

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS DOM

Mål nr
3165-19

meddelad i Stockholm den 11 mars 2020

KLAGANDE

Alingsås kommun

Ombud: Advokaterna Kaisa Adlercreutz och Johan Lidén
Front Advokater AB
Kungstorget 2
411 17 Göteborg

MOTPART

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Kammarrätten i Göteborgs dom den 8 maj 2019 i mål nr 3556-18

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS AVGÖRANDE

Högsta förvaltningsdomstolen avslår yrkandet om att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen.

Högsta förvaltningsdomstolen förklarar att det i målet aktuella avtalet mellan Alingsås kommun och Stiftelsen Bräcke diakoni utgör ett tjänstekontrakt enligt lagen om offentlig upphandling.

Dok.Id 213835

Postadress
Box 2293
103 17 Stockholm

Besöksadress
Birger Jarls torg 13

Telefon
08-561 676 00
E-post:
hogstaforvaltningsdomstolen@dom.se
www.hogstaforvaltningsdomstolen.se

Telefax
08-561 678 20

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:30

DOM

Mål nr
3165-19

Högsta förvaltningsdomstolen meddelar inte prövningstillstånd rörande målet i övrigt. Kammarrättens avgörande står därmed fast.

BAKGRUND

1. När det gäller allmännyttiga tjänster skiljer man inom EU-rätten mellan sådana som är av allmänt ekonomiskt intresse och sådana som är av icke-ekonomisk art. Det är bara tjänster av allmänt ekonomiskt intresse som omfattas av EU:s regelverk för den inre marknaden och upphandlingslagstiftning. Upphandlingslagstiftningen är tillämplig på offentliga kontrakt, varmed avses skriftliga avtal med ekonomiska villkor mellan upphandlande myndigheter och ekonomiska aktörer om t.ex. tillhandahållande av tjänster.
2. Alingsås kommun har tidigare upphandlat driften av äldreboendet Ginstgården av Stiftelsen Bräcke diakoni. När avtalsperioden löpte ut beslutade kommunen i mars 2016 att låta stiftelsen fortsätta att driva äldreboendet inom ramen för ett s.k. idéburet offentligt partnerskap i stället för att upphandla driften på nytt.
3. Enligt avtalet mellan kommunen och stiftelsen var syftet med partnerskapet att gemensamt skapa förutsättningar för en unik sammanhållen vårdkedja med fokus på helhet i vården av och omsorgen om personer med demenssjukdom. Stiftelsen skulle tillhandahålla bl.a. drift av äldreboendet och hemtjänst med demensinriktning. Kommunen skulle inledningsvis bidra ekonomiskt med drygt 14 miljoner kr årligen. Om antalet boendeplatser utökades skulle ytterligare bidrag utgå med visst belopp per plats. Tvist med anledning av avtalet skulle i första hand lösas av parterna och i andra hand avgöras av allmän domstol med tillämpning av svensk rätt.
4. Konkurrensverket ansökte hos Förvaltningsrätten i Göteborg om att kommunen skulle betala en upphandlingsskadeavgift om fem miljoner kr. Enligt Konkurrensverket utgjorde kommunens avtal med stiftelsen ett upphandlingspliktigt tjänste-kontrakt, och de tjänster som stiftelsen utförde åt kommunen var att anse som

tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Kommunen hade genomfört en otillåten direktupphandling genom att ingå avtalet utan föregående annonsering.

5. Förvaltningsrätten biföll Konkurrensverkets ansökan. Förvaltningsrätten bedömde att avtalet mellan kommunen och stiftelsen innehöll ekonomiska villkor och reglerade tjänster av ekonomisk karaktär samt att kommunens åtgärd att teckna avtal med stiftelsen utgjorde en offentlig upphandling av tjänster.
6. Kammarrätten i Göteborg avslog kommunens överklagande dit. Kammarrätten bedömde att det var fråga om prestationer som utfördes mot ersättning och att tjänsterna var av allmänt ekonomiskt intresse eftersom det fanns en marknad för dem samt att kommunens åtgärd att tilldela stiftelsen avtalet utgjorde en offentlig upphandling.

YRKANDEN M.M.

7. *Alingsås kommun* yrkar att Högsta förvaltningsdomstolen, med ändring av kammarrättens dom, ska avslå Konkurrensverkets ansökan om upphandlings-skadeavgift. Kommunen yrkar vidare att Högsta förvaltningsdomstolen ska inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen samt anför följande.
8. Begreppen kontrakt och tjänst avser två olika bedömningar med skilda rekvisit. Ett avtal, som i och för sig är ett offentligt kontrakt, behöver inte avse ekonomiska tjänster. Kommunen har en lagstadgad skyldighet att tillhandahålla äldreomsorg och kan göra detta med egen personal och egna resurser eller uppdra åt en privat aktör att utföra äldreomsorgen för kommunens räkning. Det senare innebär inte att den huvudsakligen skattefinansierade äldreomsorgen förlorar sin icke-ekonomiska karaktär. Förekomsten av en marknad får inte till följd att tjänsterna blir ekonomiska. Kommunen vidgår att avtalet är ett offentligt kontrakt men bestrider att kontraktsföremålet är en tjänst som omfattas av upphandlingslagstiftningen.

DOM

Mål nr
3165-19

9. *Konkurrensverket* anser att överklagandet och yrkandet om inhämtande av förhandsavgörande från EU-domstolen ska avslås och anför följande.
10. Kommunens uppfattning förutsätter en tolkning av begreppet icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse som inte är förenlig med unionsrätten. En tjänsts sociala natur räcker inte för att den ska rubriceras som icke-ekonomisk och därmed falla utanför upphandlingslagstiftningen. Tjänster är alltid att anse som ekonomiska när en upphandlande myndighet väljer att anlita tredje man för att utföra dem i enlighet med vad som utgör ett tjänstekontrakt enligt upphandlingslagstiftningen och det finns en marknad för dem. Den betalning som myndigheten erlägger utgör en ekonomisk motprestation för tjänsterna.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Frågan i målet

11. Högsta förvaltningsdomstolen har med stöd av 36 a § förvaltningsprocesslagen (1971:291) meddelat prövningstillstånd såvitt avser frågan om ett avtal, om bl.a. driften av ett äldreboende, som har ingåtts mellan en kommun och en stiftelse inom ramen för ett s.k. idéburet offentligt partnerskap omfattas av upphandlingslagstiftningen. Frågan om meddelande av prövningstillstånd rörande målet i övrigt har förklarats vilande.

Rättslig reglering m.m.

12. Det aktuella avtalet ska prövas mot den numera upphävda lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU.
13. Enligt 2 kap. 13 § avses med offentlig upphandling de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att t.ex. tilldela ett kontrakt avseende tjänster. Av 10 och 18 §§ följer att med tjänstekontrakt avses ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som sluts mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller

flera leverantörer och som avser t.ex. hälsovård och socialtjänster. Med leverantör avses enligt 11 § första stycket den som på marknaden tillhandahåller tjänster.

14. Bestämmelserna i 2 kap. 10, 11 och 18 §§ LOU genomför artikel 1.2 a och d samt artikel 1.8 första stycket i direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.
15. Även den nu gällande lagen (2016:1145) om offentlig upphandling innehåller bestämmelser om vad som avses med offentlig upphandling, tjänstekontrakt och leverantör. Dessa bestämmelser, som i sak överensstämmer med motsvarande bestämmelser i LOU, genomför direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.
16. Enligt artikel 57 i EUF-fördraget ska som tjänster i fördragens mening anses prestationer som normalt utförs mot ersättning, i den utsträckning de inte faller under bestämmelserna om fri rörlighet för varor, kapital och personer.

Högsta förvaltningsdomstolens bedömning

17. Enligt Högsta förvaltningsdomstolens mening är den korrekta tolkningen av unionsrätten beträffande den fråga som aktualiserats i målet så uppenbar att det inte finns utrymme för något rimligt tvivel om hur frågan ska avgöras. Det saknas därför skäl att inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen och kommunens yrkande om detta ska avslås.
18. Av EUF-fördraget framgår att med tjänst avses en prestation som utförs mot ersättning, och av upphandlingslagstiftningen framgår att med tjänstekontrakt avses ett avtal med ekonomiska villkor som den upphandlande myndigheten ingår med en leverantör på marknaden. Icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse kan inte vara föremål för ett tjänstekontrakt enligt LOU. En förutsättning för att lagen ska vara tillämplig är nämligen att tjänsterna är av ekonomisk art. Däremot saknar det betydelse hur myndighetens anskaffning av tjänsterna finansieras.

19. För att det ska anses föreligga ett avtal med ekonomiska villkor krävs, enligt EU-domstolens praxis, dels att den upphandlande myndigheten mot vederlag erhåller en prestation som är av direkt ekonomiskt intresse för myndigheten, dels att det uppstår rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär (Remondis, C-51/15, EU:C:2016:985, punkt 43 och där angiven praxis). Ett avtal kan inte undgå att omfattas av upphandlingslagstiftningen på grund av att ersättning bara utgår för att täcka leverantörens kostnader för att tillhandahålla tjänsten (IBA Molecular Italy, C-606/17, EU:C:2018:843, punkt 29 och där angiven praxis). Slutligen saknar det betydelse, vid bedömningen av om myndighetens motpart utgör en leverantör, om denne inte i första hand bedriver verksamhet i vinstsyfte, om denne inte är organiserad som ett företag eller om denne inte är stadigvarande närvarande på marknaden (Piepenbrock, C-386/11, EU:C:2013:385, punkt 29 och där angiven praxis).
20. Högsta förvaltningsdomstolen konstaterar att kommunen är ansvarig för att tillhandahålla kommuninvånarna äldreomsorg enligt socialtjänstlagen (2001:453), vilket innefattar hemtjänst och särskilda boendeformer för service och omvårdnad, samt hälso- och sjukvård enligt hälso- och sjukvårdslagen (2017:30) åt den som bor i ett sådant särskilt boende.
21. Genom det nu aktuella avtalet åtar sig stiftelsen att tillhandahålla tjänster av nyss nämnda slag för kommunens räkning i utbyte mot ekonomisk ersättning. Stiftelsens prestationer får därmed anses vara av direkt ekonomiskt intresse för kommunen. Avtalet ger upphov till ömsesidiga rättigheter och skyldigheter som ytterst kan bli föremål för prövning i allmän domstol. Det är således fråga om ett avtal med ekonomiska villkor i upphandlingslagstiftningens mening.
22. Upphandlingslagstiftningen innehåller inget undantag för tjänster av de slag som omfattas av avtalet. Det står vidare klart att det i Sverige finns en marknad för sådana tjänster. Kommunen har rentav upphandlat driften av det aktuella äldreboendet tidigare. Eftersom stiftelsen tillhandahåller tjänster på marknaden är

DOM

Mål nr
3165-19

den att betrakta som en leverantör i upphandlingslagstiftningens mening.

I sammanhanget saknar det betydelse om stiftelsen varken har ett vinstsyfte, är organiserad som ett företag eller närvarar stadigvarande på marknaden.

23. Av det anförda följer att avtalet mellan kommunen och stiftelsen utgör ett tjänste-kontrakt enligt LOU. Att det av parterna betecknas som ett idéburet offentligt partnerskap föranleder ingen annan bedömning. Det saknas skäl att meddela prövningstillstånd rörande målet i övrigt.

I avgörandet har deltagit justitieråden Helena Jäderblom, Margit Knutsson, Leif Gäverth, Kristina Svahn Starrsjö och Helena Rosén Andersson.

Föredragande har varit justitiesekreteraren Jack Hillerström-Forsyth.