



HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS DOM

Mål nr
4543-23

meddelad i Stockholm den 28 februari 2024

KLAGANDE

1. Burlövs kommun
2. Kävlinge kommun
3. Lomma kommun
4. Lunds kommun
5. Malmö kommun
6. Simrishamns kommun
7. Sjöbo kommun
8. Skurups kommun
9. Staffanstorps kommun
10. Svedala kommun
11. Tomelilla kommun
12. Trelleborgs kommun
13. Vellinge kommun
14. Ystads kommun

Ombud för samtliga: Advokat Hanna Lundqvist och biträdande jurist
Erika Sköld
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

MOTPART

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Kammarrätten i Stockholms beslut den 20 juni 2023 i mål nr 1379-23

SAKEN

Tillsyn över offentlig upphandling

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS AVGÖRANDE

Högsta förvaltningsdomstolen upphäver kammarrättens beslut och visar målet åter till kammarrätten för prövning i sak.

BAKGRUND

1. Konkurrensverket är tillsynsmyndighet över den offentliga upphandlingen och ska i den egenskapen bl.a. granska upphandlande myndigheters tillämpning av upphandlingslagstiftningen.
2. För tid före den 1 januari 2024 kunde Konkurrensverket vid bristande efterlevnad av reglerna om offentlig upphandling inte påföra en upphandlande myndighet någon sanktionsavgift utan var i tillsynsbeslutet begränsat till att påtala felaktigheter vid upphandlingen. I stället kunde Konkurrensverket ansöka hos förvaltningsrätt om att en upphandlingsskadeavgift skulle påföras. För upphandlingar som genomförs från och med den 1 januari 2024 kan Konkurrensverket däremot under vissa förutsättningar själv påföra en sådan avgift.
3. När upphandlingsskadeavgiftens storlek bestäms kan tidigare konstaterade överträdelse av regelverket beaktas.
4. Under 2014 inledde Konkurrensverket en utredning av ett antal kommuners anskaffningar av avfallstjänster från ett av kommunerna gemensamt ägt aktiebolag. Konkurrensverket fattade därefter tillsynsbeslut avseende samtliga kommuner där myndigheten uttalade att kommunerna inte fick köpa avfallstjänster från bolaget utan föregående annonsering. Sedan kommunerna överklagat Konkurrensverkets beslut fann Högsta förvaltningsdomstolen att besluten skulle undanröjas. Domstolen gjorde bedömningen att besluten, som

ansågs överklagbara, var utformade som förbud och att myndigheten därmed hade agerat utanför sin kompetens (HFD 2018 ref. 71).

5. Konkurrensverket har därefter återigen utrett ägarkommunernas anskaffningar av avfallstjänster från bolaget. Utredningen ledde till att Konkurrensverket fattade tillsynsbeslut där myndigheten bedömde att kommunerna vid anskaffning av avfallstjänster under 2018 hade handlat i strid med reglerna om offentlig upphandling och uttalade att kommunerna förtjänade kritik för sitt agerande. I besluten angavs också att myndigheten förutsatte att kommunerna vidtog åtgärder för att säkerställa att deras anskaffningar från bolaget sker i enlighet med upphandlingsregleringen samt att kommunernas åtgärder i detta syfte kunde komma att följas upp genom förnyad tillsyn.
6. I besluten lämnades även vissa allmänna upplysningar om Konkurrensverkets tillsyn. Det angavs att ett tillsynsbeslut inte innebär ett förbud eller föreläggande och således inte är förenat med någon sanktion i sig, men att det ändå kan få rättsliga följder. Som exempel nämndes att om en upphandlande myndighet genomför upprepade otillåtna upphandlingar kan tidigare förseelser utgöra en försvårande omständighet som motiverar en högre upphandlings-skadeavgift vid efterföljande regelöverträdelser.
7. Kommunerna överklagade besluten till Förvaltningsrätten i Stockholm som avslog överklagandet.
8. Kommunerna överklagade vidare till Kammarrätten i Stockholm som upphävde förvaltningsrättens dom eftersom kammarrätten ansåg att Konkurrensverkets beslut inte var överklagbara och att förvaltningsrätten därför inte borde ha prövat överklagandet. Kammarrätten motiverade sitt ställningstagande enligt följande. Besluten innehåller inte något förbud eller föreläggande och det finns inte heller någon sanktion kopplad till dem. Besluten får inte positiv rättskraft på så sätt att de direkt kan läggas till grund

för en senare ansökan om upphandlingsskadeavgift gällande en annan upphandling. Besluten kan därför varken sägas ha medfört eller varit ägnade att medföra faktiska effekter för kommunerna och påverkar därmed inte kommunernas situation på ett sådant sätt att de är överklagbara.

YRKANDEN M.M.

9. *Kommunerna* yrkar att Högsta förvaltningsdomstolen ska upphäva kammarrättens beslut och visa målet åter till kammarrätten för prövning i sak.
10. *Konkurrensverket* anser att överklagandet ska bifallas.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Frågan i målet

11. Frågan i målet är om Konkurrensverkets tillsynsbeslut i ärenden om offentlig upphandling är överklagbara.

Rättslig reglering m.m.

12. Av 41 § förvaltningslagen (2017:900) framgår att ett beslut får överklagas om beslutet kan antas påverka någons situation på ett inte obetydligt sätt.

Högsta förvaltningsdomstolens bedömning

13. I upphandlingslagstiftningen finns ingen bestämmelse som reglerar om Konkurrensverkets beslut får överklagas. Beslutens överklagbarhet ska därför bedömas med utgångspunkt i de allmänna förvaltningsrättsliga principer som har utvecklats i praxis och som kommer till uttryck i 41 § förvaltningslagen.

14. Högsta förvaltningsdomstolen har tidigare funnit att Konkurrensverkets tillsynsbeslut i ärenden om offentlig upphandling är överklagbara (HFD 2018 ref. 71). I de beslut som prövades då uttalade Konkurrensverket att kommunerna inte fick köpa avfallstjänster utan föregående annonsering. Något motsvarande uttalande finns inte i de nu aktuella tillsynsbesluten. Frågan är om den skillnaden medför att besluten inte är överklagbara.
15. Konkurrensverket har i besluten gjort bedömningen att kommunernas handlande bryter mot reglerna om offentlig upphandling och uttalat att myndigheten förutsätter att kommunerna vidtar åtgärder för att säkerställa att anskaffningar från bolaget sker i enlighet med denna reglering. Även om besluten i sig inte är förenade med någon sanktion kan de vidare få betydelse för upphandlingsskadeavgiftens storlek om ett ärende om sådan avgift senare initieras på grund av nya regelöverträdelser. Det står därmed klart att besluten kan antas påverka kommunernas situation på ett sådant sätt som avses i 41 § förvaltningslagen. Besluten är således överklagbara.
16. Kammarrättens beslut ska därför upphävas och målet visas åter till kammarrätten för prövning i sak.

I avgörandet har deltagit justitieråden Kristina Ståhl, Inga-Lill Askersjö, Leif Gäverth, Mats Anderson och Martin Nilsson.

Föredragande har varit justitiesekreteraren Hedvig Areskoug.