på att en upphandlande myndighet ska vara en juridisk person.

Däremot är det intressant att för att ett organ ska anses vara ett *offentligt styrt organ*, och därmed likställas med en upphandlande myndighet, krävs det enligt 1 kap. 18 § LOU att organet bland annat är en juridisk person. Våra kommuner anses vara egna juridiska personer, men kommunala nämnder anses inte vara det. Att inte vara en juridisk person är inte ett hinder för att anses vara en upphandlande myndighet. Det blir dock svårt att betala en utdömd upphandlingsskadeavgift utan att ha rättshabilitet.

EU-domstolen har inte avgjort en liknande fråga som den som var uppe i HFD 2018 ref. 67. Det vi dock har fått med oss från EU-domstolen är att begreppet upphandlande myndighet ska tolkas funktionellt och ges stor räckvidd.¹¹ Därför är frågan något mer komplicerad att avgöra än vid första anblick. Kombinerat med frågan om vem som ska bli skyldig att betala in upphandlingsskadeavgiften, kommunen eller nämnden, kommer begreppet juridisk person bli allt mer intressant.

5. SLUTSATSER

Tolkningen av unionsrättsliga begrepp är ett av de svåraste problemen vid implementering av ett EU-direktiv och situationen blir inte enklare när implementeringen sker i ett komplext förvaltningssystem såsom det svenska. Frågan är därmed hur ett odefinierat begrepp som härstammar från den offentliga upphandlingens regelverk, som i sin tur kommer från EU-rätten, förhåller sig till det förvaltningsrättsliga systemet i Sverige. HFD:s avgörande innebär att liknande situationer måste tolkas utifrån samtliga omständigheter i det enskilda fallet, vilket innebär att alla kommunala nämnder inte automatiskt ska anses vara upphandlande myndigheter – men *kan* vara det. I HFD 2018 ref. 67 var frågan hur bedömningen av en upphandlingsskadeavgifts storlek ska påverkas av att en annan nämnd inom samma kommun tidigare gjort sig skyldig till en upphandlingsskadeavgift, det vill säga om det förelåg försvärande omständigheter.

Det är svårt att dra några andra slutsatser vad avgörandet kan användas till, utöver att det kan vägleda vid bedömningen av vad som ska utgöra en försvärande omständighet vid bestämmandet av storleken på en upphandlingsskadeavgift. För att anses vara en upphandlande myndighet utöver situationen som förelåg i avgörandet borde det krävas mer för att kunna ge en säker vägledning i hur begreppet bör tolkas. Således finns det en risk att avgörandet

¹¹ Se bland annat mål C-360/96 *BFI Holding*, ECLI:EU:C:1998:525, p. 62 och mål C-567/15 *LitSpecMet*, ECLI:EU:C:2017:736, p. 31. Se även Bovis, H. (2012), *EU Public Procurement Law*, uppl. 2, Cheltenham, Edward Elgar, s. 312.

används som grund för att fler och fler kommunala nämnder ska anses vara egna upphandlande myndigheter, utan att vara det.

En viktig fråga vid avgöranden från högsta instans är vad de får för konkret betydelse för den fortsatta rättstillämpningen. I HFD 2018 ref. 67, avseende Stockholms stads fastighetsnämnd och den upphandlingsskadeavgift som utdömdes, kan utgången tyckas vara rimlig. Självständighetskravet är i sig inte orimligt. Problemet är hanteringen av juridiken runt omkring. Stockholms stads fastighetsnämnd skulle kunna anses vara så pass självständig att den ska utgöra en egen självständig separat operativ enhet. Bör den dock anses vara en egen upphandlande myndighet? Konsekvenserna av att en nämnd ska anses vara en självständig separat operativ enhet är att nämnden vid dess tröskelvärdesberäkningar inte behöver ta hänsyn till andra enheter inom samma kommun. Följderna av att en nämnd ska anses vara en egen upphandlande myndighet är något helt annat. Med andra ord finns det en risk att syftet med direktiven inte upprätthålls.

Sammanfattningsvis kan det konstateras att offentlig upphandling minst sagt är ett dynamiskt rättsområde som i stor utsträckning skapas genom den rättspraxis som kommer från våra svenska domstolar och EU-domstolen. I ett sådant rättsläge är det av stor vikt att de avgöranden som kommer från domstolarna är klaggörande, tydliga och vägledande för framtidens dilemman inom den offentliga upphandlingen. Ett alternativ till avgörandet hade varit att begära ett förhandsavgörande från EU-domstolen avseende hur begreppet bör tolkas i den givna situationen. Varje medlemsland i EU har sin egen struktur på hur deras offentliga förvaltningar ser ut, vilket gör frågan om vad som ska utgöra en upphandlande myndighet än svårare. I och med att unionsbegrepp ska tolkas unisont behövs tydligare gemensamma vägledningar i en fråga som är så pass vital som vilka organ som har en skyldighet att följa LOU och övrig lagstiftning inom offentlig upphandling. Vi skulle med andra ord vinna mycket på att få vägledning från EU-domstolen.

Innan vi får ytterligare vägledning för området som är tydlig och koncis kommer sammanblandningen och förvirringen fortfarande finnas kvar. I och med HFD 2018 ref. 67 har vi dock fått en pusselbit till svaret på den stora frågan – vad utgör en upphandlande myndighet? 