

## **HFD 2020 ref. 15**

**Ett avtal om bl.a. driften av ett äldreboende, som har ingåtts mellan en kommun och en stiftelse inom ramen för vad som av parterna betecknas som ett s.k. idéburet offentligt partnerskap, har ansetts utgöra ett tjänstekontrakt enligt lagen om offentlig upphandling.**

2 kap. 10, 11, 13 och 18 §§ lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

Högsta förvaltningsdomstolen meddelade den 11 mars 2020 följande dom (mål nr 3165-19).

### **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 tjänstekontrakt, 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 upphandlingsskadeavgift. 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.

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 byggentreprenader, 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 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 tjänstekontrakt 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.

### **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.

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

I avgörandet deltog justitieråden *Jäderblom*, *Knutsson*, *Gäverth*, *Svahn Starrsjö* och *Rosén Andersson*. Föredragande var justitisekreteraren Jack Hillerström-Forsyth.

---

### ***Förvaltningsrätten i Göteborg (2018-06-29, Leidzén):***

Vad målet gäller

Konkurrensverket har ansökt om att kommunen ska påföras en upphandlingskadeavgift enligt bestämmelserna i LOU. En grundläggande fråga i målet är därmed om förfarandet mellan kommunen och stiftelsen varit sådant att LOU är tillämplig. Detta regleras i princip uttömmande i den lagen (prop. 2006/07:128, s. 140). Den svenska upphandlingslagstiftningen bygger dock i stor utsträckning på EU-direktiv om offentlig upphandling. Den ska därför tillämpas och tolkas i enlighet med ordalydelsen i och syftet med direktivens bestämmelser (jfr *Marleasing*, C-106/89, EU:C:1990:395, p. 8).

Både genomförande av direktiv i nationell lagstiftning och tolkning av sådana bestämmelser ska vidare ske med iakttagande av unionsrätten som helhet. Det innebär att begrepp i bestämmelserna i LOU som även förekommer i unionsrätten ska tolkas i enlighet med fördragen, direktiven och de grundläggande unionsrättsliga principerna, med ledning av EU-domstolens praxis. Detta gäller oavsett om de aktuella bestämmelserna har införts för att implementera direktiven om offentlig upphandling eller för att reglera situationer av nationellt intresse som har samband med de

direktivstyrda bestämmelserna (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2013 ref. 31 och Leur-Bloem, C-28/95, EU:C:1997:369, p. 32).

Är LOU tillämplig på förfarandet mellan kommunen och stiftelsen?

LOU gäller för offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster samt av byggkoncessioner. Lagen gäller även när upphandlande myndigheter anordnar projektävlingar (1 kap. 2 § LOU).

Konkurrensverket grundar sin ansökan på att det i målet aktuella avtalet mellan kommunen och stiftelsen avser upphandlingspliktiga tjänster. För att LOU ska vara tillämplig krävs det således att förfarandet mellan kommunen och stiftelsen utgör offentlig upphandling av tjänster.

Avser avtalet tjänster?

Begreppet tjänster finns inte definierat i LOU. Ledning för hur begreppet ska förstås får därför sökas i unionsrätten. Inte heller i direktiv 2004/18/EG finns det någon definition av begreppet tjänster. Den unionsrättsliga definitionen av tjänster återfinns istället i artikel 57 i EUF-fördraget, där följande anges. Som "tjänster" i fördragets mening ska anses prestationer som normalt utförs mot ersättning, i den utsträckning de inte faller under bestämmelserna om fri rörlighet för varor, kapital och personer.

Det är de prestationer som stiftelsen åtagit sig gentemot kommunen som regleras i det aktuella avtalet. Det är därför dessa prestationer som är relevanta att bedöma för att avgöra om avtalet avser tjänster (jfr Jundt, C-281/06, EU:C:2007:816, p. 31).

Stiftelsen har genom avtalet med kommunen åtagit sig att ansvara för driften av ett vård- och omsorgsboende, Ginstgården. Stiftelsen har även åtagit sig att tillhandahålla en vårdkoordinator och att ansvara för samverkan med frivilligorganisationer. Åtagandena faller inte under bestämmelserna om fri rörlighet för varor, kapital och personer. Frågan är därmed om de utgör prestationer som normalt utförs mot ersättning.

Av EU-domstolens praxis framgår i detta avseende bland annat följande. Det viktigaste kännetecknet för en ersättning, i den mening som avses i artikel 57 i EUF-fördraget, är att den utgör den ekonomiska motprestationen för tjänsten i fråga. Den bestämmande faktorn avseende huruvida en verksamhet omfattas av fördragets bestämmelser om frihet att tillhandahålla tjänster – däribland artikel 57 – är dess ekonomiska karaktär. Verksamheten ska nämligen inte bedrivas utan att någon motprestation erhålls. Det är dock inte nödvändigt att den som tillhandahåller en tjänst gör detta i vinstsyfte (Jundt, p. 28–29, 32–34).

Kommunen har anfört att betalning som består av skattemedel inte kan utgöra ersättning i den bemärkelse som avses i artikel 57 i EUF-fördraget. Enligt förvaltningsrättens mening finns det i unionsrätten inte stöd för något sådant kategoriskt undantag. EU-domstolen har dock uttalat att viss verksamhet som bedrivs av staten inte faller inom begreppet tjänst enligt artikel 57. Så är fallet när det är fråga om verksamhet som inte bedrivs i vinstsyfte utan endast för att uppfylla statens sociala, kulturella och utbildningspolitiska uppgifter gentemot sina medborgare, om verksamheten i regel finansieras av medel ur den offentliga budgeten. Vid sådan verksamhet utgår enligt EU-domstolen inte någon ersättning som utgör en

ekonomisk motprestation för verksamheten i fråga och det är därför inte fråga om någon tjänst (Humbel, p. 17–18).<sup>1</sup>

Kommunen ska enligt det aktuella avtalet utge en årlig ekonomisk ersättning till stiftelsen. Kommunen och stiftelsen har således avtalat om en ekonomisk motprestation för stiftelsens åtaganden om vissa prestationer. Det finns i avtalet en tydlig koppling mellan stiftelsens prestationer och den ersättning som utgår från kommunen. Ersättningen är schablonmässig och beräknad på årsbasis med viss indexering snarare än knuten till varje enskilt tillhandahållande av vård till enskilda, även om den delvis är beroende av antalet vårdhemsplatser. Detta ändrar emellertid inte det faktum att den för stiftelsen utgör ersättning för prestationerna att driva Ginstgården, tillhandahålla en vårdkoordinator och ansvara för samverkan med frivilligorganisationer (jfr Smits och Peerbooms, C-157/99, EU:C:2001:404, p. 58).

Inte heller det förhållandet att stiftelsens åtaganden kan sägas hänföra sig till området för social trygghet medför i sig att de inte omfattas av artikel 57 i EUF-fördraget (jfr Kohll, C-158/96, EU:C:1998:171, p. 21 samt Smits och Peerbooms, p. 54).

Som angetts ovan är det de prestationer som stiftelsen åtagit sig gentemot kommunen som ska bedömas. Dessa prestationer utförs inte för statens eller kommunens räkning. Vad kommunen anfört om att det i beaktandesats 34 i tjänstedirektivet anges att viss verksamhet som bedrivs av staten eller för statens räkning inte omfattas av definitionen av begreppet tjänst enligt artikel 57 i EUF-fördraget saknar därför relevans vid bedömningen av om de prestationer stiftelsen åtagit sig utgör tjänster.

Vidare är föremålet för avtalet inte verksamhet som bedrivs av staten endast för att uppfylla dess sociala, kulturella och utbildningspolitiska uppgifter gentemot sina medborgare. Avtalet reglerar istället relationen mellan kommunen och stiftelsen och det är alltså dessa åtaganden som ska bedömas. Att den ersättning som stiftelsen enligt avtalet ska erhålla för sina prestationer utgörs av offentliga medel spelar då inte någon självständig roll vid bedömningen av om de prestationer stiftelsen åtagit sig utgör tjänster.

Sammanfattningsvis följer av ovanstående att avtalet mellan kommunen och stiftelsen avser tjänster enligt artikel 57 i EUF-fördraget och därmed också enligt LOU.

Är det fråga om en offentlig upphandling?

Om en upphandlande myndighet vidtar åtgärder i syfte att tilldela ett kontrakt avseende tjänster utgör detta offentlig upphandling (2 kap. 13 § LOU).

Kommunen är att betrakta som en upphandlande myndighet (2 kap. 19 § LOU). Avgörande för att det ska vara fråga om offentlig upphandling är därmed att kommunen vidtagit åtgärder i syfte att tilldela ett kontrakt som avser tjänster. Förvaltningsrätten har ovan kommit fram till att avtalet mellan kommunen och stiftelsen avser tjänster. Kommunen har tecknat avtal med stiftelsen och alltså vidtagit den konkreta åtgärden att välja ut en ekonomisk aktör att anskaffa tjänster från (jfr Falk Pharma, C-410/14,

---

<sup>1</sup> Belgiska staten mot Humbel, C-263/86, EU:C:1988:451 (red.anm.).

EU:C:2016:399, p. 38). Frågan är därmed om avtalet utgör ett kontrakt enligt LOU.

Ett skriftligt avtal som sluts mellan en upphandlande myndighet och en leverantör, avser tillhandahållande av tjänster samt undertecknas av parterna utgör ett kontrakt enligt LOU, förutsatt att det är fråga om ett avtal med ekonomiska villkor (2 kap. 10 § LOU).

Förvaltningsrätten konstaterar att det finns ett undertecknat skriftligt avtal mellan kommunen och stiftelsen. Stiftelsen ska enligt avtalet tillhandahålla tjänster, vilket innebär att den är att betrakta som en leverantör (2 kap. 11 § LOU). Avgörande för om avtalet utgör ett kontrakt är därmed huruvida det är fråga om ett avtal med ekonomiska villkor.

Definitionen av kontrakt i LOU har sin motsvarighet i artikel 1.2 a i direktiv 2004/18/EG. Även här återfinns kravet på att det ska vara fråga om ekonomiska villkor. Begreppet ska därför tolkas unionsrättsligt.

Av EU-domstolens praxis framgår bland annat följande. För att det ska vara fråga om ett avtal med ekonomiska villkor krävs att den upphandlande myndighet som ingått ett offentligt kontrakt, i enlighet med detta kontrakt, erhåller en prestation mot vederlag. En sådan prestation ska vara av direkt ekonomiskt intresse för den upphandlande myndigheten. En väsentlig del av begreppet offentligt kontrakt är att det uppstår rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär (Remondis, C-51/15, EU:C:2016:985, p. 43).

Vad gäller det av kommunen åberopade avgörandet FENIN anser förvaltningsrätten att det saknar relevans för bedömningen av om något utgör ett avtal med ekonomiska villkor. I det målet var det i stället fråga om att bedöma om en viss verksamhet utgjorde ekonomisk verksamhet (FENIN, p. 23–27).<sup>2</sup>

De prestationer stiftelsen enligt avtalet med kommunen åtar sig består bland annat i driften av Ginstgården. Denna prestation är enligt förvaltningsrättens mening av direkt ekonomiskt intresse för kommunen, eftersom det ankommer på kommunen att se till att kommuninvånare som är i behov av det har tillgång till vård- och omsorgsboende. Det är således av direkt nytta för kommunen att stiftelsen tillhandahåller denna tjänst, istället för att kommunen själv, eller någon annan aktör som kommunen anlitar, tillhandahåller den. Kommunen ska i sin tur enligt avtalet betala en årlig ersättning till stiftelsen.

I avtalet anges vidare en bestämd giltighetsperiod, med möjlighet till förlängning, en bestämd uppsägningstid och villkor om befrielsegrunder. Det anges även att tvist med anledning av avtalet ska avgöras av allmän domstol i det fall parterna inte kan komma överens. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att det synes ha varit parternas avsikt att avtalet ska innebära rättsligt bindande skyldigheter dem emellan.

Vid dessa förhållanden anser förvaltningsrätten att det är fråga om ett avtal med ekonomiska villkor. Att stiftelsen inte bedriver verksamhet i vinstsyfte eller den möjligheten att ersättningen från kommunen endast avser kostnaderna för att tillhandahålla de avtalade tjänsterna innebär inte att avtalet kan undgå att omfattas av begreppet kontrakt (jfr Lecce, C-159/11, EU:C:2012:817, p. 26 och 29).

---

<sup>2</sup> FENIN mot Europeiska kommissionen, C-205/03 P, EU:C:2006:453 (red. anm.).



Förutsättningarna för att det ska vara fråga om ett kontrakt i LOU:s mening är således uppfyllda. Kommunens åtgärd att teckna avtal med stiftelsen och därigenom tilldela stiftelsen ett kontrakt utgör därmed offentlig upphandling.

Sammanfattningsvis bedömer förvaltningsrätten att förfarandet mellan kommunen och stiftelsen utgör offentlig upphandling av tjänster. Det innebär att LOU är tillämplig på förfarandet.

Denna bedömning är förenlig med artikel 2 i protokollet om tjänster av allmänt intresse. Av artikeln framgår att bestämmelserna i fördragen inte på något sätt ska påverka medlemsstaternas behörighet att tillhandahålla, beställa och organisera tjänster av allmänt intresse som inte är av ekonomisk art. Förvaltningsrätten bedömer, som framgår ovan, att avtalet mellan kommunen och stiftelsen innehåller ekonomiska villkor och reglerar tjänster av ekonomisk karaktär. Det är således inte fråga om några tjänster av allmänt intresse som inte är av ekonomisk art.

Upphandlingsskadeavgift

[text här utelämnad]

Till vilket belopp ska upphandlingsskadeavgiften bestämmas?

[---]

Vid en sammantagen bedömning anser förvaltningsrätten att en upphandlingsskadeavgift om 5 000 000 kr är en effektiv och avskräckande sanktion som står i proportion till överträdelsens allvar. Det som kommit fram i målet utgör inte sådana omständigheter som medför att det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften. Det finns därför inte förutsättningar för eftergift av avgiften. Konkurrensverkets talan ska således bifallas i enlighet med ansökan. – Förvaltningsrätten avslår yrkandet om att förhandsavgörande ska inhämtas från EU-domstolen. – Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och beslutar att Alingsås kommun ska betala en upphandlingsskadeavgift om 5 000 000 kr.

**Kammarrätten i Göteborg** (2019-05-08, Hagard Linander, Sjögren Samuelsson och Nilsson):

Är det upphandlingsrättsliga regelverket tillämpligt?

Alingsås kommun och Stiftelsen Bräcke diakoni har ingått ett avtal kallat idéburet offentligt partnerskap. Kommunen gör gällande att deras överenskommelse avser en icke-ekonomisk tjänst av allmänt intresse som inte omfattas av reglerna om offentlig upphandling. Kammarrätten ska därför pröva om det upphandlingsrättsliga regelverket är tillämpligt på det ingångna avtalet och om det i så fall har varit fråga om en otillåten direktupphandling som ska medföra en upphandlingsskadeavgift.

För att reglerna om offentlig upphandling ska vara tillämpliga krävs det att förfarandet mellan kommunen och stiftelsen utgör en offentlig upphandling av tjänster. Begreppet tjänster definieras i artikel 57 EUF-fördraget, där det anges att tjänster i fördragets mening avser prestationer som normalt utförs mot ersättning, i den utsträckning de inte faller under bestämmelserna om fri rörlighet för varor, kapital och personer.

Kammarrätten anser att de åtaganden som stiftelsen ska utföra inte faller inom bestämmelserna om fri rörlighet för varor, kapital och personer. Det finns i avtalet mellan kommunen och stiftelsen en tydlig koppling mellan stiftelsens prestationer och den ersättning som utgår från kommunen. Kammarrätten bedömer därför att det, även om överenskommelsen betecknats som ett idéburet offentligt partnerskap, är fråga om prestationer som utförs mot ersättning enligt artikel 57 EUF-fördraget. Eftersom det finns en marknad för att erbjuda såväl äldreomsorg som övriga tjänster som omfattas av avtalet, är det fråga om tjänster av allmänt ekonomiskt intresse som omfattas av den fria rörligheten. Avtalet mellan kommunen och stiftelsen avser alltså tjänster enligt nämnda artikel.

Avtalet mellan Alingsås kommun och Stiftelsen Bräcke diakoni ingicks före ikraftträdandet av lagen (2016:1145) om offentlig upphandling och det är därför den numera upphävda lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) som i så fall är tillämplig.

Kammarrätten bedömer, i likhet med förvaltningsrätten, att kommunen har vidtagit åtgärder i syfte att tilldela stiftelsen ett tjänstekontrakt i den mening som avses i 2 kap. 13 § LOU. Det har därför varit fråga om en offentlig upphandling. Avtalet avser en B-tjänst som överstiger gränsen för direktupphandling och därför omfattas av de grundläggande principerna om upphandling. Det är då 15 kap. LOU som är tillämplig (1 kap. 2 § andra stycket och 15 kap. 1 § LOU).

Upphandlingsskadeavgift?

[text här utelämnad]

Något skäl att sätta ner eller helt efterge upphandlingsskadeavgiften har inte kommit fram. Det betyder att avgiften ska påföras med det belopp om 5 000 000 kr som Konkurrensverket begärt i sin ansökan.

– Kammarrätten avslår överklagandet.