

This is an electronic reprint of the original article. This reprint may differ from the original in pagination and typographic detail.

Är lagstiftning om offentlig upphandling reglering av förvaltningsförfarande eller främjande av konkurrens?

Suksi, Markku

Published in:
Tidskrift utgiven av juridiska föreningen i Finland

Published: 01/10/2021

Document Version
Accepted author manuscript

Document License
Publisher rights policy

[Link to publication](#)

Please cite the original version:
Suksi, M. (2021). Är lagstiftning om offentlig upphandling reglering av förvaltningsförfarande eller främjande av konkurrens? Analys av fördelningen av lagstiftningsbehörigheten mellan riksdagen och lagtinget. *Tidskrift utgiven av juridiska föreningen i Finland*, 157(3), 177-219. <https://urn.fi/URN:NBN:fi-fe2022012811122>

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

ARTIKLAR

Refereegranskad artikel

*Professor Markku Suksi, Åbo Akademi***Är lagstiftning om offentlig upphandling reglering av förvaltningsförfarande eller främjande av konkurrens?****Analys av fördelningen av lagstiftningsbehörigheten mellan riksdagen och lagtinget**

1 Inledning

Offentlig upphandling är en verksamhet som det funnits regler om redan under en längre tid, i större omfattning sedan den första halvan av 1990-talet,¹ då Finland förberedde sig för EES- och EU-medlemskap. Nationell lagstiftning har antagits av både riksdagen och – för Ålands del – av Ålands lagting. En intressant diskussion med anknytning till offentlig upphandling har under de senaste årtiondena uppstått inom ramen för den prövning av lagstiftningsbehörighet som högsta domstolen har hand om med utgångspunkt i 18 § och 27 § i självstyrelselagen för Åland (1144/1991). Från och med 1990-talet har man ansett att lagstiftningsbehörigheten beträffande offentlig upphandling hör på Ålands område till lagtinget på grund av att det är fråga om reglering av förvaltning, men under den senare delen av 2000-talet har tänkandet kring denna etablerade tolkning genomgått en förändring i högsta domstolen på ett sätt som antyder att offentlig upphandling i stället borde eller skulle kunna anses gälla främjande av konkurrens, varmed lagstiftningsbehörigheten skulle kunna höra till riksdagen även vad gäller offentlig upphandling i landskapet Åland. Upphandlings-

¹ Artikeln är en vidareutveckling av observationer framförda i Markku Suksi, *Double Enumeration of Legislative Powers in a Sub-State Context – A Comparison between Canada, Denmark and Finland*. Springer 2018, s. 70–71 och även s. 47, fotnot 14. Artikeln är delvis baserad på ett anförande på seminariet ”Åland – 25 år i EU” arrangerat av Ålands fredsinstitut den 20 maj 2021. Jag önskar framföra ett varmt tack för materialuppslag och diskussioner till ledande jurist Ida Sulin och ledande jurist Katariina Huikko vid Finlands kommunförbund, forskningschef Max Jansson vid Konkurrens- och konsumentverket, professor Henrik Wenander vid Lunds universitet, lagberedningsråd Janina Groop-Bondestam vid justitieministeriet, lagberedare Sören Silverström vid Ålands landskapsregering och andra som bekantat sig med ett utkast till denna artikel. Alla felaktigheter och missuppfattningar i texten är uteslutande på artikel-författarens ansvar.

lagstiftningen befinner sig därmed i skärningspunkten av tre rättsordningar: EU:s, rikets och Ålands.²

Samtidigt som det är möjligt att anse att lagstiftningen om offentlig upphandling har åtminstone något att göra med främjande av konkurrens, så är det onekligen så att lagen om offentlig upphandling (1397/2016) främst reglerar administrativa förfaranden inom myndigheter och mellan myndigheter och företag på ett sätt som i många avseenden liknar den reglering av myndighetsverksamhet som ingår i förvaltningslagen (434/2003). Upphandlingslagens målsättning är att utifrån vissa principiella och förfarandemässiga utgångspunkter leda fram till att man fattar upphandlingsbeslut i vilka avgörandet mellan olika anbud träffas med stöd av bestämmelser i upphandlingslagen. Utifrån ett offentlighetsrättsligt perspektiv är det egentligen fråga om att fatta administrativa beslut med utgångspunkt i den lagbundenhetsprincip som ingår i 2 § 3 mom. i grundlagen (731/1999), dvs. att utöva offentlig makt. Organ benämnda upphandlande enheter, som uppenbarligen hör till det allmänna, spenderar offentliga medel som uppburits genom skatter definierade mot bakgrunden av 81 § och 121 § 2 mom. i grundlagen. Dessa skattemedel används för ändamål som är att betrakta som offentliga, såsom tillhandahållande av social- och hälsovård, uppförande av fysiska lokaler för utbildning och byggande av vägar och gator.

Det ligger således nära till hands att uppfatta beslutsfattandet inom offentlig upphandling som utövning av offentlig makt. Därmed skulle reglering av upphandlingen tämligen klart utgöra förfarandelagstiftning för förvaltningen, inte främjande av konkurrens. Saken är emellertid inte helt självklar, och exempelvis i Sverige anses att offentlig upphandling inte inbegriper myndighetsutövning. Vilken ställning har beslutsfattandet inom offentlig upphandling i den juridiska miljön och är det fråga om administrativ förfarandelagstiftning eller konkurrenslagstiftning? Hur har tolkningarna kring lagstiftningsbehörigheten om offentlig upphandling utvecklats under tiden för EU-medlemskapet? Under vilka förutsättningar kan en lagstiftningsbehörighet som inte uppräknas i 18 § i självstyrelselagens överföras från Åland till riket?

I denna artikel analyserar jag prövning av lagstiftningsbehörigheten inom ett område – offentlig upphandling – som påverkas av EU-rätten och redovisar utvecklingen av behörighetsprövningen inom detta område under Finlands EU-

² Om de tre rättsordningarnas förhållande, se Markku Suksi, Ålands konstitution. Åbo Akademi 2005, s. 195, 529. Offentlig upphandling påverkas därtill av Världshandelsorganisationen WTO:s avtal om upphandling (se nedan, fotnot 34), så man kan säga att det i stället för tre rättsordningar egentligen är fyra rättsordningar som möts inom detta rättsområde, då även folkrätten kommer in i bilden på ett tämligen starkt sätt.

medlemskap utifrån tre utlåtanden av högsta domstolen, givna åren 1994, 2007 och 2017. Behörighetsområdet offentlig upphandling är speciellt i det avseende att detta område inte nämns i självstyrelselagens behörighetsuppräknningar, vilket gör det nödvändigt att genom tolkning avgöra vilken av de två lagstiftarna det är som har lagstiftningsbehörighet inom offentlig upphandling beträffande åländska myndigheters anskaffningar.³ I analysen beaktas gällande lagstiftning och förarbeten, annat rättsligt material och doktrin. Analysen kopplas till en mera allmän bedömning av upphandlingsförfarandets karaktär och till frågeställningar om tjänsteansvar i anslutning till upphandlingsbeslut.

2 Prövning av lagstiftningsbehörigheten mellan riket och Åland beträffande offentlig upphandling: administrativt förfarande eller konkurrens?

2.1 Utgångsläget år 1994: administrativt förfarande

Förfarandet med behörighetsprövning beträffande lagstiftningskompetensen för riksdagen och Ålands lagting har från ett tämligen tidigt datum umgåtts med tanken om att myndigheters beslutsfattande om offentlig upphandling kan uppfattas på olika sätt i förhållande till de kategorier av lagstiftningsmakt som räknas upp i 18 § och 27 § i självstyrelselagen för Åland. Enligt 18 § 1 och 4 punkten i självstyrelselagen har landskapet lagstiftningsbehörighet i fråga om ”lagtingets organisation och uppgifter samt val av lagtingets ledamöter; landskapsregeringen och under denna lydande myndigheter och inrättningar” och i fråga om ”kommunindelning, kommunala val, kommunernas förvaltning, kommunernas tjänsteinnehavare, tjänstekollektivavtal för kommunernas anställda, disciplinär bestraffning av kommunernas tjänsteinnehavare”. Det här har ansetts betyda att lagtinget kan stifta landskapslagar som inbegriper en förvaltningslag för landskapet Åland (2008:9), en landskapslag (2008:10) om tillämpning i landskapet Åland av viteslagen, en landskapslag (2007:88) om behandling av personuppgifter inom landskaps- och kommunalförvaltningen och en landskapslag (1977:72) om allmänna handlingars offentlighet, bara för att nämna några exempel. Det här har också ansetts betyda, att lagtinget kan stifta landskapslagar om offentlig upphandling, eftersom sådan lagstiftning reglerar landskapsregeringen och underlydande myndigheter och inrättningar samt landskapets kommunalförvaltning med avseende på offentlig upphandling, vilket samtidigt betyder att riksdagen har lagstiftningsbehörighet inom samma materiella

³ För den sedvanliga behörighetsfördelningen, se Suksi 2005, s. 198–247.

område för resten av landet. Den gällande landskapslagen inom detta område utgörs av landskapslag (2017:80) om tillämpning på Åland av rikslagar om offentlig upphandling, alltså en landskapslag som med vissa modifikationer sätter i kraft på Ålands område rikslagen om offentlig upphandling.⁴

Riket har å sin sida enligt 27 § 10 punkten i självstyrelselagen lagstiftningsbehörighet i fråga om ”upphovsrätt, patent, mönsterrätt och varumärke, otillbörligt förfarande i näringsverksamhet, främjande av konkurrens, konsumentskydd”. Enligt regeringens proposition RP 73/1990 rd med förslag till ny självstyrelselag för Åland hade man under tiden för 1950 års självstyrelselag ansett att lagstiftningen om främjande av konkurrens hör till rikets lagstiftningsområde, vilket kodifierades i 1991 års självstyrelselag. Enligt propositionen tänkte man sig att begreppet ”främjande av konkurrens” omfattar ”lagstiftningen om ekonomisk konkurrens eller den s.k. kartellagstiftningen”.⁵ Det här bör betyda att riksdagen har kunnat stifta konkurrensrelaterade rikslagar som ägt giltighet på Ålands område, såsom lagen om konkurrensbegränsningar (709/1988), lagen om konkurrensbegränsningar (480/1992), lagen om konkurrensverket (711/1988), lagen om konkurrensrådet (715/1988) och lagen om konkurrensrådet (481/1992)⁶ samt de gällande lagarna konkurrenslagen (948/2011) och lagen om Konkurrens- och konsumentverket (661/2012). Man torde kunna utgå ifrån att dessa lagar om främjande av konkurrens inte, enligt den gällande självstyrelselagen, har stått eller står i konflikt med den åländska lagstiftningsbehörigheten och inte heller med den åländska lagstiftningen exempelvis inom den offentliga upphandlingens område.⁷

Att lagstiftningen om offentlig upphandling hör till landskapet Ålands lagstiftningsbehörighet var utgångspunkten när den första landskapslagen angående tillämpning i landskapet Åland av lagen om offentlig upphandling stiftades år 1994.⁸

⁴ Allmänna övervakningsuppgifter i anslutning till upphandling sköts på Åland av Upphandlingsinspektionen. Se landskapslagen om Upphandlingsinspektionen (2017:81).

⁵ RP 73/1990 rd, s. 74. Högsta domstolen karaktäriserade rikets behörighet enligt 27 § 10 punkten i självstyrelselagen på ett liknande sätt i sitt utlåtande från 2007 (se nedan) när den konstaterade att det är ”fråga om lagstiftning om ekonomisk konkurrens eller den s.k. kartellagstiftningen”.

⁶ Sten Palmgren – Mats Wiklund (red.), Finlands lag. Juristförbundets förlag 1992, s. 405–410.

⁷ För närvarande pågår ett lagberedningsarbete för stiftandet av en ny självstyrelselag för Åland. Detaljerna angående fördelningen av lagstiftningsbehörigheten är inte kända, men det antas här att behörighetsfördelningen bibehålls oförändrad i de avseenden som det är fråga om här, med eventuella specifikationer kring upphandlingsfrågor.

⁸ Lagstiftningen om offentlig upphandling var överlag tämligen ny. Rikets lag om offentlig upphandling (1505/1992) antogs år 1992, och innan dess hade det funnits vissa regelverk, t.ex. förordningen om statens upphandlingar (1070/1979), som verkar ha haft som syfte att bl.a. trygga anskaffningar av inhemsk

I högsta domstolens utlåtande 14.4.1994, OH 94/44, granskade högsta domstolen både den administrativa aspekten av lagstiftningsbehörigheten i 18 § 1 och 4 punkten i självstyrelselagen, och den konkurrensrättsliga aspekten av behörigheten i 27 § 10 punkten i självstyrelselagen. Domstolen fann att trots att ”lagtingsbeslutets syfte även är att främja konkurrensen ingår det i lagtingsbeslutet inte sådana bestämmelser av rikslagstiftningsnatur som avses i sistnämnda punkt”. Domstolen skiljde således mellan lagtingsbeslutets syfte och de materiella bestämmelserna i lagtingsbeslutet och konstaterade att de materiella bestämmelserna inte innehöll något som skulle kunna tolkas som främjande av konkurrens och som därmed skulle kunna utgöra en överskridning av den åländska lagstiftningsbehörigheten.⁹ Landskapslagen kunde därför träda i kraft som planerat.

Redan vid denna tidpunkt, då Finland blivit delaktigt i EES-fördraget, stiftades landskapslagen med det förbehållet att de tröskelvärden för offentlig upphandling som gäller på Åland utgörs av EG:s tröskelvärden,¹⁰ vilket betyder att tröskelvärden som underskred EG:s tröskelvärden åsidosattes, dvs. rikets tröskelvärden. Orsaken till detta åsidosättande är inte närmare redovisad, men det förefaller med stöd av landskapsstyrelsens framställning att rikslagen inte vid denna tidpunkt innehöll några nationella tröskelvärden och att avsikten i riket varit i detta skede att ange tröskelvärden genom förordning, vilket för sin del uteslöt möjligheten att genom landskapslag av blankettkaraktär överföra tröskelvärden från rikets lag till den åländska

produktion. Inom EG hade det funnits bestämmelser om offentlig upphandling så tidigt som på 1960-talet och det första direktivet verkar ha varit direktiv 71/305/EEC. Om regelverkets utveckling, se även Alfred Streng, *Beaktande av sociala och miljömässiga hänsyn vid offentlig upphandling*. Åbo Akademi 2018, s. 12–23.

⁹ Till samma resultat om att offentlig upphandling hör till Ålands lagstiftningsbefogenhet kunde man komma genom tillämpning av 18 § 27 punkten i självstyrelselagen (övriga angelägenheter som enligt grundsatserna i denna lag skall hänföras till landskapets lagstiftningsbehörighet) och 27 § 42 punkten (övriga angelägenheter som enligt grundsatserna i denna lag skall hänföras till rikets lagstiftningsbehörighet). Denna bedömning var emellertid inte en del av högsta domstolens utlåtande 1994, inte heller i de senare utlåtandena.

¹⁰ I landskapsstyrelsens framställning nr 2/1993–94 till landskapslag angående tillämpning i landskapet Åland av lagen om offentlig upphandling, s. 3, konstateras att ”EES-avtalet uppställer inga krav på upphandlingen under tröskelvärdena varför denna grupp av upphandlingar kan hanteras och regleras på det sätt som varje medlemsstat finner ändamålsenligast”. I detaljmotiveringen (s. 13–14) föreslås att ”[e]ftersom upphandlingsdirektiven endast kräver ett offentliggörande av anbud som överskrider ett visst tröskelvärde (den planerade upphandlingens värde exklusive mervärdesskatt) föreslås en begränsning av lagens tillämpningsområde enligt 2 mom. 5 punkten till den upphandling som överskrider EG-direktivens tröskelvärden”, vilket tyder på att orsaken till valet av EG-tröskelvärdet är praktisk, dvs. undvikandet av översättning av upphandlingsannonserna och publicering av den i EG:s officiella tidning.

rättsordningen.¹¹ Landskapsstyrelsen hänvisade i sin framställning till en del undantag i rikslagen till skyldigheten att verkställa offentlig upphandling, däribland till att upphandling utan anbudstävling endast ska få göras av särskilda skäl. ”Som särskilda skäl betraktas enligt förarbetena [till rikslagen -MS] bland annat upphandling av ringa värde, då anordnandet av en anbudstävling medför oskäligt stora administrativa kostnader eller att upphandlingen är av så oväntad brådska att upphandlingen på grund av annat skäl än upphandlingsenhetens egna åtgärder inte kan bjudas ut genom anbudstävling.”¹²

2.2 Ändringar i upphandlingslagstiftningen år 2007: kamp mellan administrativt förfarande och konkurrens

Finland blev medlem i Europeiska unionen vid ingången av år 1995, efter ett år i Europeiska ekonomiska samarbetsområdet EES, vilket i sig införde en nödvändighet att ha upphandlingslagstiftning.¹³ EU-medlemskapet betydde för konkurrensrättens del att lagstiftningsbehörigheten inom området för konkurrens överfördes på EU. Det är möjligt att konstatera att all den lagstiftningsbefogenhet som riket haft inom området för konkurrensrätt överfördes på EU redan vid inträdet av medlemskapet 1995. Det numera upphävda Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster hänvisade som laglig grund för upphandlingsdirektivet till fördraget om upprättandet av Europeiskagemenskapen, särskilt artikel 47.2 och artiklarna 55 och 95 i fördraget. I det nu gällande fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) utgörs dessa fördragsbestämmelser av artiklarna

¹¹ Det konstateras emellertid i landskapsstyrelsens framställning nr 2/1993–94, s. 11–12, att ”[s]törsta delen av den upphandling som landskapet och kommunerna utför underskrider de tröskelvärden som anges i EG-direktiven” och att den ”föreslagna lagen torde således få föga ekonomisk verkan på den offentliga upphandlingen i landskapet eftersom tröskelvärdena enligt de olika direktiven i många fall är för höga för åländska förhållanden”. Det förklaras emellertid inte på något sätt varför man inte i detta skede tänkt på möjligheten att införa åländska tröskelvärden.

¹² Landskapsstyrelsens framställning nr 2/1993–94, s. 11.

¹³ Se landskapsstyrelsens framställning 2/1993–94, s. 2–3.

53.1¹⁴ och 62¹⁵ i kapitlet om etableringsrätt och i artikel 114¹⁶ i kapitel 3 om tillnärmning av lagstiftningen.¹⁷ Däremot ingår dessa fördragsbestämmelser inte bland de artiklar (artiklarna 101–106 FEUF) i kapitel 1 om konkurrensregler som finns i avdelning VII FEUF eller bland artiklarna om statsstöd (artiklarna 107–109 FEUF) och gjorde inte det i det förutvarande fördraget heller, trots att upphandlingsdirektivet godkändes för att garantera att offentlig upphandling öppnas för konkurrens.¹⁸ Offentlig upphandling förekommer inte som ett begrepp eller ett rättsinstitut i det förutvarande (fram till 2010) eller det gällande (från och med 2010) fördraget.¹⁹ Sánchez-Graells har kommenterat denna omständighet genom att konstatera, att EU:s upphandlingsdirektiv inte har EU-fördragets konkurrensbestämmelser som deras lagliga grund och att direktiven inte har som ändamål att genomföra artikel 101 FEUF

¹⁴ ”1. För att underlätta för personer att starta och utöva förvärvsverksamhet som egenföretagare ska Europaparlamentet och rådet i enlighet med det ordinarie lagstiftningsförfarandet utfärda direktiv som syftar till ömsesidigt erkännande av examens-, utbildnings- och andra behörighetsbevis och till samordning av medlemsstaternas bestämmelser i lagar och andra författningar om inledande och utövande av förvärvsverksamhet som egenföretagare.”

¹⁵ ”Bestämmelserna i artiklarna 51–54 ska tillämpas på de sakområden som regleras i detta kapitel.”

¹⁶ Den långa artikeln 114 består av tio punkter om förutsättningar för harmoniseringsåtgärder, däribland utgångspunkten för sådana i 1 punkten: ”1. Om inte annat föreskrivs i fördragen ska följande bestämmelser tillämpas för att nå de mål som anges i artikel 26. Europaparlamentet och rådet ska i enlighet med det ordinarie lagstiftningsförfarandet och efter att ha hört Ekonomiska och sociala kommittén, besluta om åtgärder för tillnärmning av sådana bestämmelser i lagar och andra författningar i medlemsstaterna som syftar till att upprätta den inre marknaden och få den att fungera.”

¹⁷ Enligt Europaparlamentets informationsblad utgörs den juridiska grunden för upphandlingsdirektiven av artiklarna 26, 34, 53.1, 56, 57, 62 and 114 FEUF, men de ytterligare artiklar som framförs av informationsbladet gör inte upphandlingsdirektivens juridiska grund i fördraget väldigt mycket stabilare eller tydligare. Informationsbladet finns tillgängligt på <<https://www.europarl.europa.eu/factsheets/en/sheet/34/public-procurement-contracts>>, besökt 27.4.2021.

¹⁸ Se även högsta domstolens utlåtande OH 2007/75 av den 27 juni 2007, där detta konstateras på följande sätt: ”Regelverket kring offentlig upphandling behandlas inte i EG-fördragets konkurrensregler men det har ett nära sakligt samband med den egentliga konkurrensrätten inom gemenskapen. I rättssystematiskt hänseende har man hänfört reglerna om offentlig upphandling till konkurrensrätten i vid mening vilket förklaras med reglernas primära syfte.” Det verkar som om högsta domstolen skulle vara aningen besvärad över att ingen direkt koppling mellan offentlig upphandling och fördragets konkurrensregler existerar.

¹⁹ Det enda stället där fördraget skapar en uttrycklig regleringsram för offentlig upphandling utgörs av artikel 179 FEUF (f.d. artikel 163 FEG), som gäller stärkandet av unionens vetenskapliga och tekniska grund genom att åstadkomma ett europeiskt forskningsområde med fri rörlighet för forskare, vetenskapliga rön och teknik, att främja utvecklingen av unionens konkurrensförmåga, inbegripet inom unionens industri, och att underlätta alla forskningsinsatser som anses nödvändiga enligt andra kapitel i fördragen. Enligt punkt 2 ska unionen stöda ansträngningar av företag, inklusive små och medelstora företag, forskningscentrum och universitet, när de gör insatser för forskning och teknisk utveckling av hög kvalitet, att samarbeta med varandra, främst i syfte att möjliggöra för forskare att fritt samarbeta över gränserna och för företagen att fullt ut utnyttja den inre marknads möjligheter, och detta särskilt genom att *skapa tillträde till de nationella offentliga upphandlingsmarknaderna* [min kursivering], genom att fastställa gemensamma standarder samt genom att avlägsna rättsliga och fiskala hinder för samarbetet.

eller någon annan konkurrensbestämmelse i FEUF. Han anser att direktiven i stället baserar sig på de fyra friheterna och bestämmelserna om den inre marknaden, men anser att fri konkurrens alltid utgjort en del av EU:s offentliga upphandling.²⁰

När det blev aktuellt att revidera upphandlingslagstiftningen på Åland år 2007 mot bakgrunden av 2004 års EG-direktiv antog Ålands lagting den 11 april 2007 en ändring av 1994 års landskapslag.²¹ Genom ändringen blev rikets då gällande lag om offentlig upphandling (FFS 348/2007) samt lagen om upphandling inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster (FFS 349/2007) – med vissa undantag – tillämpliga i landskapet på upphandlingar som gjordes av landskapsregeringen, under landskapsregeringen lydande myndigheter och inrättningar, kommunala myndigheter samt övriga upphandlingsenheter som landskapslagen avsåg. Ålandsdelegationen kunde för sin del konstatera om lagtingsbeslutet att landskapslagen om ändring av landskapslagen angående tillämpning i landskapet Åland av lagen om offentlig upphandling, att lagstiftningen ”avser en implementering av på området gällande EG-bestämmelser”.²² Ålandsdelegationen hänvisade till 18 § 1 och 4 punkten i självstyrelselagen och utgick uppenbarligen ifrån att landskapet har lagstiftningsbehörighet, men konstaterade därtill att i ”de genom blankettlagen antagna riksförfattningarna ingår även bestämmelser om främjande av konkurrens och skadestånd, på vilka områden lagstiftningsbehörigheten enligt 27 § 10 och 41 punkterna i självstyrelselagen hör till riket”. Ålandsdelegationen ansåg ändå att dessa konkurrensrelaterade bestämmelser kunde med stöd av 19 § 3 mom. intas i landskapslagen för att uppnå enhetlighet och överskådlighet. Inga hinder för landskapslagstiftningen om offentlig upphandling ansågs föreligga.

Högsta domstolen tänkte emellertid annorlunda och gav ett utlåtande efter omröstning (3–2) där domstolen betonade utvecklingen av den konkurrensrättsliga

²⁰ Albert Sánchez-Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*. Hart Publishing 2011, s. 194 f. Om man betraktar konkurrensfrågan utifrån ett EU-konkurrensrättsligt perspektiv, dvs. från utbudssidan, så har offentlig upphandling inte någon betydande roll i sammanhanget. Då innefattas i konkurrens enligt artiklarna 101–106 FEUF bl.a. dominerande marknadsställning, karteller, oligopoli, företagsfusioner, samföretag och horisontella samarbetsavtal. Visserligen kan konkurrensen också betraktas utifrån ett efterfrågeperspektiv (t.ex. uppköpsmonopol), men det är ett tämligen begränsat perspektiv inom konkurrensrätten. Se t.ex. Alison Jones – Brenda Sufrin, *EU Competition Law – Text, Cases, and Materials*. Oxford University Press 2011, passim, men särskilt s. 312–314 om uppköpsmonopol (med British Airways-målet som utgångspunkt). Det är givetvis möjligt att argumentera att det inte är möjligt att skilja åt konkurrens från den inre marknaden, för de syftar båda till att göra den ekonomiska verksamheten smidig, konkurrensen inom en exklusiv befogenhet för EU enligt artikel 3 FEUF och den inre marknaden inom en delad befogenhet enligt artikel 4 FEUF.

²¹ Ålands lagting, beslut LTB 23/2007, 11.4.2007, Fr. 10/2006–2007.

²² Ålandsdelegationens utlåtande nr 15/07 av den 21 maj 2007.

dimensionen.²³ Högsta domstolen ansåg att ett syfte med upphandlingsregleringen är konkurrensrättsligt och ett annat att effektivisera användningen av allmänna medel. Med avseende på det sistnämnda var det därför också fråga om att reglera det allmännas verksamhet och förfarandet inom offentliga organ: "Beträffande förfarandet i landskapsregeringen och myndigheter under den samt i kommunerna har landskapet behörighet att lagstifta." Domstolen konstaterade att "[u]pphandlingslagarna som antagits genom landskapslagen innehåller stadganden som dels hör till rikets behörighet och dels hör till landskapets". Upplägget var således i princip jämförbart med situationen 1994 och gällde dels främjande av konkurrens, dels förfarande hos offentliga organ. När det gäller det sistnämnda ansåg domstolen att ett syfte med upphandlingsregleringen är att effektivisera användningen av allmänna medel: "Det är således också fråga om att reglera det allmännas verksamhet. Regleringen gäller (...) förfarande inom offentliga organ. Beträffande förfarandet i landskapsregeringen och myndigheter under den samt i kommunerna har landskapet behörighet att lagstifta."

Domstolen resonerade emellertid också utifrån konkurrensregleringens utveckling efter 1994 och denna utvecklings inverkan på karaktären hos lagstiftningen om offentlig upphandling.²⁴ Det som framgår av högsta domstolens utlåtande är att lagtinget valt att genom en landskapslag "utesluta den största delen av antalet offentliga upphandlingar från lagens tillämpningsområde och på detta sätt ominstetgöra rikets principiella ställningstaganden inom konkurrensrätten", vilket domstolen ansåg att inte var möjligt. Mera specifikt så skulle det inte vara möjligt att genom landskapslag utesluta de nationella tröskelvärden för offentlig upphandling som rikslagen hade etablerat och genom uteslutningen endast tillämpa på Åland de betydligt högre tröskelvärden för offentlig upphandling som EG uppställt genom direktivet om offentlig upphandling. Detta skulle enligt domstolen leda till att upphandlingslagstiftningen skulle äga tillämpning på Åland endast vid ett fåtal tillfällen, även om ett av de uttalade syften med upphandlingslagstiftningen var att skapa förutsättningar för konkurrens. Enligt domstolen var problemet att "tillämpningsområdet för rikslagstiftningen i landskapslagen krympts i sådan omfattning att den reglering som

²³ Högsta domstolens utlåtande OH 2007/75 av den 27 juni 2007.

²⁴ Se högsta domstolens utlåtande OH 2007/75 av den 27 juni 2007: "För den offentliga upphandlingens del har uppfattningarna om lagstiftningens natur och tyngdpunkter blivit klarare sedan år 1994. Efter Finlands anslutning till den Europeiska ekonomiska gemenskapen har konkurrensen såsom motiv och medel för upphandlingslagstiftningen fått en allt större roll. I nuläget det är omöjligt att åsidosätta konkurrensbefrämjandet som behörighetsgrund."

innehåller starka konkurrensrättsliga drag inte bidrar till att för företagen skapa den konkurrensomgivning som lagen syftar till”.

Högsta domstolen ställer en konkret fråga om de alternativ som lagtinget har: ”Kan landskapet fortsättningsvis välja att tillämpa rikets lag endast då EU-tröskelvärdena överskrids?” Det är således fråga om ett val som lagtinget gjort i egenskap av det lagstiftningsorgan som utövar lagstiftningsbehörighet på Åland och som anser sig ha ansvar över genomförandet av EG:s upphandlingsdirektiv. Med andra ord, lagtinget har gjort en ändamålsenlighetsbedömning beträffande tröskelvärden och valt att följa EU:s tröskelvärden utan att bestämma några tröskelvärden som är anpassade till åländska förhållanden, antingen nationella eller sådana andra tröskelvärden som kanske varit mera ändamålsenliga på Åland, där exempelvis kommunerna är tämligen små. Lagtinget hade kunnat välja att ange tröskelvärden på vilken nivå som helst inom ramen för det som direktivet tillät, dvs. mellan EG:s höga tröskelvärden och väldigt låga tröskelvärden. Högsta domstolen verkar anse att användning av blankettlagstiftning i detta fall borde ha lett till stiftandet av en ”ren” blankettlag, inte en blandad sådan med egna bestämmelser.

Oavsett vilken nivå av tröskelvärden som skulle vara ändamålsenlig i sammanhanget är det emellertid uppseendeväckande att högsta domstolen med hänvisning till konkurrensregleringens utveckling förordat ändrandet av den tidigare behörighetsfördelningen mellan riket och Åland, dock utan att desto närmare förklara vilken den för behörighetsprövningen relevanta utvecklingen av konkurrensregleringen varit. Med tanke på att hänvisningen till konkurrensregleringens utveckling verkar vara omständigheten som bestämmer varför högsta domstolen ville skifta behörighetsgrund för upphandlingslagstiftningen från administrativ reglering i 18 § 1 och 4 punkten i självstyrelselagen till 27 § 10 punkten i självstyrelselagen, om främjande av konkurrens kunde man ha väntat sig att domstolen åtminstone i någon utsträckning förklarat innehållet hos förändringen, till exempel att de materiella bestämmelserna fått ett allt tydligare konkurrensfrämjande innehåll. Det är emellertid osäkert om någon sådan förändring alls inträffat i och med att EU-domstolen år 2006 i målet FENIN mot Europeiska kommissionen understrukt att ”det är frågan huruvida den senare användningen av den köpta produkten är av ekonomisk karaktär eller inte som oundvikligen avgör inköpsverksamhetens art”.²⁵ om upphandlingen leder till att varan eller tjänsten erbjuds, efter upphandlingen, på en viss marknad i form av ekonomisk verksamhet så bedriver enheten ekonomisk verksamhet som ett företag, varvid enheten omfattas av gemenskapens konkurrensrätt. Tolknigen i FENIN-

²⁵ Mål C-205/03, P Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) mot Europeiska gemenskapernas kommission, punkt 26. Se även Sánchez-Graells 2011, s. 150–151.

målet bekräftades år 2009 i mål C-113/07, P SELEX Sistemi Integrati SpA mot kommissionen.²⁶ Eftersom varor och tjänster som inköps genom offentlig upphandling vanligtvis inte leder till att den upphandlade varan eller tjänsten senare säljs på den öppna marknaden, utan till att den används och konsumeras av det offentliga samfundet som upphandlat varan eller tjänsten, så faller upphandlingsverksamheten utanför konkurrensrättens normala tillämpningsområde. Det är således det offentliga samfundet som är slutanvändaren av varan eller tjänsten, inte ett företag som skulle vara föremål för konkurrenslagstiftningen.²⁷

Det är möjligt att på basis av Sánchez-Graells undersökning av utvecklingen av EU:s upphandlingslagstiftning sluta sig till att ingen egentlig konkurrensbetonad utveckling av EU:s upphandlingslagstiftning ägt rum före 2007, vilket skulle betyda att högsta domstolen misstog sig om saken år 2007. Däremot framför Sánchez-Graells som en slutsats i sin undersökning från år 2011 att en sådan utveckling borde äga rum.²⁸ En liknande slutsats kan man dra utifrån högsta domstolens utlåtande från år 2017 (se nedan avsnitt 2.3), där domstolen konstaterar att upphandlingsförfarandets konkurrensrättsliga dimensioner inte förändrats på ett sådant sätt som skulle ge anledning att ompröva lagstiftningsbehörigheten i fråga, trots att regleringen av offentliga upphandlingar har utvecklats ytterligare mellan 2007 och 2017.²⁹ Både Sánchez-Graells och högsta domstolen är således av samma åsikt år 2011 respektive 2017 om att den konkurrensrättsliga dimensionen hos upphandlingslagstiftningen inte fått en starkare framtoning.

Det intryck man får av utlåtandet från år 2007 är att högsta domstolen åsidosatt lagtingets ändamålsenlighetsbedömning med avseende på tillämpning av enbart EG:s tröskelvärden och ansett, med utgångspunkt i främjande av konkurrens, att de nationella tröskelvärdena, godkända av riksdagen i rikslagen om offentlig upphandling, även borde gälla på Åland. Detta konstaterade högsta domstolen när den

²⁶ Mål C-113/07, P SELEX Sistemi Integrati SpA mot Europeiska gemenskapernas kommission, punkt 102: "[I]t would be incorrect, when determining whether or not a given activity is economic, to dissociate the activity of purchasing goods from the subsequent use to which they are put and that the nature of the purchasing activity must therefore be determined according to whether or not the subsequent use of the purchased goods amounts to an economic activity."

²⁷ Se även Kirsi-Maria Halonen, Hankintasopimuksen tehottomuus – hankinta- ja velvoiteoikeudellinen tutkimus hankintasopimuksen tehottomuudesta ja hankintayksikön vahingonkorvausvastuusta sen entiselle sopimuskumppanille. Edilex 2015, s. 8–9: "Näin ollen EU-kilpailuoikeuden sääntöjä ei lähtökohtaisesti sovelleta hankintayksiköihin, ellei ostetun tavaran tai palvelun myöhempi käyttö ole taloudellista tai ellei hankintayksikkö tarjoa tavaroita tai palveluja markkinoilla."

²⁸ Sánchez-Graells 2011, s. 394–397.

²⁹ Högsta domstolens utlåtande OH2017/134 av den 12 september 2017.

bedömde på vilken sida av behörighetsgränsen landskapslagens huvudsakliga fokus ligger: ”Stadgandet i 1 § 2 mom. landskapslagen skulle kunna ingå i landskapslagen om lagens område i huvudsak kunde ses som en reglering av det allmännas verksamhet i landskapet. I dagens läge är denna uppfattning inte mera korrekt. Regleringen av den offentliga upphandlingsverksamheten har i högre grad i uppgift att främja konkurrensen än att styra det allmännas verksamhet. Det primära målet för regleringen är att trygga att upphandlingen sker på ett sätt som garanterar öppenhet och lika behandling av anbudsgivarna samt att man använder konkurrensmöjligheter. Då den offentliga upphandlingen är konkurrensutsatt uppstår det sekundärt en effektivisering av verksamheten hos det allmänna. Med stöd av detta konstaterar Högsta domstolen att landskapslagen faller inom ett rättsområde för vilket riket till en större del har lagstiftningsbehörighet.” Mot den bakgrunden ansåg högsta domstolen att stadgandet i 1 § 2 mom. landskapslagen utgör en behörighetsöverskridning.

En minoritet om två justitieråd ansåg emellertid att den ”frågeställning, som var aktuell år 1994, motsvarar även i övrigt i allt väsentligt” den frågeställning som prövades år 2007. Minoriteten ansåg att det redan år 1994 fanns grunder att betrakta konkurrensen som en central målsättning i lagstiftningen om offentlig upphandling: ”Den omständigheten att konkurrensen bland annat genom nämnda ändringar i rikslagstiftningen sedan dess fått en ännu mera betydande roll i styrningen av offentlig upphandling talar för att rättsområdet kunde anses höra till området för rikets lagstiftningsbehörighet. Så som lagstiftningsläget är idag är det emellertid endast fråga om att en aspekt inom rättsområdet, som hör till landskapets behörighet, fått en större betydelse än tidigare. Att tyngdpunkten i bedömningen av behörigheten att lagstifta på detta rättsområde kunde vara mera på konkurrensens område i jämförelse med det som framkom 1994 är inte av avgörande betydelse då föreliggande ändringar i landskapslagen bedöms.” Överlag ansåg minoriteten att en ändring av lagstiftningsbehörigheten på det viset som majoriteten tänkte sig, dvs. från Åland till riket, förutsätter att en tillräckligt hög tröskel uppställs för sådana förändringar som innebär ändring i en tidigare gjord gränsdragning mellan rikets och landskapets lagstiftningsbehörighet. Frågan som inställer sig är således om skiftningar i EU-rättens målsättningar kan räcka till för att åstadkomma en justering i lagstiftningsbehörigheten (se nedan avsnitten 2.3 och 5).

När högsta domstolens utlåtande sedan presenterades för republikens president för avgörande av behörighetsfrågan, fattade presidenten ett beslut som för ovanlighetens skull gick emot högsta domstolens utlåtande vad gäller den aktuella bestämmelsen, dvs. 1 § 2 mom. i lagtingsbeslutet, genom att inte utöva sin vetorätt i

förhållande till bestämmelsen.³⁰ Bestämmelsen i landskapslagen kunde därmed träda i kraft, varvid tolkningen blir den att behörighetsgränsen inte ändrats och att landskapet uppfattades fortsättningsvis ha behörighet att stifta lag om offentlig upphandling utifrån uppfattningen om att den främst reglerar administrativt förfarande. Därmed blev behörighetsgrunden 18 § 1 och 4 punkten i självstyrelselagen.

Högsta domstolen konstaterade att lagtinget valt att utesluta de nationella gränsvärdena, men det valet är egentligen en politisk fråga. Det är således möjligt att säga att lagtinget i detta fall gjort en politisk bedömning av ändamålsenligheten hos en regel och stannat för att tillämpa på Åland de tröskelvärden som ingick i EG-rätten. Därmed kan man anse att högsta domstolen egentligen försökte blanda sig i det politiska avgörandet av hur upphandlingslagstiftningen på Åland skulle vara utformad och tänkte sig att rikets tröskelvärden hade garanterat en bättre konkurrensituation för de åländska företagen. Ändamålsenligheten hos ett lagstiftningsavgörande av lagtinget är emellertid något som högsta domstolen inte borde pröva, och man kan mot den bakgrund som hela prövningen av 2007 års lagstiftning utgör argumentera för att den prövningen egentligen är en fråga för de lagstiftningsorgan som deltar i ändringen av självstyrelselagen, dvs. riksdagen och lagtinget.³¹ Det är därför möjligt att anse, att presidentens underlåtenhet att utöva sin vetorätt i fråga om 1 § 2 mom. i lagtingsbeslutet bekräftade att presidenten inte utövade vetorätt av den orsaken att landskapslagen varit dåligt utformad, oöverlagd eller olämplig för de behov som råder på Åland,³² även om högsta domstolens utlåtande innehöll sådana antydningar. Landskapet och lagtinget skulle själva få bära ansvaret inom ramen för självstyrelsen för ett lagstiftningsbeslut som eventuellt visar sig vara oändamålsenligt eller politiskt bristfälligt.

Högsta domstolen ansåg att regleringen av den offentliga upphandlingsverksamheten har i högre grad till uppgift att främja konkurrensen än att styra det allmännas verksamhet. Det är säkert så att upphandlingslagstiftningen syftar till att skapa den jämna spelplan på vilken olika företag konkurrerar med varandra om de offentliga anskaffningarna. Man kan ändå fråga sig vad det är för ett regelverk som upphandlingslagstiftningen innehåller, dvs. vad är det för regler som utfärdas i upphandlingslagen? Är det främst myndighetsinterna förfaranderegler eller sådana vertikala regler och förfaringssätt som verkar i relationen mellan en myndighet och

³⁰ Valtioneuvosto, pöytäkirja 54/2007, 27.7.2007.

³¹ Se föredragningspromemorian, där föredraganden konstaterar inför presidentföredragningen att överföring av lagstiftningsmakt enligt huvudregel bör beslutas genom ändring av självstyrelselagen. Oikeusministeriö, Muistio/lainsäädäntöneuvos Sten Palmgren, 16.7.2007.

³² Suksi 2005, s. 142.

ett företag som betyder att offentlig makt utövas i beslutsfattandet? Eller är det fråga om sådana horisontella regler företag och myndigheter emellan som är typiska för civilrättsliga förhållanden? Med andra ord, vad är det huvudsakliga fokuset för regleringen i upphandlingslagstiftningen? Om det huvudsakliga fokuset är myndighetsinternt och/eller av vertikal karaktär, ligger det nära till hands att anse, att behörighetsgrunden hittas i 18 § 1 och 4 punkten i självstyrelselagen. Om det däremot är fråga om reglering av horisontella förhållanden eller om reglerna gäller främst företagen, skulle behörighetsgrunden kunna utgöras av 27 § 10 punkten i självstyrelselagen. Vi återkommer till dessa frågeställningar i avsnitt 3 nedan.

Sammanfattningsvis kan konstateras att 2007 års utlåtande innehåller två problematiska påståenden som är förbundna med varandra, nämligen att konkurrensrätten utvecklats så att den föranleder en skiftning i lagstiftningsbehörigheten i fråga om upphandlingslagstiftningen och att lagtinget inte kan utesluta det nationella tröskelvärdet. Samtidigt bör ett visst mått av proportionalitet införas i diskussionen: utlåtandet från år 2007 är sällsynt, möjligtvis det enda av sitt slag, och representerar inte på något sätt högsta domstolens normala praxis i behörighetsprövning, särskilt inom sådana områden där självstyrelselagen innehåller en helt uttrycklig bestämning av lagstiftningsbehörighetens placering.

Vad gäller konkurrensrätten så utgör den en EU-behörighet vars inverkan inom upphandlingsområdet åt det konkurrensrättsliga hållet högsta domstolen inte belagt och vars utveckling senare rättsvetenskaplig analys eller domstolstolkning inte kunnat bekräfta. Högsta domstolen kan väl inte vara förbjuden att tolka behörighetsfördelningen så, att ett sådant område för lagstiftningen som inte är uttryckligen nämnt i uppräkningsavsnittet av lagstiftningsbehörigheter skiftar från ena uppräkningsavsnittet till den andra, men en sådan skiftning väcker flera frågor. Bland annat kan man fråga sig vilken konsekvensen av en sådan skiftning är? Blir den gällande landskaps-lagstiftningen ogiltig och motsvarande rikslag därmed gällande i landskapet, eller är det så att den förutvarande landskapslagstiftningen förblir i kraft? Eller blir konsekvensen av något annat slag? Det finns ingen mekanism i självstyrelselagen som reglerar en sådan situation som skulle ha kunnat uppstå om majoritetens åsikt blivit gällande genom presidentens veto.

Det känns främmande att högsta domstolen och republikens president skulle kunna utöva sådan aktiv lagstiftningsmakt genom vilken gällande landskapslagens giltighet upphör till följd av utövning av vetorätten på ett sådant sätt att lagstiftningsbehörigheten för ett icke-uppräknat behörighetsområde övergår från landskapet till riket och att det efter sådan överföring av lagstiftningsbehörighet genom tolkning är rikslagen som tillämpas. Det förefaller rimligare att tänka sig att den gällande landskapslagen förblir i kraft och tillämpas av landskapets myndigheter. I enskilda

problemsituationer som kanske prövas i domstol skulle avgörandet emellertid i ett sådant läge troligtvis basera sig på rikslag. Det här är också ett rättsosäkert alternativ som kan leda till oklarheter. Ett ytterligare alternativ är att det skulle kunna uppstå en skyldighet till lagstiftningsåtgärder inom landskapet som avser att upphäva den landskapslagstiftning som inte längre hör till landskapets lagstiftningsbehörighet. För att undvika oklarheter torde det bästa alternativet vara att en sådan skiftning av lagstiftningsbehörigheten som högsta domstolen aviserade sker genom ändring i självstyrelselagen, inte genom högsta domstolens tolkning.³³ Oavsett konsekvensen av en skiftning av lagstiftningsbehörigheten genom högsta domstolens tolkning från lagtinget till riksdagen bör man kunna förvänta sig att en sådan grundläggande tolkningsändring beläggs på ett övertygande sätt så att skälen för den ändrade tolkningen framgår av högsta domstolens utlåtande. Avgörandet av vem det är som utövar lagstiftningsmakten beträffande ett område som inte är uttryckligen nämnt i 18 § eller 27 § i självstyrelselagen – lagtinget eller riksdagen – är av stor principiell betydelse. Skälen till överföring av lagstiftningsbehörigheten i sådana fall behöver demonstreras på ett sätt som övertygar inte bara republikens president, men även de båda lagstiftningsorganen.

Vad gäller tröskelvärdet så ställer högsta domstolen frågan om landskapet fortsättningsvis kan välja att tillämpa rikets lag endast då EU-tröskelvärdena överskrids och svarar nekande på den frågan. Här har högsta domstolen likväl gått in på området för lagtingets självständiga ändamålsenlighetsbedömning och tagit ställning till en politisk fråga, inte en juridisk. Det är möjligt att fråga sig om detta ställningstagande kanske var ett misstag av något slag.

2.3 Stiftandet av den gällande upphandlingslagstiftningen: åter administrativt förfarande

Sedan 2010 etableras konkurrens som en exklusiv lagstiftningsbefogenhet för EU genom artikel 3.1 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt. Enligt artikel 3.1 b har EU exklusiv befogenhet beträffande fastställandet av de konkurrensregler

³³ Ifall justering genom tolkning kunde ske på det sätt som högsta domstolen gett uttryck åt år 2007 (och gett en varning om år 2017), skulle det kunna uppstå en situation som liknar det behörighetsläckage från landskapet till riket inom ramen för 1920 års självstyrelselag, där ingåendet av folkrättsliga fördrag ledde till överföring av lagstiftningsbehörighet från landskapet till riket i en situation då endast rikets behörigheter var enumererade, medan landskapets behörigheter bestod av resten, dvs. det som inte ingick i rikets enumeration. Det här var en utveckling som man ville stävja genom var sin uppräknings av behörighetsområden för riket och landskapet i 1951 års självstyrelselag, så man kan anse att dubbelenumerationen existerar uttryckligen för att göra behörighetsförskjutningar rigida. Se Suksi 2018, s. 71 och Suksi 2005, s. 250–253.

som är nödvändiga för den inre marknadens funktion. Riket har således inte kvar någon ursprunglig lagstiftningsbehörighet inom konkurrensrättens område (och har säkerligen inte haft det heller efter EU-inträdet år 1995), utan den lagstiftningsbehörigheten utövas av EU:s lagstiftare. Utifrån det perspektivet spelar det inte någon roll för EU vilken eller vilka nationella lagstiftare det är som genomför direktivet om offentlig upphandling. Det som är centralt är att direktivets bestämmelser genomförs på rätt sätt inom medlemsstatens alla delar.

Europaparlamentet och rådet antog direktivet 2014/24/EU om offentlig upphandling den 26 februari 2014, och det upphävde det ovannämnda direktivet från 2004. Den lagliga grunden i fördraget för utövningen av lagstiftningsbefogenheten identifieras i såväl direktivets ingress som i artiklarna 53.1, 62 och 114, dvs. samma fördragsbestämmelser som år 2004 (se ovan), vilket igen betyder att de egentliga konkurrensreglerna inte utgör den lagliga grunden för direktivet och att direktivet inte har som sitt omedelbara ändamål att genomföra artikel 101 FEUF eller någon annan konkurrensbestämmelse i fördraget.³⁴ Ålands lagting fattade beslut den 31 maj 2017 om antagande av en landskapslag om tillämpning på Åland av rikslagar om offentlig upphandling och en landskapslag om Upphandlingsinspektionen. I sitt utlåtande nr 31/17 av den 20 juli 2017 gick Ålandsdelegationen igenom det komplicerade läge som högsta domstolens utlåtande från 2007 om den föregående upphandlingslagen föranlett, men konstaterade att de ovan angivna grundprinciperna för behörighetsfördelningen beträffande offentlig upphandling gäller även i fråga om den landskapslagstiftning som prövades 2017, liksom grundprinciperna gällt ändringar till lagstiftningen av år 2007. Den åländska upphandlingslagstiftningen utgör således enligt Ålandsdelegationen reglering av administrativt förfarande som med stöd av 18 § 1 och 4 punkten i självstyrelselagen faller inom ramen för landskapets lagstiftningsbehörighet.

Högsta domstolen var av samma åsikt som Ålandsdelegationen.³⁵ Landskapslagarna i fråga skulle göra vissa rikslagar tillämpliga även i landskapet. Såsom domstolen konstaterade så är rikslagstiftningen i fråga stiftad för att implementera

³⁴ Sánchez-Graells 2011, s. 194 f. Såsom det framförs i Simon Evers Hjelmberg – Peter Stig Jakobsen – Sune Troels Poulsen, *Public Procurement Law – the EU directives on public contracts*. Djof Publishing 2006, s. 21–23, så är den huvudsakliga idén bakom EU:s upphandlingsdirektiv baserad på insikten om att fördragsbestämmelserna inte förhindrar på ett effektivt sätt beviljandet av upphandlingskontrakt till nationella företag, vilket försämrar den internationella konkurrensen. Det som man således vill åstadkomma genom direktiven är en gemensam marknad för upphandlingskontrakt. Den konkurrensrättsliga dimension som hänvisas till i Evers Hjelmberg – Jakobsen – Troels Poulsen 2006, s. 26, utgörs av det grundläggande syftet att säkerställa konkurrens för upphandlingskontrakt på ett sätt som samtidigt gör utformandet av karteller mellan anbudsgivare oacceptabelt.

³⁵ Högsta domstolens utlåtande OH2017/134 av den 12 september 2017.

EU-lagstiftning inom upphandlingsområdet, och nu var det fråga om genomförande av EU-lagstiftningen inom Ålands område genom landskapslagar som i stort sett överensstämmer med motsvarande rikslagar. Högsta domstolen upprepade att offentlig upphandling berör dels rättsområdet främjande av konkurrens, dels rör sig om förvaltningsförfarande. Enligt 27 § 10 punkten i självstyrelselagen har riket lagstiftningsbehörighet i fråga om främjande av konkurrens, medan lagstiftningsbehörigheten beträffande förvaltningsförfarande är beroende av vem den upphandlande enheten är: om den upphandlande enheten är en landskapsmyndighet eller en kommun på Åland, bestäms lagstiftningsbehörigheten enligt 18 § 1 och 4 punkten i självstyrelselagen, och om den upphandlande enheten är en riksmyndighet, bestäms lagstiftningsbehörigheten enligt 27 § 3 punkten i självstyrelselagen angående statsmyndigheternas organisation och verksamhet.

Högsta domstolen kommenterar beslutsfattandet år 2007 men verkar åtminstone i detta skede ha funnit sig i den tolkning som republikens president tillsammans med domstolens minoritet företrädde 2007 och som ytterligare knyter till behörighetsprövningen år 1994: ”När Högsta domstolen år 2007 tog ställning till motsvarande landskapslagstiftning var frågeställningen beträffande lagstiftningens substans och lagstiftningsbehörigheten densamma. Till grund för tolkningen hade man använt Högsta domstolens utlåtande år 1994, vilket republikens president hade omfattat och i vilket hade konstaterats att det i landskapslagstiftningen beträffande offentlig upphandling inte ingick sådana bestämmelser av rikslagstiftningsnatur som avses i 27 § 10 punkten självstyrelselagen, fastän lagstiftningen även gällde främjande av konkurrens.” År 2007 ansåg högsta domstolen däremot på ovan beskrivet sätt ”att det hade skett en förändring i detta avseende på grund av en dynamisk rättsutveckling på detta rättsområde vilket hade lett till att lagstiftningens konkurrensfrämjande funktioner hade blivit starkare. Därför ansåg Högsta domstolen i sitt utlåtande att lagstiftningsbehörigheten skulle anses tillhöra riket. Republikens president omfattade dock inte Högsta domstolens utlåtande till denna del i sitt beslutsfattande.” Domstolen konstaterade att syftet med regleringen av offentlig upphandling är ”att effektivisera användningen av allmänna medel och samtidigt öppna marknaden för offentlig upphandling inom hela Europeiska unionen för konkurrens från andra medlemsstater. EU-regleringen av offentlig upphandling bidrar till målen för Europeiska unionens inre marknad samt unionens övriga mål. Fastän den EU-rättsliga regleringen har utvecklats och den är dynamisk till sin natur, har syftet med regleringen av offentliga upphandlingar i princip varit det samma ända från början.” År 2017 är det således inte fråga om någon sådan förskjutning mot främjande av konkurrens som år 2007.

Domstolen ger emellertid inte upp tanken från 2007 om att det kan ”uppstå behov av att ompröva en fråga som avgjorts tidigare även vad beträffar lagstiftningsbehörigheten”, även om det i ljuset av tidigare praxis, inklusive presidentens beslut 2007, inte år 2017 behövdes någon omprövning av lagstiftningsbehörigheten. ”Den tidigare linjen torde följas vid beslutsfattandet i nuläget.” Därför ansåg högsta domstolen att landskapslagarna faller inom landskapets behörighet och att det inte förelåg hinder för att de träder i kraft. Med stöd av detta behövde presidenten inte utnyttja sin vetorätt.

Det är ändå beaktansvärt att högsta domstolen anser att regleringen av offentliga upphandlingar har utvecklats ytterligare under senare tid, som om det skulle kunna föranleda ett framtida omprövningsbehov med tanke på lagstiftningsbehörigheten. Ändå anser domstolen ”att upphandlingsförfarandets konkurrensrättsliga dimensioner inte efter det att republikens president senast på basis av bl.a. högsta domstolens utlåtande fattat beslut gällande lagstiftningsbehörigheten förändrats på ett sådant sätt som skulle ge anledning att ompröva lagstiftningsbehörigheten ifråga”. En sådan situation förefaller emellertid vara tänkbar i anslutning till någon framtida ändring av upphandlingslagstiftningen, kanske i anslutning till en helhetsrevidering av EU:s upphandlingslagstiftning på ett sådant sätt att upphandlingsregleringen ges laglig grund i artiklarna 101–106 FEUF. Då kunde det bli fråga om att lagstiftningen om offentlig upphandling inte mera anses utgöra reglering av administrativt förfarande, utan reglering av konkurrens, men högsta domstolens varning med tanke på framtida ändringar verkar inte utesluta behörighetsändring genom tolkning i högsta domstolens utlåtanden. Med tanke på den rigiditet som präglar behörighetsfördelningen mellan Åland och riket genom de två separata uppräkningsarna av lagstiftningsbehörighet i 18 § respektive 27 § i självstyrelselagen skulle en sådan eventuell ändring av tolkningen åsidosätta det sedvanliga sättet att reglera behörighetsfrågor, vilket i vanliga fall sker genom ändring av självstyrelselagen. Vill man säkerställa att Åland även i fortsättningen har lagstiftningsbehörighet i fråga om upphandlingsfrågor borde en uttrycklig bestämmelse om sådan behörighet införas i den nuvarande 18 § i självstyrelselagen eller i en motsvarande uppräkning av åländsk behörighet i en ny självstyrelselag, som för närvarande förbereds. En sådan ändring verkar ha varit aktuell i varje fall i ett betänkande med utkast till vissa bestämmelser i en ny självstyrelselag³⁶ och i justitieministeriets utkast av den 2 juli 2021 till

³⁶ Se Janina Groop-Bondestam – Filip Kjellberg, Ålands självstyrelse i utveckling – Självstyrelselagsarbetsgruppens 2018 riktlinjeförslag/Ahvenanmaan itsehallinnon kehittäminen – Itsehallintolaki-työryhmän 2018 linjausehdotukset. Justitieministeriets publikation 14/2018. Justitieministeriet 2018, s. 44 och 57, <https://julkaisut.valtioneuvosto.fi/bitstream/handle/10024/160762/OMML_14_2018_Aland_Ahvenanmaa.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, besökt 15.4.2021.

regeringens proposition till riksdagen med förslag till Ålands självstyrelselag,³⁷ så problematiken är uppmärksammas inom lagberedningen och kan leda till en uttrycklig bestämmelse om upphandling som en åländsk lagstiftningsbehörighet i en framtida självstyrelselag.

2.4 Den åländska upphandlingslagstiftningens struktur

Efter alla dessa turer med prövning av lagstiftningsbehörigheten finns det emellertid skäl att fråga sig hur upphandlingslagstiftningen på Åland är konstruerad. I dagens läge regleras upphandlingsverksamheten på Åland av landskapslagen (2017:80) om tillämpning på Åland av rikslagar om offentlig upphandling. Enligt 1 § i landskapslagen ska tre rikslagar om offentlig upphandling tillämpas på Åland, men med de avvikelser som anges i denna landskapslag. Dessa tre rikslagar är lagen om offentlig upphandling och koncession (FFS 1397/2016), lagen om upphandling och koncession inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster (FFS 1398/2016) och lagen om beaktande av energi- och miljökonsekvenser vid offentlig upphandling av fordon (FFS 1509/2011). I landskapslagen ingår emellertid en begränsning som motsvarar den begränsning som gav upphov till behörighetsproblem år 2007 och behörighetsanmärkningar år 2017 i och med att landskapslagen ska enligt dess 1 § 2 mom. endast tillämpas på upphandling som beräknas uppgå till minst de tröskelvärden som fastställs i EU:s bestämmelser om offentlig upphandling.³⁸

³⁷ I utkastets paragrafförslag föreslås att lagstiftning om offentlig upphandling nämns som en uttrycklig lagstiftningsbehörighet för Åland och i motiveringen framförs att avsikten inte är att åstadkomma någon ändring i det rådande läget. Se <<https://www.lausuntopalvelu.fi/SV/Proposal/Participation?proposalId=3e29f070-1914-44dc-b0dc-b87ec83a63c8>>, besökt 24.9.2021.

³⁸ Det gällande EU-tröskelvärdet har fastställts genom kommissionens delegerade förordning (EU) 2015/2170 av den 24 november 2015 om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU vad gäller de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden, som utfärdats på basis av artikel 6 i upphandlingsdirektivet och som tillämpar Världshandelsorganisationen WTO:s avtal om offentlig upphandling. Upphandlingsdirektivet hindrar inte att en medlemsstat väljer att fastställa lägre tröskelvärden, men förutsätter inte uttryckligen fastställandet av nationella tröskelvärden. Kommissionen utvärderar tröskelvärdessfrågan med jämna mellanrum och kan fastställa nya tröskelvärden för EU. Finland har också ratificerat WTO-avtalen, inklusive avtalet om offentlig upphandling, men samtidigt lämnat en reservation angående upphandlingsavtalets tillämpning på Åland. Se Anmärkning 3 bland de allmänna anmärkningarna till upphandlingsavtalet: ”Finland reserverar sin position rörande avtalets tillämpning på Åland” i förordning om ikraftträdande av avtalet om upprättande av Världshandelsorganisationen och dess bilageavtal (17/1995; Fördr 5/1995). Se även lag (16/1994) om godkännande av WTO-arrangemanget. Ålands lagting har gett sitt bifall till den WTO-helhet i vilken upphandlingsavtalet ingår. Det är emellertid oklart vad Anmärkning 3 kan ha för betydelse i och med att artikel XXII om de avslutande bestämmelserna till upphandlingsavtalet föreskriver att ingen part kan lämna reservationer till någon av fördragsbestämmelserna, annan än att man upptäckt vid ratificeringen att Åland har lagstiftningsbehörighet över upphandlingslagstiftningen.

Ovannämnda landskapslag om offentlig upphandling innehåller två bemyndiganden för landskapsregeringen att utfärda förordningar, ett bemyndigande i 1 mom. att hämta in riksförordningar om offentlig upphandling och ett annat bemyndigande i 2 mom. om att närmare bestämmelser om verkställigheten och tillämpningen av landskapslagen utfärdas vid behov genom landskapsförordning. Veterligen har sådana landskapsförordningar inte utfärdats, men landskapsregeringen har i stället fattat ett beslut (2019:113) om vissa upphandlingar.³⁹ Landskapsregeringens beslut gäller enligt dess 1 § såsom en *anvisning* för verkställande av landskapets årliga budget och tillämpas på landskapsregeringen, under landskapsregeringen lydande myndigheter och inrättningar, dock inte på landskapets affärsverk eller på Ålands hälso- och sjukvård. Landskapsregeringens beslut tillämpas inte heller på vissa typer av upphandlingar.⁴⁰

Det som är speciellt med landskapsregeringens beslut är att det inför ett generellt upphandlingsförfarande för landskapsregeringen och myndigheter som lyder under landskapsregeringen och inrättningar vid upphandlingar vars värde understiger de EU-tröskelvärden som avses i 1 § 2 mom. i landskapslagen om tillämpning på Åland av rikslagar om offentlig upphandling. Således förbinder sig landskapsregeringen att i praktiken gå in för även lägre tröskelvärden vid sina upphandlingar än de tröskelvärden som gäller i riket. Sådana upphandlingsförfaranden som understiger EU:s tröskelvärden verkar inte åtnjuta de preventiva och repressiva rättsskyddsformer som ingår i rikslagstiftningen för upphandlingar som överstiger rikets tröskelvärden. Detta gäller även andra upphandlande enheter på Åland, såsom kommunerna.⁴¹ En anvisning av landskapsregeringen kan inte fungera som rättslig

³⁹ Det här är inte första beslutet av detta slag av landskapsregeringen, utan sådana har fattats åtminstone två gånger tidigare. Se landskapsregeringens beslut 2018:13 och landskapsregeringens beslut 2018:16 gällande vissa upphandlingar. Se även Handbok om landskapets upphandling – Komplement till landskapsregeringens beslut gällande vissa upphandlingar, tillgänglig i elektronisk form på <<https://www.regeringen.ax/sites/www.regeringen.ax/files/attachments/page/handbok-landskapets-upphandling.pdf>>, besökt 24.9.2021.

⁴⁰ Dessa är enligt 1 § 2 mom. i landskapsregeringens beslut avtal om förvärv eller hyra av fast egendom eller byggnader eller till dessa anknytande rättigheter, oberoende av finansieringsformen eller betalnings sättet, avtal om skiljeförfarande eller förlikningstjänster, finansiella tjänster och avtal gällande finansiella tjänster i anknytning till emittering, anskaffning, försäljning eller överföring av värdepapper eller andra finansiella instrument eller Finlands Banks tjänster, anställningsavtal, avtal om annan forskning och produktutveckling än sådan som uteslutande är till nytta för den upphandlande enheten i dess affärsverksamhet och vars kostnader den upphandlande enheten står för och rättegångsombudstjänster och juridiska rådgivningstjänster i direkt anslutning till dem.

⁴¹ De åländska kommunerna kan ha egna interna upphandlingsanvisningar som gäller för upphandlingar under EU-tröskelvärdet. Se t.ex. av stadsstyrelsen år 2019 godkända upphandlingsdirektiv för Mariehamns stad, punkt 9 om upphandling under EU-tröskelvärdet: "Konkurrensutsättning och opartiskhet är norm

grund för överklagande till och avgörande av marknadsdomstolen. Läget är därmed sådant att anbudsgivare egentligen inte kan anföra framgångsrika besvär över sådana upphandlingsförfaranden som ordnas inom landskapets lagstiftningsbehörighet och som understiger EU:s tröskelvärde, även om landskapsregeringen kan använda sig av sådana upphandlingsförfaranden som anvisningen förespeglar.

Eftersom 2 § i landskapsregeringens beslut hänvisar till olika upphandlingsprinciper vid upphandling som underskrider EU-tröskelvärdet – nämligen fri konkurrens, effektiv användning av offentliga medel samt iakttagande av principerna om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet, proportionalitet och ömsesidigt erkännande och därtill att man särskilt eftersträvar att den upphandlande enheten beaktar hållbarhet i upphandlingsförfarandet – kan man tänka sig att landskapsregeringens beslut har ett samband med 2 § 3 mom. sista meningen i upphandlingslagen enligt vilken man vid upphandling som underskrider de nationella tröskelvärden ska sträva efter att beakta tillräcklig öppenhet och icke-diskriminering med hänsyn till upphandlingens storlek och omfattning. Innehållsmässigt är landskapsregeringens beslut bredare formulerat än upphandlingslagens principer för smärre upphandlingar, men det innehåller sådana principer som i övrigt följer av 2 § 1 mom. och 2 mom. i upphandlingslagen.

Frågan om tröskelvärdet har en rättslig och praktisk betydelse, eftersom marknadsdomstolen i mål som gäller offentlig upphandling på Åland genom sådana upphandlingsenheter som verkar inom ramen för landskapets lagstiftningsbehörighet regelmässigt bedömer om EU-tröskelvärdet överskrids i det aktuella målet. Om tröskelvärdet överskrids, prövar marknadsdomstolen besvärerna,⁴² men om tröskelvärdet underskrids, lämnas ärendet utan prövning.⁴³ Tröskelvärdet bestämmer

inom all upphandling även under EU's tröskelvärden. Huvudregeln är att anbudsförfrågan utannonseras eller riktas till minst tre leverantörer. Avsteg i form av direktupphandling kan göras i fråga om upphandlingar där värdet är ringa eller direktupphandling annars är påkallat." Sådana upphandlingsanvisningar eller -regler är tämligen allmänna bland finländska kommuner, särskilt i större kommuner, som utöver kommunens upphandlingsverksamhet har som målgrupp de företag inom marknaden som kan tänkas sälja varor eller tjänster till kommunen: genom dessa kompletterande anvisningar informerar kommunen företagen om att upphandlingsförfarandet tillämpas även för vissa mindre upphandlingar. Detta är fallet t.ex. i S:t Karins stad, som är något större till invånarantal (ca 34 000) än landskapet Åland (ca 30 000), där upphandlingsstadgan från år 2019 tillämpas på alla upphandlingar som överskrider 10 000 euro. Då gäller 13 § i upphandlingsstadgan, enligt vilken den upphandlande enheten bör fatta ett skriftligt och motiverat upphandlingsbeslut om omständigheter som inverkar på kandidaternas och anbudsgivarnas ställning.

⁴² Se t.ex. MD 562/20, MD 559/20, MD 408/17.

⁴³ Se t.ex. MD 148/09: "Med beaktande av den utredning som företetts om det uppskattade värdet av upphandlingen enligt de ovan nämnda besluten om köp av flygtransporttjänster och den ovan nämnda

således i första hand huruvida repressivt rättsskydd kan meddelas eller inte, men i andra hand även hur viktigt preventivt rättsskydd blir i sammanhanget. Landskapsregeringens anvisning torde inte ha någon betydelse i sammanhanget med tanke på prövningsbarhet (även om den kan tänkas ha positiva effekter på det preventiva rättsskyddet), utan det är tröskelvärdet som fastställts i landskapslagen som styr prövningsbarheten i marknadsdomstolen. Frågan om huruvida EU-tröskelvärdet överskridits är mer eller mindre en första processuell fråga som marknadsdomstolen ställer sig, vilket i sin tur antyder en närhet till och ett samband med regler om rättsskydd, som är en riksbehörighet enligt 27 § 23 punkten i självstyrelselagen.⁴⁴

Det är mycket intressant att det i landskapsregeringens lagförslag nr 23/2016–2017 till ovannämnda landskapslagstiftning inte ingår någon egentlig bedömning av eller reflektion kring EU:s tröskelvärden i förhållande till egna tröskelvärden, varken till de tröskelvärden i rikslagen som 1 § 2 mom. i landskapslagen åsidosätter för Ålands del eller till sådana Ålandsinterna tröskelvärden som skulle vara anpassade till det åländska samhällets litenhet eller särskilda förhållanden. Det hänvisas inte till exempelvis den ökning av byråkrati som ibruktagandet av rikets tröskelvärden eller ännu lägre tröskelvärden kunde leda till, exempelvis i de i många fall mycket små kommuner som finns på Åland, inte heller till den administrativa kostnad⁴⁵ som sådana lägre tröskelvärden skulle kunna medföra för åländska myndigheter eller för åländska företag när de försöker konkurrera med varandra och eventuellt med icke-åländska företag som har eller skulle kunna ansöka om näringstillstånd.⁴⁶ Det ingår inte heller några hänvisningar till marknadens litenhet, till inbesparingar som

övriga utredning som Ab Skärgårdsflyg företett, finner marknadsdomstolen att upphandlingens totala förhandsvärde exklusive mervärdesskatt har understigit de ovan nämnda tröskelvärdena. Med hänsyn till bestämmelsen i 1 § 2 mom. 5 punkten (ÅFS 1994/43) i ovan nämnda landskapslag angående tillämpning i landskapet Åland av lagen om offentlig upphandling skall bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling (1505/1992) således inte tillämpas i ärendet. Av detta följer att marknadsdomstolen inte är behörig att avgöra ärendet. Ansökan skall därför lämnas utan prövning.”

⁴⁴ Det kan i denna situation också bli fråga om åtminstone indirekt åsidosättande av rätten till rättsskydd som följer av 21 § i grundlagen. Även sådana förvaltningsbeslut genom vilka man upphandlar varor eller tjänster som underskrider gränsvärdet behöver observera vissa förvaltningsrättsliga och EU-rättsliga principer (se nedan avsnitt 3).

⁴⁵ Se härom t.ex. Christopher Bovis, *EC Public Procurement: Case Law and Regulation*. Oxford University Press 2006, s. 153–154. Se även Sánchez-Graells 2011, s. 105–106.

⁴⁶ Denna artikel går inte in på den i och för sig intressanta frågan om hur näringsrätten enligt 11 § i självstyrelselagen, som även erkänns i Protokoll 2 i Finlands anslutningsfördrag till EU, påverkar offentlig upphandling på Åland. Grundidén med offentlig upphandling är emellertid att även andra än de företag som existerar inom det territoriella området för det offentliga samfundet (t.ex. en kommun, landskapet Åland) kan delta i anbudsförandet, vilket betyder att även företag från riket och från utlandet borde kunna konkurrera på lika villkor om upphandlingskontrakt på Åland. Att begränsningarna för i riket bosatta och utländska näringsidkares möjligheter att delta i åländska upphandlingar påverkas av den åländska näringsrätten ter sig emellertid uppenbart t.ex. beträffande olika entreprenader och tjänster.

myndigheterna kunde få genom konkurrensutsättning eller till tveksamheter om den marknadsrationalitet som man allmänt föreställer sig att upphandlingslagstiftningen tror sig kunna utnyttja för lägre upphandlingskostnader, inte heller till inbesparingar som konkurrensutsättning genom offentlig upphandling skulle kunna leda till för den åländska skattebetalaren. Att sådana bedömningar saknas i lagförslaget är rätt uppseendeväckande mot bakgrunden av att det var uttryckligen frågan om tröskelvärden som tilldrog sig högsta domstolens intresse under behandlingen av upphandlingslagstiftningen år 2007.

3 Upphandlingslagstiftningens ”karaktär”

3.1 Bakgrund: olika typer av rättsliga relationer

Högsta domstolen ansåg i sitt utlåtande från år 2007 att regleringen av den offentliga upphandlingsverksamheten har i högre grad till uppgift att främja konkurrensen än att styra det allmännas verksamhet och återkom till liknande tankegångar i sitt utlåtande från år 2017. Därmed är det emellertid på intet sätt uteslutet att utövning av offentlig makt i vertikala förhållanden skulle vara oviktig inom konkurrensrättens område. Tvärtom, konkurrensmyndigheterna (Europeiska kommissionen och Konkurrens- och konsumentverket) kan med stöd av lag vidta en mängd olika ensidiga myndighetsåtgärder i förhållande till olika ekonomiska aktörer i samhället.

Lagen om offentlig upphandling och koncession (1397/2016), som alltså gäller på Åland förutom till den delen som den etablerar nationella tröskelvärden, erbjuder exempel på flera olika typer av rättsliga relationer. Det finns två olika deltyper av vertikala relationer (V), där det vertikala förhållandet mellan en upphandlande enhet och anbudsgivare eller anbudssökande utgör ena deltypen (V1) och det vertikala förhållandet mellan den upphandlande enheten och användaren eller kunden den andra deltypen (V2). En ännu klarare reglering av det offentliga och framför allt det administrativa utgörs av de regler i upphandlingslagen som reglerar omständigheter beträffande myndighetsverksamheten (M) utan omedelbar extern verkan utanför myndighetsorganisationen. Det finns två typer av denna reglering, där regler som gäller inom den upphandlande enheten utgör den ena deltypen (M1) och regler som gäller förhållandet mellan den upphandlande enheten och en annan upphandlande enhet eller myndighet utgör den andra deltypen (M2). Utöver dessa vertikala relationer och myndighetsregler finns i upphandlingslagen också regler om horisontella relationer. Det finns två olika deltyper av horisontella relationer (H), där regler som gäller inom eller för anbudsgivaren eller anbudssökanden utgör den ena deltypen (H1) och regler som gäller mellan anbudsgivare eller anbudssökande och företag eller

annan privat part utgör den andra deltypen (H2). Därtill innehåller upphandlingslagen bestämmelser om upphandlingskontraktet (UK), dvs. om det avtal som den upphandlande enheter ingår med den vinnande anbudsgivaren efter att själva upphandlingsförfarandet avslutats med ett val med stöd av upphandlingslagen av ett vinnande anbud.

I målet HD 2013:19 tog högsta domstolen ställning till den rättsliga karaktären hos ett upphandlingskontrakt och bedömde om det är fråga om ett förvaltningsavtal eller ett civilrättsligt avtal, varvid domstolen stannade vid det sistnämnda. I målet var det fråga om ett upphandlingskontrakt om köp av tjänster som gällde endoskopiundersökningar mellan Hyvinge stad och ett bolag. Undersökningarna skulle bolaget utföra på stadens hälsocentral. Staden hade emellertid sagt upp avtalet. Bolaget yrkade i sin talan mot staden att staden skulle åläggas att betala skadestånd till bolaget för inkomstförlust som hade uppstått under uppsägningstiden för avtalet. Avtalet var till sitt innehåll sådant att det inte innefattade myndighetsutövning och det avsåg inte heller skötsel av en offentlig förvaltningsuppgift, utan det var fråga om att kommunen hade upphandlat en tjänst för att ordna en del av den hälsovård som ankom på kommunen. Det var alltså inte fråga om ett förvaltningsavtal och därför hörde det till de allmänna domstolarnas behörighet att behandla tvisten om avtalet.⁴⁷ I punkt 21 i domskälen undersöker högsta domstolen frågan om kontraktets rättsliga natur med början i förarbetena till förvaltningslagen (RP 72/2002 rd, s. 55), där regeringen konstaterar att i ett privaträttsligt avtalsförhållande framträder ett offentligt samfund som part i detta avtalsförhållande, inte i egenskap av utövare av offentlig makt. Här verkar högsta domstolen således återknyta målet till den ovan förda diskussionen om horisontalitet *contra* vertikalitet.

Högsta domstolen fortsätter med att hänvisa till regeringens proposition till förvaltningslagen när domstolen säger att man inom offentliga samfund ofta behöver fatta ett särskilt beslut eller flera särskilda beslut om att ingå en rättshandling och om innehållet i en rättshandling, varvid det är fråga om ett eller flera led i beslutsfattandet som föregår ingåendet av rättshandlingen.⁴⁸ Högsta domstolen konstaterar att dessa led underlyder förvaltningslagen. Högsta domstolen anser att en motsvarande situation gäller inom området för offentlig upphandling, där valet av avtalspart ofta föregås av ett separat upphandlingsförfarande som är särskilt reglerat och som

⁴⁷ Se även Saila Eskola – Eva Kiviniemi – Tarja Krakau – Erkki Ruohoniemi, Julkiset hankinnat. Alma Talent 2017, s. 165–166, och Streng 2018, s. 264.

⁴⁸ För ett liknande exempel från Sverige inom området för lån som fram till 1982 kunde beviljas av Riksbanken, se Tryggve Hellners – Bo Malmqvist, Förvaltningslagen med kommentarer. Norstedts Juridik 2010, s. 31. Avgörandet av om någon skulle beviljas ett sådant lån betraktades som myndighetsutövning, men efter att lånet beviljats blev Riksbankens förhållande till låntagaren underkastat privaträttsliga regler.

baserar sig på konkurrensutsättning. Det är på basis av detta upphandlingsförfarande som avtalsparten sedan väljs och upphandlingsbeslutet fattas.⁴⁹ Därefter konstaterar högsta domstolen med hänvisning till regeringens proposition till upphandlingslagen (RP 50/2006 rd, s. 51) att det upphandlingskontrakt som ingås efter upphandlingsbeslutet vanligtvis är privaträttsligt till sin karaktär. Samtidigt som det alltså fastslås att upphandlingskontraktet är ett privaträttsligt avtal, vilket därmed framträder i ett horisontellt förhållande mellan det offentliga samfundet och företaget, så antyds här att upphandlingsbeslutet är en del av ett vertikalt förhållande mellan det offentliga samfundet och de anbudsgivare som deltagit i konkurrensutsättningen.

3.2 Vertikala relationer

3.2.1 Deltyp V1

Inom ramen för vertikala relationer⁵⁰ representeras deltypen V1 angående förhållandet mellan en upphandlande enhet och anbudsgivare eller anbudssökande. Här finns den självklara situationen där den upphandlande enheten med stöd av 123 § 1 mom. i upphandlingslagen ska fatta ett skriftligt och motiverat beslut om de avgöranden som påverkar anbudssökandenas och anbudsgivarnas ställning samt om anbudsförfarandets utgång. Hit hör valet med stöd av 122 § av det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga och beslut med stöd av 125 § att avbryta upphandlingsförfarandet. Delgivning av upphandlingsbeslutet enligt 127 § är också en del av V1, något som understryks av bestämmelsens 2 mom. som gör det möjligt att delge beslutet med motivering samt besväransvisningen och rättelseanvisningen i ett vanligt brev i enlighet med bestämmelserna i förvaltningslagen. Såsom dessa bestäm-

⁴⁹ Den proposition till förvaltningslag (RP 72/2002 rd, s. 55) som högsta domstolen hänvisar till innehåller en intressant skrivning om beslutsfattandet vid offentlig upphandling. Regeringen skriver att ingäendet av förvaltningsavtal föregås i vissa fall av en anbudstävlan enligt upphandlingslagen och av att vinnaren utses genom ett förvaltningsbeslut. Som exempel framförs köptrafiktjänster enligt lagen om tillståndspliktig persontrafik på väg (343/1991).

⁵⁰ Det kan anses att vertikala relationer av typen V1 regleras bl.a. genom 2 § 3 mom., 28 § 1 mom., 33 §, 34 § 1 mom., 35 §, 36 §, 37 § 5–6 mom., 38 § 3 mom., 39 § 2–3 mom., 40 § 1 mom., 41 §, 42 § 1–3 mom., 43 §, 46 § 1 mom., 47 §, 48 §, 51 §, 52 § 1 mom., 53 §, 54 § 1 mom., 55 § 3 mom., 56 § 3–6 mom., 57 §, 62 § 1–2 mom. och 4 mom., 63 § 1 mom., 66 §, 72 § 3 mom., 73 §, 74 § 2 mom., 75 § 2 mom., 76 §, 77 §, 78 §, 79 § 3 mom., 80 §, 81 §, 83 §, 85 § 1 mom., 86 § 1 mom., 88 § 1, 3 mom., 90 § 1–2 mom., 91 § 2 mom., 92 § 1 och 3–4 mom., 96 §, 103 § 1 mom., 104 §, 105 § 1 mom., 106 §, 112 § 1 mom., 113 §, 114 § 1 mom., 115 § 1 mom., 118 §, 119 §, 121 §, 122 §, 123 §, 125 §, 126 §, 127 §, 132 §, 133 § 1–2 mom., 134 § 2 mom., 138 § 1 mom., 142 § 1 mom., 141 § 1 mom., 146 §, 147 §, 148 § 1–2 mom., 149 §, 150 § 1 mom., 153 § 1 mom., 155 § 1 mom., 156 §, 158 § 2 mom., 159 §, 160 § 2 mom., 162 § 1 mom. och 165 § i upphandlingslagen. I denna förteckning har marknadsdomstolens åtgärder i anslutning till upphandlingsbesvär (145–168 §) klassificerats som vertikala åtgärder av typen V1.

melser antyder är regleringen i upphandlingslagen i många avseenden snarlik den reglering som ingår i förvaltningslagen, vilket för sin del förstärker uppfattningen om att regleringen har en stark administrativ karaktär.⁵¹

Kirsi-Maria Halonen framför i sin undersökning från år 2015 i fråga om upphandlingslagstiftningens civilrättsliga dimensioner att det förefaller som om fattandet av upphandlingsbeslutet inte i allmänhet innehöll utövning av offentlig makt, även om tidigare rättsvetenskaplig litteratur framlagt uppfattningar om att förutsättningarna för utövning av offentlig makt skulle vara uppfyllda.⁵² I den senare kommentarlitteraturen har man emellertid kommit till motsatta slutsatser. Salla Eskola, Eeva Kiviniemi, Tarja Krakau och Erkki Ruohoniemi anser att det slutliga upphandlingsbeslutet är ett förvaltningsbeslut och att beslutsfattandet i sig inbegriper utövning av offentlig makt.⁵³ Kalle Määttä och Tomi Voutilainen har på ett grundligt sätt tagit ställning till upphandlingsbeslutens karaktär och kopplar upphandlingslagstiftningen starkt till förvaltningsrättslig reglering uttryckligen av orsaker som sammanhänger med förfarandereglererna. Förfarandebestämmelserna om upphandling kan enligt dem karaktäriseras som offentligrättslig reglering som föreskriver att upphandling av offentliga samfund bör genomföras enligt vissa förfaringsätt som uppfyller vissa vägande offentliga intressen, även om beslutsfattandet i upphandlingsärenden inte nödvändigtvis kan kopplas till traditionell utövning av offentlig makt. Beslut som fattas i upphandlingsärenden är ändå ensidiga, såsom den upphandlande enhetens beslut om ställningen hos de parter som deltar i upphandlingen.⁵⁴

⁵¹ Såsom det konstateras i Eskola – Kiviniemi – Krakau – Ruohoniemi 2017, s. 166, så innehåller upphandlingsförfarandet flera led som föregår ingåendet av upphandlingskontraktet och som inbegriper fattandet av förvaltningsbeslut på vilka förvaltningslagen tillämpas. Se även Evers Hjelmberg – Jakobsen – Troels Poulsen 2006, s. 227–228, 230, 357, där resonemanget utgår ifrån att upphandlande enheter fattar beslut i olika skeden av förfarandet, men framför allt med avseende på valet av det vinnande anbudet, då de upphandlande enheternas prövningsrätt har begränsats och att den upphandlande enheten måste välja ett anbud om ett av de två centrala kriterierna uppfylls, dvs. det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller lägsta priset. Dock påpekas det att en ensam anbudsgivare i en anbudstävling som inte lockat andra anbud inte har rätt att få upphandlingskontraktet beviljat.

⁵² Halonen 2016, s. 158–162, 228.

⁵³ Eskola – Kiviniemi – Krakau – Ruohoniemi 2017, s. 166. Se även den illustrerande uppställningen av upphandlingsförfarandets olika skeden i Eskola – Kiviniemi – Krakau – Ruohoniemi 2017, s. 167–169, enligt vilken förvaltningsbeslut och faktisk förvaltningsverksamhet förekommer i olika skeden av upphandlingsförfarandet.

⁵⁴ Kalle Määttä – Toni Voutilainen, *Julkisten hankintojen sääntely*. Kauppakamari 2017, s. 44, 47, 48–50. Denna diskussion berör också den traditionella uppdelningen av rättsordningen i offentlig rätt och privaträtt, och på s. 47–48 konstaterar Määttä och Voutilainen att upphandlingslagstiftningen kan placeras inom kategorin för offentlig rätt, även om uppdelningen förlorat i betydelse, då upphandlingsreglererna inte kan placeras på ett klart sätt i någondera kategorin på grund av att de innehåller element av båda. Se även

Intrycket av att upphandlingslagen hör till området för administrativ reglering förstärks ytterligare av att marknadsdomstolens hantering av besvär som föranleds av tillämpningen av upphandlingslagen kompletteras enligt 167 § i upphandlingslagen av bestämmelser i lagen om rättegång i förvaltningsärenden (808/2019) och av att besvären över marknadsdomstolens beslut enligt 165 § anförs hos högsta förvaltningsdomstolen, förutsatt att högsta förvaltningsdomstolen beviljar besvärstillstånd.

Till denna kategori V1 hör emellertid också en mängd andra åtgärder som inte hör till det som regleras i förvaltningslagen, till exempel 33 § 1 mom., enligt vilket endast de anbudssökande som den upphandlande enheten valt ut får lämna anbud vid selektivt förfarande, och angivandet enligt 2 mom. av det lägsta antal anbudssökande som bjuds in att delta i selektivt förfarande (samt vid behov det högsta antalet anbudssökande, dock minst fem om inte antalet lämpliga sökande är lägre). Vertikala förhållanden regleras också i anslutning till 35 §, där den upphandlande enheten ges möjlighet att under förfarandets gång uppmana anbudsgivarna att lämna nya anbud som anpassats utifrån förhandlingarna och också att vidta vissa andra åtgärder. I den konkurrenspräglade dialogen enligt 36 § kan den upphandlande enheten i förväg begränsa antalet anbudssökande som bjuds in att delta i dialogen och som godkänns som anbudsgivare, och därtill är tanken den att den upphandlande enheten för en dialog med de godkända anbudssökandena för att kartlägga och bestämma hur dess behov bäst ska kunna tillgodoses. Dialogen kan slutföras genom att den upphandlande enheten uppmanar anbudsgivarna att lämna sina slutliga anbud utifrån den eller de lösningar som lagts fram och specificerats under dialogen, men dessa anbud kan på begäran av den upphandlande enheten ytterligare preciseras och förtydligas, och därtill kan den upphandlande enheten begära att förhandlingar förs med den bästa anbudsgivaren för att under vissa begränsningar slutgiltigt bestämma de finansiella åtaganden eller andra villkor som anges i anbudet. Innovationspartnerskap innehåller likartade möjligheter till kontakter mellan den upphandlande enheten och anbudsgivaren. Vissa något oklara fall kan också anses höra till V1, såsom uppskattningen enligt 28 § 1 mom. av den upphandlande enheten av koncessionshavarens omsättning och medgivandet enligt 32 § 1 mom. i anslutning till publiceringen av upphandlingsannonsen att den upphandlande enheten får sända en anbudsfrågan till de leverantörer som anses vara lämpliga.

Det syns att kategorin V1 är tämligen framträdande bland de olika normerna i upphandlingslagen och kan jämföras i regleringens intensitet med kategori M1. Utöver konkurrensrätten har upphandlingslagstiftningen således en mängd gränssytor i förhållande till förvaltningsrätten, något som Halonen konstaterar i sin undersökning.⁵⁵ Till dessa gränssytor räknar hon bland annat att många av de upphandlande enheterna är myndigheter, offentligheten hos upphandlingsdokumenten regleras genom lagen om offentlighet i myndigheternas verksamhet (621/1999), bestämmelserna om delgivning av upphandlingsbeslutet finns delvis i förvaltningslagen (434/2003; på Åland i förvaltningslagen för landskapet Åland, 2008:9) och de domstolar som prövar upphandlingsärenden tillämpar lagen om rättegång i förvaltningsärenden (808/2019).

3.2.2 Deltyp V2

I upphandlingslagen ingår därtill en annorlunda vertikal dimension, en dimension som egentligen är avsedd för att gå vid sidan om den egentliga rättsliga relationen mellan den upphandlande enheten och anbudsgivaren genom att skapa en relation till användaren. Bestämmelser av detta slag är tämligen fåtaliga i upphandlingslagen och de ingår i lagens 12 kap. om social- och hälsovårdstjänster samt andra särskilda tjänsteupphandlingar. Enligt 108 § 2 mom. i upphandlingslagen ska den upphandlande enheten vid upphandling av social- och hälsovårdstjänster, för att trygga individuella, långvariga och regelbundna vård- och socialtjänster för dem som använder tjänsterna, beakta användarnas särskilda behov och samråd med användarna på det sätt som föreskrivs annanstans i lag. Enligt bestämmelsens 2 mom. ska den upphandlande enheten vid sådan upphandling beakta faktorer som har samband med tjänsternas kvalitet, kontinuitet, åtkomlighet, överkomlighet, tillgänglighet och omfattning och ställa dessa i relation till de olika användarkategoriernas särskilda behov, användarnas deltagande och ökade möjligheter till påverkan samt innovation. Enligt 3 mom. ska den upphandlande enheten vid sådan upphandling bestämma kontraktens längd och de andra kontraktsvillkoren så att kontrakten inte har oskäliga eller oändamålsenliga följder för tjänsteanvändarna. Enligt 110 § i upphandlingslagen får den upphandlande enheten i enskilda fall använda direktupphandlingar av social- och hälsovårdstjänster om det med hänsyn till tryggheten av ett för klienten betydelsefullt vård- eller klientförhållande skulle vara uppenbart oskäligt eller särskilt oändamålsenligt att ordna ett anbudsförfarande eller byta tjänsteleverantör.

⁵⁵ Se Halonen 2015, s. 18, särskilt fotnot 58.

Genom rättsregler i delkategorin V2 försöker lagstiftaren således göra det möjligt att beakta sociala och mänskliga hänsyn i upphandlingsförfarandet.

3.3 Myndighetsinterna bestämmelser

3.3.1 Deltyp M1

En stor del av regleringen i upphandlingslagen gäller den upphandlande enhetens interna verksamhet⁵⁶ utan direkt inverkan på utomstående på samma sätt som inom den vertikala dimensionen. Hit kan anses höra upphandlingslagens 25 § om de nationella tröskelvärden som den upphandlande enheten ska följa, likaså de EU-tröskelvärden som etableras i lagens 26 § och sättet för beräkning av det uppskattade värdet av en upphandling enligt 27 §, likaså beräkningen av det uppskattade värdet av viss tjänsteupphandling enligt 29 §, beräkningen av det uppskattade värdet under en kontraktperiod enligt 30 § och förbudet i 31 § mot att dela upp upphandling eller kombinera upphandlingar på ett konstgjort sätt. De olika upphandlingsförfarandena som regleras i 32–55 § i upphandlingslagen innehåller också en hel del bestämmelser med myndighetsintern verkan av förfarandekaraktär, likaså minimitidsfristerna och beräkning av tidsfrister enligt 56 §, bestämmelser om annonsering enligt 58–59 §, förhandsannonser enligt 61 § och informationsutbyte enligt 62–64 § samt olika aspekter i anbudsförfrågan enligt 67–75 §. Kontroll av anbud och anbudsgivare enligt 79 § hör också hit, liksom de avhjälpande åtgärder som anbudssökande och anbudsgivare enligt 82 § kan använda sig av för att lägga fram bevis för sin tillförlitlighet och valet av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet enligt 93 §.

Denna kategori regler är minst lika omfattande i upphandlingslagen som V1, kanske även bredare, och man kan konstatera med stöd av bestämmelser av detta slag att de upphandlande enheternas interna hantering av upphandlingsärenden är föremål för en långtgående och detaljerad reglering i lag. Det som kategorin M1 tillför till diskussionen är således en klar uppfattning om att regleringen av de upphandlande enheternas interna förfarande är innehållsmässigt likartad som den allmänna förvaltningslagstiftningen och att upphandlingslagens karaktär som en lag om förvaltningsförfarande som tillämpas vid myndigheter förstärks.

⁵⁶ Det kan anses att interna förfaranden av typen M1 regleras bl.a. genom 1 §, 2 §, 3 § 1 mom., 25–31 §, 32–55 §, 56 § 1–2 mom., 58–59 §, 61 §, 62 § 1–2 mom. och 4 mom., 63–64 §, 65 § 1 mom., 67–72 §, 75 § 2–3 mom., 79 § 1–2 mom., 82 § 1 mom., 83–89 §, 90 § 3 mom., 91 § 1 mom., 93 §, 95 §, 99 §, 100 §, 102 §, 109 §, 111 §, 115 § 2 mom., 118 § 1 mom., 119 §, 122 §, 123 § 2–4 mom., 124 §, 125 §, 132–133 §, 148 § 3 mom., 170 § i upphandlingslagen.

3.3.2 Deltyp M2

I upphandlingsverksamheten gäller en del regler som anger något om förhållandet mellan den upphandlande enheten och en annan upphandlande enhet eller myndighet.⁵⁷ Även här är det således fråga om förfaranderegler, men om externa förfaranderegler olika enheter och myndigheter emellan. Denna kategori är, i likhet med M1, tämligen bred. Regler som ingår i denna kategori utgörs av exempelvis bestämmelser i 15 § om upphandling hos enheter anknutna till den upphandlande enheten, i 16 § om upphandling hos andra upphandlande enheter, i 20 § om upphandling hos en inköpscentral, i 21 § om annan gemensam upphandling och i 24 § om reserverade upphandlingskontrakt. Hit hör också beredning av ramavtal enligt 42 § där flera upphandlande enheter deltar, förfarande kring publicering av upphandlingsannonser enligt 60 §, beaktande enligt 97 § av stöd som ges av den upphandlande enheten vid jämförelse av anbud, annonsering om upphandling enligt 101 §, översändande av upphandlingsrapporten till Europeiska kommissionen och till arbets- och näringsministeriet enligt 124 § 3 mom. och annonsering om direktupphandling och ingående av upphandlingskontrakt enligt 131 §. En viktig dimension av upphandlingsförfarandet som hör till kategorin M2 är tillsynen över upphandlingar enligt 139–144 §, där Konkurrens- och konsumentverket har en central roll. Det förefaller som om kategori M2 ytterligare stärkte förfarandedimensionen och den administrativa karaktären hos upphandlingsregleringen.

3.4 Horisontella relationer

3.4.1 Deltyp H1

Den horisontella kategorin introducerar en i viss mån civilrättslig aspekt hos upphandlingsregleringen. Denna deltyp av regler som gäller inom eller för anbudsgivaren eller anbudssökanden, inte i förhållande till den upphandlande enheten, är förhållandevis få i jämförelse med regler som ingår i kategorierna V och M. Till sådana regler kan räknas bestämmelsen i 171 § 2 mom. om att meddelande om användning av underleverantör inte begränsar den huvudsakliga anbudsgivarens ansvar för att genomföra upphandlingen och kravet enligt 104 § 2 mom. att en anbudsgivare ska i sitt anbud visa att den vara, tjänst eller byggtreprenad som

⁵⁷ Det kan anses att externa myndighetsrelationer av typen M2 regleras bl.a. genom 3 § 2 mom., 15 § 1 mom., 16 § 1 mom., 17 §, 18 §, 20–24 §, 42 §, 58 § 3 mom., 60 §, 65 § 2 mom., 89 § 2 mom., 97 §, 101 §, 124 § 3 mom., 131 §, 133 § 3 mom., 134 § 2–3 mom., 139–144 §, 145 § 2 mom., 148 § 1 mom., 149 § 3 mom., 150 § 2 mom., 151 § 1 mom., 152 § 1 mom., 153 § 2 mom., 154 § 1–2 mom., 157 §, 158 § 1 mom., 159 §, 160 § 1 mom., 161 §, 168 §, 171 §, 172 § i upphandlingslagen.

erbjuds överensstämmer med kraven i upphandlingsannonsern och anbudsförfrågan (med liknande bestämmelse i 113 § 2 mom. inom området för social- och hälsovårdstjänster). Möjligheten för anbudssökande eller anbudsgivare att enligt 87 § 2 mom. använda samma europeiska enhetliga upphandlingsdokument vid flera upphandlingsförfaranden för att bevisa frånvaron av uteslutningsgrunder eller uppfyllandet av lämplighetskrav hör också hit. Bestämmelser inom denna kategori verkar således vara endast några få. Om det fanns en betydande konkurrensrättslig dimension i upphandlingslagstiftningen av det slag som kunde antyda om exempelvis kartellreglering, så skulle denna deltyp av normer vara mycket mera omfattande i upphandlingslagstiftningen. Så är nu inte fallet.

3.4.2 Deltyp H2

Den deltyp av horisontella regler som gäller mellan anbudsgivare eller anbudssökande och företag eller annan privat part är också tämligen få, men de uppvisar en ännu klarare civilrättslig aspekt bland upphandlingslagens regler. Upphandlingslagens ändamål enligt 2 § 1 mom. att garantera lika möjligheter för företag och sammanslutningar att erbjuda varor, tjänster och byggtreprenader vid anbudsförfaranden för offentlig upphandling, kan kanske räknas in här och likaså 77 § 2 mom. skyldigheten för anbudsgivaren att under upphandlingskontraktets giltighetstid meddela ändringar i fråga om underleverantörerna och ändringar i uppgifter om dem. Leverantörer får enligt 92 § 1 mom. lämna anbud eller anmäla sig som anbudssökande som grupp, vilket torde förutsätta en överenskommelse dem emellan innan åtgärden vidtas i förhållande till den upphandlande enheten. Därtill får en anbudssökande eller anbudsgivare enligt 92 § 2 mom. för fullgörande av kontraktet utnyttja andra enheters kapacitet, oberoende av den rättsliga arten av förbindelserna mellan dem. Kapacitet som gäller kvalifikationer och erfarenhet hos personalen vid andra enheter får dock användas endast om de berörda andra enheterna är seriöst med i förverkligandet av upphandlingen. På samma sätt som H1 skulle denna deltyp vara mycket starkare företrädd bland upphandlingsreglerna om det fanns en betydande konkurrensrättslig dimension i upphandlingslagstiftningen till exempel av det slag som gäller för karteller eller andra former av fenomen som hindrar konkurrens.

3.4.3 Upphandlingskontraktet UK

Bestämmelserna om upphandlingskontraktet förstärker den civilrättsliga aspekten hos upphandlingslagen. Såsom det konstateras i 128 § uppstår upphandlingskontraktet genom ingående av ett separat, skriftligt kontrakt. Enligt 98 § 1 mom. i

upphandlingslagen kan den upphandlande enheten ställa särskilda villkor beträffande ekonomiska och sociala samt innovations- och sysselsättningsrelaterade hänsyn för fullgörande av upphandlingskontraktet, förutsatt att villkoren är kopplade till föremålet för upphandlingen och till ett upphandlingskontrakt mellan en statlig centralförvaltningsmyndighet, och den vinnande anbudsgivaren kan enligt 2 mom. fogas ett villkor enligt vilket det i de i Finland utförda arbeten som ingår i upphandlingskontraktet ska följas åtminstone de minimivillkor för ett anställningsförhållande som enligt finsk lag och bestämmelserna i kollektivavtal ska iaktas i likartat arbete. Vid upphandling som överstigit EU-tröskelvärdet och vid i bilaga E avsedd tjänsteupphandling eller koncession som överstiger det nationella tröskelvärdet föreskrivs i 129 § att kontraktet får ingås tidigast 14 dagar efter det att anbudssökanden eller anbudsgivaren har fått eller anses ha fått del av beslutet och besväransvisningen, förutom i de situationer som enligt 130 § utgör undantag från iakttagandet av väntetiden. I 150 § i upphandlingslagen ingår ett förbud mot att ingå ett upphandlingskontrakt, om upphandlingsbeslutet förts till marknadsdomstolen genom besvär. I 136 § ingår ett förbud mot att göra väsentliga ändringar i upphandlingskontraktet eller ramavtalet under kontraktperioden utan ett nytt upphandlingsförfarande, om upphandlingens värde överstiger EU-tröskelvärdena eller om det är fråga om tjänsteupphandlingar enligt bilaga E eller om koncessioner som överskrider de nationella tröskelvärdena. Vissa undantag till ändringsförbudet ingår i bestämmelsens 2 mom. I 137 § ingår lagstadgade grunder för uppsägning med omedelbar verkan av upphandlingskontraktet. I övrigt torde sedvanliga avtalsrättsliga regler gälla för upphandlingskontrakt, inklusive prövning av tvister vid allmänna domstolar, såsom även framhålls i det ovannämnda avgörandet HD 2013:19.

3.5 *Slutsatser*

Sammantaget betyder de olika rättsliga relationerna att de vertikala och de myndighetscentrerade komponenterna hos upphandlingslagen är väldigt framträdande och dominerande, medan den horisontella dimensionen är tämligen blygsamt reglerad. Rikets gällande upphandlingslagstiftning från 2016, som med undantag av bestämmelser om nationella tröskelvärden gäller även på Åland sedan 2017, är i själva verket mera detaljerad i regleringen av de vertikala och myndighetsinterna relationerna än den tidigare upphandlingslagstiftningen.

Betyder det ovan sagda att upphandlingslagstiftningen inte har något med konkurrensfrämjande att göra? Nej, det gör det inte, för den konkurrenslagstiftning som EU har lagstiftningsbefogenhet över och som med utgångspunkt i EU-lagstiftningen stiftats på nationell nivå innehåller viktiga förvaltningsrättsliga

dimensioner genom att konkurrenslagstiftningen förutsätter i många situationer utövning av offentlig makt. Däremot ligger upphandlingslagens innehåll långt ifrån den kartellagstiftning eller illojal konkurrens som förarbetena till 27 § 10 punkten i självstyrelselagen avser att skulle höra till rikets lagstiftningsbehörighet.

Bestämmelserna om hur Konkurrens- och konsumentverket kan ingripa i sådana inbördes förhållanden företagen emellan som har till syfte att skapa osunda affärsförbindelser som begränsar konkurrensen eller att upprätta regelrätta karteller finns i konkurrenslagen (948/2011), inte i upphandlingslagstiftningen. Sådana förbud mot konkurrensbegränsande åtgärder har sin upprinnelse i artiklarna 101 och 102 FEUF, som hittas i fördragets avdelning VII om gemensamma regler om konkurrens, beskattning och tillnärmning av lagstiftning, närmare bestämt i dess kapitel 1 om konkurrensregler, bland regler tillämpliga på företag. Dessa artiklar utgör således den juridiska grund som inom ramen för EU:s exklusiva lagstiftningsbefogenhet inom konkurrensrättens område ger upphov till en viss nationell lagstiftning. De förbud som har till syfte att upprätthålla konkurrens i artiklarna 101 och 102 FEUF, däribland konstaterandet i 101.2 FEUF att "[a]vtalet eller beslut som är förbjudna enligt denna artikel är ogiltiga", och som genom konkurrenslagens bestämmelser anpassas till finska förhållanden inverkar på horisontella förhållanden mellan företag. Dessa EU-bestämmelser och de tillämpliga nationella bestämmelserna gäller även på Åland.

4 Tolkningar av upphandlingsbeslutens förhållande till myndighetsutövning i Finland och Sverige

4.1 Rättsläget i Finland

Den vertikala dimensionen kännetecknas vanligtvis av myndighetsutövning av något slag, vilket i sin tur aktualiserar frågan om hur myndigheternas, i detta fall de upphandlande enheternas, verksamhet är sanktionerad i ett förvaltningsrättsligt och ett straffrättsligt avseende.⁵⁸ Sådana sanktioner kan givetvis också bli aktuella i myndighetsinterna processer. Därmed är det främst bestämmelser i upphandlingslagen som vi ovan kategoriserat i deltyperna V1 och M1, dvs. vertikala relationer och myndighetsinterna rättsliga regler.

⁵⁸ Se Määttä – Voutilainen 2017, s. 50, som konstaterar att upphandling kan anses utgöra utövning av offentlig makt till vilken förverkligandet av tjänsteansvar ansluter sig.

Om man tänker sig att en stor del av upphandlingen äger rum genom statliga och kommunala myndigheter där personer i tjänstemannaställning har till uppgift att vidta olika åtgärder med stöd av upphandlingslagen, är de förvaltningsrättsliga sanktionsmöjligheterna sådana som ämbetsverkets ledning kan påföra tjänsteinnehavaren. Enligt 24 § i statstjänstemannalagen (750/1994) kan en tjänsteman som bryter mot eller åsidosätter sin tjänsteplikt ges en skriftlig varning.⁵⁹ Även 35 § 3 mom. i lagen om kommunala tjänsteinnehavare (304/2003) föreskriver om varning som sanktionsmöjlighet för åsidosättande av eller brott mot förpliktelser som följer av tjänsteförhållandet, men klarare än i statstjänstemannalagen som ett led i en eventuell uppsägningsprocess.⁶⁰ Vanligtvis brukar man till ämbetsverkets sanktionsmöjligheter också räkna givandet av anmärkning, som inte är en egentlig lagstadgad disciplinär åtgärd, men som ämbetsverket kan använda sig av.⁶¹ Det har förekommit situationer där offentliga samfund gett anmärkningar till sina tjänstemän för handlingar som påståtts ha brutit mot upphandlingslagen, exempelvis bestämmelserna om tillämpning av nationella tröskelvärden (M1). Däremot är det inte känt om någon getts en varning som en disciplinär åtgärd eller blivit av med sin tjänst till följd av åsidosättande av tjänsteskyldigheter som sammanhänger med upphandlingslagen, men det förefaller som klart möjligt att även sådana tjänstemannarättsliga åtgärder vore möjliga.

Det framgår också att straffrättsliga åtgärder gentemot tjänstemän är möjliga för åsidosättande av upphandlingslagens bestämmelser, även om antalet mål förefaller vara lågt. En tingsrätt hade dömt en kommundirektör till böter för åsidosättande av tjänsteplikt av oaktsamhet med stöd av 40 kap. 10 § i strafflagen i kombination med olika materiella bestämmelser, såsom 24 och 61 § i kommunallagen (410/2015), vissa

⁵⁹ Uppsägning av tjänsteman på grunder etablerade i statstjänstemannalagen är möjligt, men det uppfattas inte som en disciplinär åtgärd, då tjänstemannen inte mera fortsätter i myndighetens tjänst. På ett liknande sätt kan man resonera om en tjänstemans tjänsteförhållande upplöses genast med stöd av 33 § i statstjänstemannalagen på grund av att tjänstemannen grovt brutit mot eller åsidosatt sin tjänsteplikt.

⁶⁰ En kommunal tjänsteinnehavares tjänsteförhållande kan också hävas med stöd av 41 § i lagen om tjänsteinnehavare i kommuner och välfärdsområden, om det finns synnerligen vägande skäl, såsom ett så allvarligt brott mot eller åsidosättande av tjänsteinnehavarens förpliktelser som följer av lag eller bestämmelser och som är av väsentlig betydelse för tjänsteförhållandet att det inte skäligen kan förutsättas att arbetsgivaren fortsätter tjänsteförhållandet ens för den tid uppsägningstiden varar. Tjänstemannarättsliga konsekvenser för kommunalt anställda förefaller vara tämligen ovanliga, men kränkningar av upphandlingslagstiftningen kan framkomma vid och föranleda reaktioner av den interna revisionen eller, om det är fråga om grövre fall, av den externa revisionen.

⁶¹ En varning antecknas enligt 4 § i matrikellagen (1010/1989) i den matrikel som förs över varje statstjänsteman och statligt anställd.

bestämmelser i kommunens förvaltningsstadga,⁶² statsrådets förordning om offentlig upphandling (614/2007) och en mängd bestämmelser i 2007 års upphandlingslag (1 §, 2 §, 6 §, 15 §, 17 §, 19 §, 65 §, 66 §, 67 § och 68 §). Vasa hovrätt friade kommundirektören i sin dom av den 2 mars 2018 (18/109376; mål nr R 16/335) med utgångspunkt i två frågeställningar. För det första, har kommundirektören underlåtit att utreda tillämpningen av upphandlingslagen på upphandling av ett speciellt anstaltskök som anskaffades som direktupphandling och därvid säkerställa att anskaffningen konkurrensutsätts i enlighet med upphandlingslagen? För det andra, har tjänstepliktens innehåll framgått tillräckligt specifikt av den bestämmelse som kommundirektören skulle ha brutit mot, med beaktande av gärningens menlighet och skadlighet? Hovrätten konstaterade att skyldigheten att konkurrensutsätta en offentlig upphandling på det sätt som upphandlingslagen föreskriver kan anses som en tjänsteplikt för den tjänsteman som ansvarar för upphandlingen. Någon skyldighet till konkurrensutsättningen finns däremot inte, om anskaffningen kan genomföras som en direktupphandling. Enligt hovrätten kan en upphandlingsannons om direktupphandling publiceras på frivillig väg, men någon skyldighet att publicera annonsen finns inte, om den upphandlande enheten anser att förutsättningarna för direktupphandling finns. Underlåtenhet att publicera upphandlingsannonsen om direktupphandling kan i en sådan situation inte innebära åsidosättande av tjänsteplikt. Åklagaren hade enligt hovrätten inte kunnat visa att det saknats förutsättningar för direktupphandling.⁶³ Kommundirektören hade därmed inte åsidosatt sin tjänsteplikt att konkurrensutsätta anskaffningen och han hade därför inte heller kunnat ha någon tjänsteplikt att se till att en upphandlingsannons skulle publiceras om anskaffningen.

Den gällande upphandlingslagen förhåller sig likadant till publicering av en direktupphandlingsannons som den tidigare lagen genom att i 58 § 2 mom. föreskriva att den upphandlande enheten får sända en direktupphandlingsannons för publicering, men i övrigt syns det att den gällande upphandlingslagen är mera kategorisk genom sina krav på olika förfaringsätt. De krav som den upphandlande enheten ska uppfylla och som någon tjänsteinnehavare inom den upphandlande enheten normalt har att sköta som ett tjänsteåliggande med stöd av en intern norm förefaller i de flesta

⁶² Se även Eskola – Kiviniemi – Krakau – Ruohoniemi 2017, s. 166, där det konstateras att genom den förvaltningsstadga som fullmäktige godkänner bestäms om överföring av befogenhet kring vem som fattar beslut i kommunala upphandlingsärenden.

⁶³ Bevisbördan låg enligt de normala straffrättsliga principerna i rättegångsbalken på åklagaren, inte på den upphandlande enheten (eller personen som ansvarar för upphandlingen), även om förarbetena till den då gällande upphandlingslagen påförde bevisbördan för grunderna för direktupphandling på den upphandlande enheten. Se RP 50/2006 rd, detaljmotiveringen till 27 § om teknisk orsak (2 punkten) eller om brådska (3 punkten).

fallen tillräckligt specifika och otvetydiga för att kunna aktualisera straffansvar enligt exempelvis 40 kap. 10 § i strafflagen.⁶⁴ Upphandlingslagen använder i en mängd bestämmelser förpliktande språk om vad den upphandlande enheten och därmed även en tjänsteinnehavare vid den upphandlande enheten ska göra och hurdana åtgärder som enheten och därmed även en tjänsteinnehavare ska vidta, särskilt i deltyperna V1 och M1 som analyserades ovan. Straffrättsligt tjänstemannaansvar kan därtill aktualiseras för exempelvis förtroendevalda vid offentliga samfund och för en person som, utan att vara tjänsteman i formellt avseende, utövar offentlig makt på det sätt som avses i 40 kap. 11 § 5 punkten i strafflagen.

De högsta laglighetsövervakarna, dvs. riksdagens justitieombudsman (JO) och justitiekanslern i statsrådet (JK), har utsträckt sin övervakningsverksamhet till området för offentlig upphandling, även om antalet avgöranden förefaller vara tämligen lågt. Fastän antalet avgöranden verkar vara lågt är det ändå uppenbart att båda laglighetsövervakarna anser att myndigheter samt tjänstemännen, offentligt anställda arbetstagare och också andra, när de handlägger upphandlingsärenden sköter offentliga uppdrag på ett sådant sätt att de högsta laglighetsövervakarna får övervakningsbefogenheter i förhållande till dessa. JO och JK kan således övervaka att de upphandlande enheterna och personer anknutna till dem följer lag och fullgör sina skyldigheter. I avgörandet 27.12.2018, EOAK/6638/2017, granskade JO Folkpensionsanstaltens konkurrensutsättning av tolkningstjänster för funktionsnedsatta personer, men ansåg att JO inte hade anledning att misstänka lagstridigt förfarande i detta ärende.⁶⁵ I avgörandet 21.12.2015, OKV/2157/1/2014, anmärkte JK på slarv vid givandet av rätt besväransvisning, då även den andra rättade besväransvisningen varit behäftad med fel, som dock inte lett till rättsförlust för den som anförde besvär.⁶⁶

⁶⁴ I högsta domstolens dom i första instans beträffande riksåklagaren som upphandlade ledarskapsutbildning hos sin brors bolag uppgick upphandlingens värde till 20 000 euro, vilket underskred det nationella tröskelvärdet. Riksåklagaren dömdes emellertid med stöd av 40 kap. 9 § 1 mom. i strafflagen för brott mot tjänsteplikt på grund av att han varit jävig enligt 27 § 1 mom. och 28 § 1 mom. i förvaltningslagen att genomföra upphandlingarna. Se högsta domstolens dom dnr 1(46) R2017/696 av den 20 december 2017/2545.

⁶⁵ Ärendet gällde bl.a. svenskspråkiga tolkningstjänster och möjligheterna till delaktighet i beslutsfattandet beträffande upphandlingsbeslutet. Besvärfrågor som i övrigt föränleddes av tolkningen av upphandlingslagen avgjordes senare av högsta förvaltningsdomstolen i målet HFD 2019:162.

⁶⁶ Se även OKV/1338/1/2014 av den 30 november 2015 angående en stads upphandling av juridiska tjänster, OKV/932/1/05 av den 22 november 2006 angående en stads skyldighet att motivera beslutet att skaffa bespisningstjänster för äldre genom in-house direktupphandling hos ett bolag i vilken den äger 66,5 % av aktierna i stället för att upphandla tjänsterna på den öppna marknaden, OKV 357/1/02 av den 17 september 2003 där JK påminde huvudstaben och staben för marinen om förvaltningsmyndighetens skyldighet att bifoga vederbörliga besväransvisningar till överklagbara beslut, OKV 314/1/98 av den 26 oktober 1998 om arbetsministeriets upphandling av en PR-undersökning som prövades med utgångspunkt i upphandlingslagen men som inte föränleddes anmärkningar.

Bland annat dessa beslut ger vid handen att de högsta laglighetsövervakarna betraktar området för offentlig upphandling som sådan myndighetsutövning inom vilken lagstridiga åtgärder kan förekomma inom upphandlande enheter och bland deras tjänsteinnehavare. Det här betyder att man även kunde föreställa sig att JO och JK skulle kunna inkludera bland åtgärderna i sådana situationer även åtal gentemot en sådan tjänsteinnehavare som gjort sig skyldig till kränkning av upphandlingslagstiftningen.

Att det straffrättsliga tjänstemannaansvaret i fråga om upphandlingsrelaterade ärenden kan utsträcka sig till enheter som inte är myndigheter i grundlagens mening aktualiserades i anslutning till ändringen av lagen om Hansel Ab (1096/2008). Hansel Ab är en sådan inköpscentral som avses i 4 § 12 punkten i upphandlingslagen. Ursprungligen fanns inga bestämmelser i lagen om tillämpningen av allmän förvaltningsrättslig lagstiftning på Hansel Ab, inte heller om straffrättsligt tjänstemannaansvar för dess anställda. I anslutning till revideringen av upphandlingslagen konstaterade regeringen i sin proposition RP 47/2019 rd att "[u]ppgifter som gäller upphandling och uppgifter om upphandlingsplaner är i regel offentliga myndighetsuppgifter. Sådana uppgifter kan således överlåtas till bolaget med samtycke av myndigheten i fråga."⁶⁷ Riksdagens grundlagsutskott bedömde lagförslaget och Hansels uppgifter mot bakgrunden av grundlagens 124 § om överföring av förvaltningsuppgifter på andra än myndigheter. I sammanhanget ansåg grundlagsutskottet i sitt utlåtande GrUU 15/2019 rd att "dragen av offentlig förvaltningsuppgift är framträdande i Hansels uppgift som inköpscentral", samtidigt som utskottet därtill framförde att upphandlingen också har starka privaträttsliga drag. Utskottet ansåg också att Hansels befintliga och föreslagna expert- och stöduppgifter sammantagna inte kan beskrivas som tekniska på ett sådant sätt att de inte delvis skulle innebära skötsel av en offentlig förvaltningsuppgift. Enligt grundlagsutskottet kräver 124 § i grundlagen att ärendena behandlas i enlighet med de allmänna förvaltningslagarna⁶⁸ och att de som behandlar ärendena handlar under tjänsteansvar. Det ansågs därför nödvändigt att till lagförslaget foga en bestämmelse enligt vilken straffrättsligt tjänsteansvar ska tillämpas på anställda hos bolaget när de utför sådana offentliga förvaltningsuppgifter som hör till bolaget. Det var ett villkor för att lagförslaget om Hansel Ab skulle kunna behandlas i vanlig lagstiftningsordning. Därför infördes det

⁶⁷ Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lagar om ändring av lagen om Hansel Ab, 60 § i lagen om offentlig upphandling och koncession samt 64 § i lagen om upphandling och koncession inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster, s. 12.

⁶⁸ Se även biträdande justitieombudsmannens avgörande 8.6.2020 (EOAK/3348/2019) beträffande Offentliga Ålands IT-bolag Åda Ab, där hon ansåg att den åländska offentlighetslagen skulle tillämpas inom bolaget vid begäran om handlingar. I avgörandet likställs Åda Ab med Hansel Ab med utgångspunkt i grundlagsutskottets utlåtande GrUU 15/2019 rd. angående tolkningen av 124 § i grundlagen.

i lagen under riksdagsbehandlingen en ny 3 c § om straffrättsligt tjänsteansvar enligt vilken bestämmelserna om straffrättsligt tjänsteansvar tillämpas på anställda hos Hansel när de utför uppgifter som avses i denna lag.⁶⁹ Det i sin tur betyder att lagstiftningen erkänner förekomsten av utövning av offentlig makt i anslutning till hantering av olika upphandlingsärenden även utanför den egentliga myndighetsstrukturen.

Sammantaget kan man konstatera att beslutsfattandet vid upphandlande enheter i upphandlingsärenden utgör utövning av offentlig makt och uppfattas som myndighetsutövning. De beslut som fattas och åtgärder som vidtas vid upphandlande enheter är ofta vertikala till sin natur (deltyp V1) och framstår som förvaltningsbeslut fattade med utgångspunkt i lagbundenhetsprincipen i 2 § 3 mom. i grundlagen. Dessa beslut och åtgärder omgärdas av ett stort antal bestämmelser om förfarande som verkar myndighetsinternt (deltyp M1) och som förpliktar tjänstemän och anställda inom de upphandlande enheterna att handlägga upphandlingsärendena på ett visst sätt.

4.2 Rättsläget i Sverige

En tydlig kontrast framträder i rättsläget beträffande upphandlingslagstiftningens karaktär om man jämför ovanstående tolkningar om den finländska lagstiftningens innehåll med rättsläget i Sverige. I Sverige har bedömningen om upphandlingslagstiftningens karaktär främst utgått ifrån ett antal avgöranden av justitieombudsmannen och förarbeten till upphandlingslagstiftningen. JO-praxis i Sverige verkar företräda en från den finländska uppfattningen avvikande tolkning med avseende på huruvida åtgärder inom offentlig upphandling kan betraktas som tjänstefel enligt 20 kap. 1 § brottsbalken mot bakgrunden av att någon vid myndighetsutövning åsidosatt vad som gäller för uppgiften. Svenska JO har i avgöranden JO 2002/03 s. 446 och JO 2007/08 s. 521 gjort bedömningen att ”upphandling inte innefattar myndighetsutövning” enligt brottsbalken.⁷⁰ I avgörandet dnr 3006-2005 s. 10, som gällde en kommuns domstolstrots i ett upphandlingsärende och dess EG-rättsliga aspekter, konstaterade JO i Sverige i förhållande till förtroendevalda i en kommun ”att ett straffrättsligt förfarande inte kunnat bli aktuellt” av den orsaken att

⁶⁹ I bestämmelsen ingår också en hänvisning till att bestämmelser om skadeståndsansvar finns i skadeståndslagen (412/1974). Samtidigt infördes i lagen en ny 3 b § om tillämpning av allmänna förvaltningslagar, där det föreskrivs att ”[o]ffentliga förvaltningsuppgifter enligt denna lag ska skötas med iakttagande av förvaltningslagen (434/2003), lagen om offentlighet i myndigheternas verksamhet, språklagen (423/2003), samiska språklagen (1086/2003), arkivlagen (831/1994), lagen om elektronisk kommunikation i myndigheternas verksamhet (13/2003) och dataskyddslagen (1050/2018)”.

⁷⁰ JO, dnr 3006-2005, s. 10.

det inte var fråga om myndighetsutövning vid beslut i upphandlingsärenden. I propositionen till den tidigare upphandlingslagen (2007:1091) konstaterades att "[b]egreppet myndighetsutövning, i den mening som avses i förvaltningslagen, omfattar endast ärenden där saken avgörs ensidigt genom beslut av myndigheten. Begreppet kan därmed inte omfatta ärenden som avgörs genom att myndigheten träffar avtal med en enskild. Ärenden om offentlig upphandling omfattas således inte av de bestämmelser i förvaltningslagen som enbart gäller handläggning av ärenden som avser myndighetsutövning."⁷¹

Det förefaller således som om man i Sverige inte gjorde någon sådan distinktion mellan offentliga och privata åtgärder i anslutning till offentlig upphandling som ovan i det finska HD-målet om upphandling av laboratorietjänster. Det anses därtill i svensk rättslitteratur att begreppet myndighetsutövning omfattar sådana ärenden där saken avgörs ensidigt genom bindande beslut av myndigheten på basis av en författning eller något annat beslut av riksdagen eller regeringen.⁷² Utanför begreppet myndighetsutövning i förvaltningslagen faller således ärenden som angår statens upphandling, affärsverksamhet, egendomsförvaltning och privaträttsligt reglerade mellanhavanden, eftersom de inte berörs av de regler i lagen som gäller bara myndighetsutövning.⁷³ Denna uppfattning, som reflekterar ett äldre synsätt som placerar offentlig upphandling inom civilrätten, har kritiserats av Wiweka Warnling-Nerep, som anser i en artikel från 2006 att det i upphandlingssammanhang kan uppstå en situation av myndighetsutövning mot en enskild och att synen på upphandlingsmål som civilrättsliga måste revideras.⁷⁴ Kritiken verkar emellertid inte ha haft effekt.

Såsom det påpekas i propositionen till den gällande förvaltningslagen (2017:900) i Sverige så är förvaltningslagen tillämplig i domstolarnas och förvaltningsmyndigheternas ärenden om upphandling,⁷⁵ åtminstone i begränsad utsträckning till den delen som upphandlingslagen inte reglerar frågan. Däremot är det inte fråga om myndighetsutövning i upphandlingsärenden: "Bestämmelserna om rätten för en part att ta del av uppgifter i ett ärende och om myndigheternas skyldighet att kommuni-

⁷¹ Regeringens proposition 2006/07:128 Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, s. 142–143.

⁷² Hellners – Malmqvist 2010, s. 26, 29. Se även Warnling-Nerep 2006, s. 404.

⁷³ Hellners – Malmqvist 2010, s. 26.

⁷⁴ Warnling-Nerep 2006, s. 404, 407.

⁷⁵ Tillämpligheten av förvaltningslagen omfattar lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner och lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. Tillämpligheten är emellertid begränsad.

cera handlingar i ärendet gäller dock inte i sådana ärenden eftersom upphandling inte anses utgöra myndighetsutövning mot någon enskild.⁷⁶ Det här innebär enligt propositionen bland annat att bestämmelsen i 10 kap. 3 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) inte ska tillämpas i upphandlingsärenden. I betänkandet till den gällande upphandlingslagen (2016:1145), där utredningen går igenom hela ärendehandläggningen i anslutning till upphandlingsförfarandet för att genomföra 2014 års upphandlingsdirektiv framförs emellertid särskilt ”att uteslutningsförfarandet ligger nära myndighetsutövning”.⁷⁷ Det här bör betyda att alla andra åtgärder som ansluter sig till upphandling och som ovan i avsnitt 3 beträffande Finland kan anses höra till kategorierna V1 och M1 inte ligger nära myndighetsutövning i Sverige eller åtminstone inte lika nära som uteslutningsbeslutet.

Rättsläget i Sverige är därmed mer eller mindre det motsatta i jämförelse med rättsläget i Finland när det gäller upphandlingslagstiftningens karaktär. Man får det intrycket att hanteringen av upphandlingsfrågor i Sverige anses äga rum i den horisontella dimensionen mellan den upphandlande enheten och företagen, inte i den vertikala dimensionen. Utifrån ett svenskt perspektiv ligger det därför nära till hands att anse att upphandlingsärenden i huvudsak hör till området för konkurrensrätt.

5 Avslutning

Prövningen av upphandlingslagstiftningens karaktär i förhållande till den åländska lagstiftningsbehörigheten under de senaste 25 åren uppvisar en intressant utveckling från administrativ förfarandereglering år 1994 till reglering av konkurrensförhållanden år 2007 med återgång till administrativ förfarandereglering år 2017. Samtidigt är prövningen konstitutionellt betydelsefull, då den har potential att skifta lagstiftningsbehörighet från Åland till riket, även om republikens president valde att inte följa högsta domstolens utlåtande från år 2007.

Högsta domstolen gav år 2007 ett konstitutionellt sett oerhört viktigt – om än sällsynt – utlåtande om placeringen av lagstiftningsbehörigheten angående offentlig upphandling i och med att utlåtandet skulle ha skiftat lagstiftningsbehörigheten från lagtinget till riksdagen. Den juridiska grunden för den ändrade bedömningen angavs vara skiftningen i upphandlingslagstiftningens juridiska karaktär: på 1990-talet kunde upphandlingslagstiftningen enligt domstolen ännu klassificeras som administrativ förfarandereglering, men av orsaker som sammanhänger med konkurrensrättens

⁷⁶ Regeringens proposition 2016/17:180, En modern och rättssäker förvaltning – ny förvaltningslag, s. 54.

⁷⁷ SOU 2014:41, Nya regler om upphandling – Delbetänkande av Genomförandeutredningen, s. 373.

allt viktigare ställning i rättsordningen hade utvecklingen enligt domstolen drivit upphandlingslagstiftningen i riktning mot främjande av konkurrens. Även om högsta domstolen för tillfället förefaller ha accepterat den bestämning av lagstiftningsbehörigheten som republikens president antog och som betydde att lagstiftningsbehörigheten fortsättningsvis finns hos lagtinget på grund av upphandlingslagstiftningens administrativa natur, har högsta domstolen ännu 2017 fortsatt med att signalera att skiftningar i upphandlingslagstiftningens karaktär kan komma att leda till en omprövning av behörighetsgränsen.

Högsta domstolen har inte redovisat i sitt utlåtande från år 2007 vad dess uppfattning om ändringar i upphandlingslagstiftningens karaktär baserar sig på. En granskning av EU:s upphandlingsrätt visar att rättsläget ändå inte verkar ha utvecklats på det sättet som domstolen tänkte sig i utlåtandet från 2007 och domstolen förefaller vara av den åsikt i ett utlåtande från 2017 att rättsläget inte har utvecklats. Det syns att den grund för ändring i lagstiftningsbehörigheten som högsta domstolen framförde år 2007 inte stämde då, sannolikt inte heller i dagens läge, 15 år senare. Jämförelsen med Sverige visar visserligen att ett helt annat sätt att se på upphandlingslagstiftningens karaktär är möjligt samt att betoningen av konkurrens och föreställningar om i grunden horisontella förhållanden mellan upphandlande enheter och företag är tänkbara.

Den finländska upphandlingslagstiftningens innehåll uppvisar för traditionell myndighetsverksamhet väldigt typiska rättsliga relationer av vertikal karaktär och av myndighetsintern karaktär, medan de rättsliga relationer som antyder förekomsten av horisontella dimensioner är förhållandevis få. Upphandlingsförfarandet innehåller flera moment som kan anses utgöra regelrätta förvaltningsbeslut. Tillämpningen av de förvaltningsrättsliga och straffrättsliga sanktionerna på anställda inom upphandlande enheter i Finland stöder för sin del uppfattningen om att upphandlingslagstiftningen utgör en reguljär del av administrativ förfarandelagstiftning, och denna uppfattning förstärks av den uttryckliga och av grundlagsutskottet förutsatta utsträckningen av det straffrättsliga tjänstemannaansvarets (och även de allmänna förvaltningsrättsliga lagarnas) tillämpning på inköpscentralen Hansel Ab. Även utvecklingen av rättsläget i Finland stöder således den synpunkten att upphandlingslagstiftningen bör uppfattas som administrativ förfarandereglering och därmed som en åländsk lagstiftningsbehörighet.

Upphandlingslagstiftningen har sin upprinnelse i WTO-rätten och i EU-rätten och de direktiv som EU godkänt under de senaste 30 åren. Konkurrensrätten är en exklusiv lagstiftningsbefogenhet för EU, men upphandlingslagstiftningens koppling till EU:s konkurrensrätt eller statsstödsjuridik är oklar om man betraktar de angivelser av laglig grund för upphandlingsdirektiven som kopplar dessa direktiv till

FEUF eller dess föregångare. Dessutom följer det inte automatiskt av den EU-rättsliga klassificeringen av något område inom EU-lagstiftningen att behörighetsgränsen mellan lagtinget och riksdagen enligt självstyrelselagen ändras. Det vore principiellt sett en oerhört stor fråga om utvecklingen inom något rättsområde, såsom konkurrensrätten, kunde leda till ändringar i behörighetsfördelningen utan att självstyrelselagen ändras på den aktuella punkten. Uttrycklig ändring av självstyrelselagen är givetvis den normala metoden för ändring av lagstiftningsbehörighet och kanske det klaraste alternativet i och med att självstyrelselagen inte innehåller något förfarings sätt för hantering av konsekvenserna av en sådan skiftning i lagstiftningsbehörigheten. Om man dessutom betänker potentialen som konkurrensrätten har i ett EU-rättsligt perspektiv att utgöra en alltomfattande lagstiftningsbefogenhet som kan slå ut nationell lagstiftning, finns det orsak att förhålla sig kritisk till högsta domstolens beredvillighet att ge uttryck för skiftningar i lagstiftningens karaktär, eftersom det även kan finnas andra åländska lagstiftningsbehörigheter som framdeles påverkas av exempelvis konkurrensrättens påstådda utbredning. Kan motsvarande situationer uppstå för någon annan icke-uppräknad lagstiftningsbehörighet, kan man fråga sig.

Kritiken kan emellertid också grundas på de syften som uttrycket främjande av konkurrens har enligt detaljmotiveringarna till 27 § 10 punkten i självstyrelselagen. Där hänvisas till kartellagstiftning och därmed till annan typisk konkurrenslagstiftning som avser att inverka på horisontella förhållanden mellan ekonomiska aktörer, men såsom vår genomgång av upphandlingslagen antyder så finns det nästan inget sådant innehåll i upphandlingslagstiftningen. Därmed förstärks uppfattningen om att upphandlingslagstiftningen hör till området för administrativt förfarandelagstiftning och därmed till lagtingets lagstiftningsbehörighet på det sätt som avses i 18 § 1 och 4 punkten i självstyrelselagen.

Högsta domstolens utlåtande från år 2007 kan därtill kritiseras för att utlåtandet egentligen ger uttryck för ett politiskt avgörande om vilka tröskelvärden som ska gälla på Åland i förhållande till självstyrelsemyndigheterna och kommunerna: EU-tröskelvärden eller nationella tröskelvärden? Lagtinget kunde naturligtvis besluta sig för att införa de nationella tröskelvärdena genom beslutet att tillämpa rikets upphandlingslag, men det har lagtinget inte gjort. I stället har lagtinget valt att utesluta de nationella tröskelvärdena och endast tillämpa de bindande tröskelvärden som EU bestämmer. Dessa EU-tröskelvärden är tämligen höga, och redan de nationella tröskelvärdena hade varit bättre anpassade till det åländska samhället än EU-tröskelvärdena, men man kunde ha förväntat sig att egna åländska tröskelvärden skulle ha fastslagits i landskapslagstiftningen på en ännu lägre nivå än de nationella tröskelvärdena så att de åländska tröskelvärdena skulle stå i proportion till samhällets

och upphandlingsmarknadens litenhet. Det politiska val och den ändamålsenlighetsbedömning som lagtinget gjorde i sitt lagstiftningsbeslut stannade trots allt vid att fastställa EU:s tröskelvärden, men det är lagtingets beslut som högsta domstolen inte borde blanda sig i inom ramen för den juridiska behörighetsbedömning som ett HD-utlåtande ger uttryck för. Att ålänningarna och de åländska företagen skulle vara betjänta av lägre, till åländska förhållanden anpassade tröskelvärden som skulle möjliggöra utnyttjandet fullt ut av de till upphandling anslutna rättsskyddsmekanismerna, är en sak som borde väcka allmän diskussion på Åland.