

Ref 14

Ett tillsynsbeslut av Konkurrensverket i ett ärende om offentlig upphandling har ansetts överklagbart

41 § förvaltningslagen (2017:900)

Högsta förvaltningsdomstolen meddelade den 28 februari 2024 följande dom (mål nr 4543-23).

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 överträdelser 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 upphandlingsskadeavgift 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.

Högsta förvaltningsdomstolens avgörande

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

I avgörandet deltog justitieråden *Ståhl*, *Askersjö*, *Gäverth*, *Anderson* och *Nilsson*. Föredragande var justitiesekreteraren Hedvig Areskoug.

Förvaltningsrätten i Stockholm (2023-02-13, ordförande Mauritzon):

Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning

Huvudregeln enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, är att tilldelning av kontrakt och ramavtal ska föregås av annonsering och att alla leverantörer ska få möjlighet att lämna anbud. Detta framgår av

10 kap. 1 § LOU. För att ett avtal med ett värde över direktupphandlingsgränsen ska kunna ingås utan föregående annonsering krävs att något särskilt angivet undantag i LOU är tillämpligt. Reglerna om intern upphandling är ett sådant undantag från annonseringsplikten (se 3 kap. 11 och 13 §§ LOU).

En upphandling ska anses vara en intern upphandling, om

1. den upphandlande myndigheten gemensamt med andra upphandlande myndigheter utövar kontroll över motparten motsvarande den som myndigheterna utövar över sina egna förvaltningar (kontrollkriteriet),
2. motparten utför mer än 80 procent av sin verksamhet, bestämt enligt 16 §, för myndigheternas räkning eller för andra sådana juridiska personer eller organ som avses i 11 § och som myndigheterna utövar kontroll över (verksamhetskriteriet), och
3. det inte finns något direkt privat ägarintresse i motparten.

Om förutsättningarna i bestämmelsen ovan är uppfyllda omfattas upphandlingen inte av LOU och inköpen behöver inte konkurrensutsättas (se även artikel 12.3 i EU-direktivet 2014/24/EU om offentlig upphandling [upphandlingsdirektivet]).

Förvaltningsrätten kan konstatera att Konkurrensverket inte har ifrågasatt att ägarkommunerna utövar erforderlig kontroll över Sysav eller att det skulle finnas något direkt privat ägarintresse i Sysav.¹ Vad Konkurrensverket och ägarkommunerna är oense om är huruvida verksamhetskriteriet är uppfyllt. De är också oense om vid vilken tidpunkt Sysav har tilldelats uppdraget, vilket har betydelse för prövningstidpunkten.

Tidpunkt för tilldelningen

[text här utelämnad]

Frågan om verksamhetskriteriet är uppfyllt

[text här utelämnad]

Beräkningen av den externa verksamheten ska alltså göras på det sätt som följer av Konkurrensverkets beslut, dvs. till 33 procent. Detta innebär att förvaltningsrätten delar Konkurrensverkets bedömning att mer än 20 procent av Sysavs totala omsättning de aktuella åren härrör från verksamhet som inte bedrivits för ägarkommunernas räkning. Det har alltså varit fråga om otillåten direktupphandling och överklagandet ska därmed avslås i denna del.

Har ägarkommunerna uppfyllt dokumentationskravet?

Av 12 kap. 14 § LOU framgår att en upphandlande myndighet ska dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera myndighetens beslut under upphandlingens samtliga skeden. Av 12 kap. 15 och 16 §§ LOU framgår att en individuell rapport ska upprättas och vad som ska framgå av en sådan rapport.

Som framgått ovan saknas det, utöver fakturor mellan Sysav och ägarkommunerna, tydlig dokumentation över ägarkommunernas anskaffningar av avfallstjänster och tilldelningar till Sysav.

¹ Det av de aktuella kommunerna gemensamt ägda bolaget (red. anm.).

Förvaltningsrätten delar Konkurrensverkets bedömning att avsaknaden av dokumentation strider mot reglerna i 12 kap. 14–16 §§ LOU. Det ägar-kommunerna anför om att det aktuella köpet av avfallshanteringstjänster enligt deras bedömning genomförts med stöd av undantaget för intern upphandling och alltså inte behövt dokumenteras föranleder ingen annan bedömning. Även denna del av överklagandet ska således avslås.

– Förvaltningsrätten avslår överklagandet.

Kammarrätten i Stockholm (2023-06-20, Lönnestav, Lokrantz Sandberg och Ericson):

Överklagbarhet m.m.

Konkurrensverket har i 14 separata och likalydande beslut om tillsyn enligt LOU ansett att kommunerna agerat i strid med LOU genom att vid anskaffning av tjänster för omhändertagande av hushållsavfall tillämpat undantaget för intern upphandling utan att uppfylla verksamhetskriteriet. Kommunerna har inte heller uppfyllt dokumentationsplikten.

En första fråga i målet är om Konkurrensverkets beslut är överklagbara. Den frågan ska domstolen pröva på eget initiativ.

LOU innehåller inte någon bestämmelse som anger om ett tillsynsbeslut kan överklagas. Beslutets överklagbarhet ska därför bedömas med utgångspunkt i allmänna förvaltningsrättsliga principer så som de kommer till uttryck i 41 § förvaltningslagen (2017:900), FL.

Enligt 41 § FL får ett beslut överklagas om beslutet kan antas påverka någons situation på ett inte obetydligt sätt.

I rättsfallet HFD 2020 ref. 12 har Högsta förvaltningsdomstolen uttalat att en grundläggande förutsättning för att det ska finnas en rätt till prövning i allmän förvaltningsdomstol är att det aktuella ställningstagandet kan anses vara ett förvaltningsbeslut och att det dessutom är av sådant slag, dvs. har sådana effekter, att det utgör ett överklagbart beslut.

Det som är avgörande för om ett ställningstagande ska betraktas som ett förvaltningsbeslut är om det innefattar ett uttalande genom vilket myndigheten vill påverka förvaltningsorgans eller enskildas handlande, dvs. om det är avsett att vara handlingsdirigerande. Det är alltså uttalandets syfte och innehåll som avgör dess karaktär av förvaltningsbeslut, inte dess yttre form. Överklagandeinstitutes funktion är att bereda den som berörs av ett besluts verkningar en möjlighet att få beslutet ändrat eller upphävt, dvs. att få de oönskade konsekvenserna av beslutet eliminerade. Av detta följer att det i princip endast är beslut som har, eller är ägnade att få, en påvisbar effekt av någorlunda kvalificerat slag för den som berörs av beslutet som är överklagbara. Se bl.a. Högsta förvaltningsdomstolens avgöranden RÅ 2004 ref. 8, RÅ 2010 ref. 72 och HFD 2018 ref. 23.

Rättsfallet HFD 2018 ref. 71 gällde ett beslut om tillsyn av en upphandling av avfallstjänster. Högsta förvaltningsdomstolen ansåg att beslutet av Konkurrensverket i dess egenskap av tillsynsmyndighet för den offentliga upphandlingen var överklagbart. Domstolen noterade att Konkurrensverket under rubriken ”Beslut” angett att kommunerna inte fick köpa avfallshanteringstjänster utan föregående annonsering med stöd av in-house-regeln. Vidare framhöll domstolen att verket under rubriken ”Skäl för beslutet” förklarade att granskningen avsåg om kommunerna ”får köpa” de aktuella tjänsterna utan föregående annonsering med stöd av in-

house-regeln. Domstolen pekade även på att Konkurrensverket under rubriken ”Slutsats” uppgett att Konkurrensverket förväntade sig att kommunerna vidtog rättelse genom att agera för att fortsättningsvis upphandla de aktuella tjänsterna i enlighet med upphandlingslagstiftningen. Mot bl.a. den bakgrunden ansåg domstolen att det stod klart att beslutet kunde antas påverka kommunernas situation på ett sådant sätt som avses i 41 § FL. Beslutet var därmed överklagbart.

De överklagade besluten

Konkurrensverket har fattat de nu överklagade besluten i egenskap av tillsynsmyndighet för offentliga upphandlingar. Konkurrensverket har i varje enskilt beslut angett att kommunen har, vid anskaffning av tjänster för omhändertagande av hushållsavfall under 2018 från Sydsåkånes avfallsaktiebolag (Sysav), agerat i strid med LOU genom att tillämpa undantaget för intern upphandling i 3 kap. 11 § LOU utan att uppfylla verksamhetskriteriet i 3 kap. 13 § LOU. Eftersom anskaffningen inte har föregåtts av annonsering utgör den en otillåten direktupphandling i strid med 10 kap. 1 § LOU. Konkurrensverket har också uppgett i beslutet att dokumentationsplikten i 12 kap. 14–16 §§ LOU inte uppfyllts vid anskaffningen. Konkurrensverket har angett att kommunen förtjänar kritik för sitt agerande. Konkurrensverket har vidare angett att verket förutsätter att kommunen i den mån det inte redan skett, vidtar åtgärder för att säkerställa att kommunens anskaffningar från Sysav sker i enlighet med LOU och att kommunens åtgärder i detta syfte kan komma att följas upp genom förnyad tillsyn. Under rubriken ”Allmänt om Konkurrensverkets tillsyn” anger verket bl.a. följande. Ett tillsynsbeslut innebär inte ett förbud eller föreläggande. Det är således inte förenat med en sanktion i sig, men kan ändå få rättsliga följder. Om en upphandlande myndighet genomför upprepade otillåtna upphandlingar kan exempelvis tidigare förseelse utgöra en försvårande omständighet som motiverar en högre upphandlingskadeavgift vid efterföljande otillåtna direktupphandlingar.

Kammarrätten gör följande bedömning.

Konkurrensverkets tillsynsbeslut innebär sådana ställningstaganden att de ska betraktas som förvaltningsbeslut. Frågan är därefter om besluten har sådana rättsverkningar att de är överklagbara.

I besluten anges att Konkurrensverket förutsätter att kommunen vidtar åtgärder för att säkerställa att kommunens anskaffningar sker i enlighet med LOU. Kammarrätten konstaterar dock att besluten inte innehåller något förbud eller föreläggande. Det finns inte heller någon annan sanktion som är kopplad till besluten.

Konkurrensverket har i besluten fört fram att de ändå kan få rättsliga följder. Konkurrensverket menar att i de fall en upphandlande myndighet genomför upprepade otillåtna upphandlingar kan tidigare förseelser utgöra en försvårande omständighet som motiverar en högre upphandlingskadeavgift vid efterföljande otillåtna direktupphandlingar. Kammarrätten konstaterar att domstolen vid en sådan process om upphandlingskadeavgift inte är bunden av bedömningar som gjorts i tidigare tillsynsbeslut. Tillsynsbesluten får alltså inte positiv rättskraft på så sätt att de direkt kan läggas till grund för en senare ansökan om upphandlingskadeavgift gällande en annan upphandling.

HFD 2024

Ref 14

Konkurrensverkets beslut kan därför varken sägas ha medfört eller varit ägnade att medföra faktiska effekter för kommunerna. Besluten påverkar därför inte kommunernas situation på ett sådant sätt att besluten är överklagbara. Förvaltningsrätten borde alltså inte ha prövat överklagandet och förvaltningsrättens dom ska därför upphävas.

– Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom.