

HFD 2018 ref. 71

Ett beslut av Konkurrensverket i dess egenskap av tillsynsmyndighet för den offentliga upphandlingen har ansetts överklagbart. Beslutet har undanröjts eftersom verket agerat utanför sin kompetens.

41 § förvaltningslagen (2017:900), 18 kap lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, jfr 22 kap. lagen (2016:1145) om offentlig upphandling

Högsta förvaltningsdomstolen meddelade den 10 december 2018 följande dom (mål nr 1894-17).

Bakgrund

Konkurrensverket är tillsynsmyndighet för den offentliga upphandlingen och ska i den egenskapen bl.a. granska upphandlande myndigheters tillämpning av upphandlingslagstiftningen.

Under 2014 inledde Konkurrensverket en granskning av ett antal kommuners köp av avfallshanteringstjänster från ett av kommunerna gemensamt ägt aktiebolag. Kommunerna – däribland klagandena i detta mål – köper sådana tjänster från bolaget utan föregående upphandlingsförfarande. Skälet till detta är att kommunerna anser att köpen omfattas av det s.k. in-house-undantaget i 2007 års upphandlingslag.

Undantaget innebär att en upphandlande myndighet inte behöver upphandla tjänster från en leverantör som myndigheten utövar en sådan kontroll över som motsvarar den kontroll som myndigheten utövar över sin egen förvaltning (kontrollkriteriet) och leverantören bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med myndigheten (verksamhetskriteriet). Numera finns regler om undantag för interna upphandlingar i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.

Konkurrensverket beslutade efter genomförd granskning att kommunerna inte får köpa avfallshanteringstjänster utan föregående annonsering från bolaget med stöd av in-house-regeln eftersom verksamhetskriteriet inte var uppfyllt. Enligt Konkurrensverket riktade sig en alltför stor del av verksamheten mot andra än ägarna.

Kommunerna överklagade beslutet och yrkade att det skulle upphävas, i första hand eftersom Konkurrensverket saknar stöd i författning för att meddela beslut av förbudskaraktär och i andra hand för att Konkurrensverket gjort en felaktig bedömning i själva sakfrågan, dvs. om verksamhetskriteriet var uppfyllt.

Både förvaltningsrätten och kammarrätten avslog kommunernas överklagande. Domstolarna prövade först om Konkurrensverkets beslut var överklagbart och om verket hållit sig inom ramarna för sin kompetens och fann att så var fallet. I sakfrågan gjorde de samma bedömning som Konkurrensverket.

Yrkanden m.m.

Kommunerna yrkar att Högsta förvaltningsdomstolen ska ändra underinstansernas avgöranden och upphäva Konkurrensverkets beslut samt anför bl.a. följande. Formuleringen i Konkurrensverkets beslut om att kommunerna ”får inte” köpa tjänster från bolaget utan föregående annonsering kan inte tolkas på annat sätt än som ett förbud. Det krävs författningsstöd för att en tillsynsmyndighet ska få förbjuda ett visst handlande och sådant författningsstöd saknas här.

Konkurrensverket bestrider bifall till överklagandet och anför bl.a. att beslutet inte innebär ett förbud för kommunerna att köpa de aktuella tjänsterna utan ger uttryck för den rättsliga bedömning verket gjort av lagligheten i kommunernas agerande.

Högsta förvaltningsdomstolen har med stöd av bestämmelsen i 36 a § förvaltningsprocesslagen (1971:291) meddelat prövningstillstånd i frågan om Konkurrensverkets beslut är överklagbart och – om så är fallet – om beslutet inneburit ett kompetensöverskridande. Frågan om prövningstillstånd i målet i övrigt har förklarats vilande.

Skälen för avgörandet

Varken 2007 års upphandlingslag eller den nu gällande lagen från 2016 innehåller någon bestämmelse om att Konkurrensverkets beslut får överklagas. Beslutets överklagbarhet ska därför bedömas med utgångspunkt i allmänna förvaltningsrättsliga principer så som de numera kommer till uttryck i 41 § förvaltningslagen (2017:900).

Enligt den bestämmelsen får ett beslut överklagas om det kan antas påverka någons situation på ett inte obetydligt sätt. Regeln ger uttryck för de principer som utvecklats i Högsta förvaltningsdomstolens praxis och som innebär att det är ett besluts faktiska verkningar som är i grunden avgörande för bedömningen av beslutets överklagbarhet (prop. 2016/17:180 s. 252 och 332, se även HFD 2018 ref. 23 och där angivna rättsfall).

Konkurrensverkets granskning har avsett att utreda om kommunernas förfarande är förenligt med det upphandlingsrättsliga regelverket. I beslutet har myndigheten redovisat sin utredning och gjort bedömningen att verksamhetskriteriet i in-house-regeln inte är uppfyllt och att undantaget därmed inte är

tillämpligt på kommunernas köp av avfallshanteringstjänster från bolaget.

Inledningsvis anger Konkurrensverket under rubriken ”Beslut” att kommunerna inte får köpa avfallshanteringstjänster utan föregående annonsering med stöd av in-house-regeln eftersom verksamhetskriteriet inte är uppfyllt. Under rubriken ”Skäl för beslutet” förklarar verket att granskningen avser om kommunerna ”får köpa” de aktuella tjänsterna utan föregående offentlig upphandling med stöd av in-house-regeln. Konkurrensverket uppger i beslutet under rubriken ”Slutsats” att det förväntar sig att kommunerna vidtar rättelse genom att agera för att fortsättningsvis upphandla de aktuella tjänsterna i enlighet med upphandlingslagstiftningen.

Enligt Högsta förvaltningsdomstolen står det klart att beslutet kan antas påverka kommunernas situation på ett sådant sätt som avses i 41 § förvaltningslagen. Beslutet är därmed överklagbart.

Frågan är då om Konkurrensverket har agerat utanför sin kompetens.

Konkurrensverkets tillsynsansvar omfattar bl.a. att se till att den upphandlingsrättsliga lagstiftningen följs. Som ett led i det uppdraget kan verket efter genomförd granskning av en upphandlande myndighets verksamhet meddela tillsynsbeslut, för att på så sätt uppmärksamma myndigheten på eventuella brister som framkommit under granskningen. Sådana beslut tjänar också syftet att göra även andra aktörer uppmärksamma på Konkurrensverkets uppfattning beträffande innebörden i det upphandlingsrättsliga regelverket.

Konkurrensverket har rätt att från den granskade myndigheten inhämta upplysningar som är nödvändiga för tillsynsverksamheten och myndigheten är skyldig att lämna sådana upplysningar. Vidare har verket befogenhet att hos förvaltningsrätten ansöka om att en upphandlande myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift om vissa förutsättningar är uppfyllda.

Någon rättslig grund för Konkurrensverket att tvinga en upphandlande myndighet att vidta eller underlåta en viss åtgärd efter en konstaterad regelöverträdelse finns inte. I samband med att regleringen om upphandlingsskadeavgift infördes uttalade regeringen att det inte fanns behov av att ge tillsynsmyndigheten möjlighet att förelägga en upphandlande myndighet att upphöra med eller att inte upprepa ett visst beteende (se prop. 2009/10:180 s. 218 f.).

I det överklagade beslutet uttalar Konkurrensverket att kommunerna inte med stöd av in-house-regeln får köpa avfallshanteringstjänster från bolaget utan föregående annonsering. Detta kan enligt Högsta förvaltningsdomstolen inte uppfattas på annat sätt än som ett förbud. Det följer av det nyss anförda att Konkurrensverket saknar befogenhet att meddela sådana förbud.

Verket har därmed agerat utanför sin kompetens. Detta innebär att prövningstillstånd ska meddelas i målet i övrigt samt att kammarrättens och förvaltningsrättens avgöranden ska upphävas och Konkurrensverkets beslut undanröjas.

Högsta förvaltningsdomstolens avgörande

Högsta förvaltningsdomstolen meddelar prövningstillstånd i de delar i vilka frågan om prövningstillstånd har förklarats vilande.

Högsta förvaltningsdomstolen upphäver underinstansernas avgöranden och undanröjer Konkurrensverkets beslut.

I avgörandet deltog justitieråden *Jäderblom*, *Baran* och *Gäverth*. Föredragande var justitiesekreteraren Ia Hamlin.

Justitieråden *Knutsson* och *Askersjö* var av skiljaktig mening i frågan om Konkurrensverket agerat utanför sin kompetens och anförde:

Konkurrensverket har granskat kommunernas inköp av avfallshanterings tjänster och i sitt beslut redovisar verket sina iakttagelser från granskningen samt de slutsatser dessa föranlett. Enligt vår mening faller dessa åtgärder tveklöst inom ramen för Konkurrensverkets roll som tillsynsmyndighet för den offentliga upphandlingen. Eftersom verket saknar befogenhet att meddela förbud kan beslutet knappast hos de berörda kommunerna ha skapat intrycket att det innefattade ett sådant (jfr RÅ 2004 ref. 8 och HFD 2015 ref. 75).

Den av Konkurrensverket i beslutet valda formuleringen ”får inte” må vara olycklig eftersom den kan leda tanken till ett förbud men innebär inte att verket har agerat utanför sin kompetens.

Förvaltningsrätten i Stockholm (2016-05-30, ordförande Melin):

Har Konkurrensverket behörighet att fatta tillsynsbeslut av ifrågavarande slag?

Ägarkommunerna anför att Konkurrensverket saknar författningsstöd för att fatta ett så betungande beslut som det meddelade. Enligt ägarkommunerna begränsar sig Konkurrensverkets lagstöd på tillsynsområdet till att fatta beslut om förelägganden riktade mot upphandlande myndigheter om att lämna de uppgifter som Konkurrensverket behöver för att kunna utöva sin tillsyn.

Enligt Konkurrensverket följer det redan av ordalydelsen 18 kap. 1 § lagen om offentlig upphandling att det finns författningsstöd att meddela tillsynsbeslut rörande offentlig upphandling enligt lagen om offentlig

upphandling. Konkurrensverket anför vidare att regeringen i förordningen (2007:1117) med instruktion för Konkurrensverket har gett Konkurrensverket i uppdrag att utöva sådan tillsyn.

Konkurrensverkets tillsynsbeslut är inte exigibla och får inte positiv rättskraft. De kan därmed inte ligga till grund för något senare beslut med ingripande faktiska effekter för den upphandlande myndigheten. Konkurrensverkets tillsynsbeslut utmynnar istället i en redovisning av vad verket har kommit fram till i samband med tillsynen och besluten har endast vägledande betydelse.

Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) har i en dom från 2014 prövat omfattningen av Skolinspektionens tillsynsansvar (HFD 2014 ref. 47). I avgörandet konstaterade HFD att Skolinspektionens tillsynsansvar sträcker sig så långt som det behövs för att se till att de materiella bestämmelserna i främst skollagen följs. Enligt förvaltningsrättens mening bör detta synsätt tillämpas även inom andra tillsynsområden. Därmed måste Konkurrensverkets tillsynsansvar, enligt förvaltningsrättens mening, anses omfatta samtliga materiella bestämmelser på upphandlingsområdet. Den materiella lagstiftningen utgör samtidigt också gränsen för tillsynsmyndighetens behörighet.

I förevarande fall har Konkurrensverket granskat om ägarkommunernas verksamhet vid köp av avfallhanteringstjänster från Sysav AB rymms inom in-house-undantaget i 2 kap. 10 a § lagen om offentlig upphandling. Granskningen har således avsett en materiell bestämmelse i lagen om offentlig upphandling. Vidare ingår det i tillsynsuppgiften att redovisa vad myndigheten har kommit fram till vid tillsynen. Tillräckligt stöd för tillsynsbeslutet förelåg därför. Det finns inget hinder mot ett sådant förfarande i lagen om offentlig upphandling. Förvaltningsrätten anser därmed att det inte finns någon grund för att upphäva det överklagade tillsynsbeslutet av det skälet att Konkurrensverket skulle sakna behörighet.

Kan Konkurrensverkets beslut överklagas?

I målet har fråga uppkommit om Konkurrensverkets tillsynsbeslut kan överklagas, vilket såväl ägarkommunerna som Konkurrensverket anser.

I lagen om offentlig upphandling regleras inte frågan om tillsynsbesluts överklagbarhet. Frågan i målet blir därmed om beslutet kan överklagas med stöd av 22 § förvaltningslagen (1986:223). I bestämmelsen anges att ett beslut får överklagas av den som beslutet angår, om det har gått honom emot och beslutet kan överklagas. Frågan om beslutets överklagbarhet måste bedömas utifrån allmänna förvaltningsrättsliga principer framvuxna ur praxis. Avgörande för denna bedömning är beslutets innebörd och faktiska verkningar för den som berörs av beslutet (HFD 2014 ref. 56 och RÅ 2010 ref. 72).

Ett tillsynsbeslut av Konkurrensverket som gäller en upphandlande myndighets tillämpning av upphandlingslagstiftningen är såsom tidigare anförts inte exigibelt. Det saknas således tvångsmedel för att garantera att den upphandlande myndigheten rättar sig efter tillsynsmyndighetens beslut. Beslutet får inte heller positiv rättskraft och kan därmed inte ligga till grund för något senare beslut med ingripande effekter för den upphandlande myndigheten.

Tillsynsbesluten kan emellertid få vägledande betydelse i framtida överprövnings- och skadeståndprocesser i domstol. Även i mål om upp-

handlingsskadeavgift har det visat sig att underlåtenhet att rätta sig efter Konkurrensverkets beslut har bedömts som en försvårande omständighet (se t.ex. Kammarrätten i Sundsvalls dom den 23 januari 2015 i mål nr 1767-14). Förvaltningsrätten anser därför att Konkurrensverkets tillsynsbeslut kan komma att medföra sådana faktiska verkningar för ägarkommunerna att beslutet bör anses överklagbart.

[text här utelämnad]

När det gäller prövningen i sak anser förvaltningsrätten att ägarkommunerna inte får köpa avfallshanteringstjänster utan föregående annonsering från Sysav AB med stöd av 2 kap. 10 a § lagen om offentlig upphandling eftersom verksamhetskriteriet inte är uppfyllt. – Förvaltningsrätten avslår överklagandet.

Kammarrätten i Stockholm (2017-03-23, Eriksson, Ringvall och Nilsson Edin):

Beslutets överklagbarhet

Konkurrensverket, kommunerna och förvaltningsrätten anser alla att det aktuella beslutet är överklagbart. Avgörande för om ett myndighetsbeslut är överklagbart eller inte är dess faktiska verkningar för den som berörs av beslutet. Högsta förvaltningsdomstolen har i rättsfallet RÅ 2010 ref. 72 uttalat att beslut som har – eller är ägnade att få – en påvisbar effekt för den som berörs av beslutet tillerkänns överklagbarhet.

Konkurrensverkets beslut är ägnat att uppnå en viss specifik verkan för kommunerna, nämligen att de inte med stöd av den s.k. in-house-regeln ska få köpa avfallshanteringstjänster från Sysav AB utan föregående annonsering. I beslutet anges att Konkurrensverket förväntar sig att kommunerna vidtar rättelse genom att agera för att fortsättningsvis upphandla de aktuella avfallstjänsterna i enlighet med lagen om offentlig upphandling. Som förvaltningsrätten har angett kan tillsynsbeslutet även få vägledande betydelse i framtida överprövnings- och skadeståndsprocesser samt i mål om upphandlingsskadeavgift. Mot denna bakgrund instämmer kammarrätten i förvaltningsrättens bedömning att Konkurrensverkets beslut är överklagbart.

Tillämpliga bestämmelser

Förvaltningsrätten har gjort sin prövning utifrån den lagstiftning som gällde vid tidpunkten för Konkurrensverkets beslut, dvs. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Detta motiverades med att införlivandefristen för Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU/ av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG inte hade gått ut och att direktivet inte hade trätt i kraft vid tidpunkten för Konkurrensverkets beslut. Förvaltningsrätten ansåg därför att den i målet aktuella frågan inte skulle tolkas i ljuset av det nya direktivet.

Kommunerna anser att kammarrätten ska göra sin prövning utifrån bestämmelserna i den numera gällande lagen (2016:1145) om offentlig upphandling och har som stöd för denna uppfattning hänvisat till övergångsbestämmelserna till den nya lagen. Av dessa framgår bl.a. att den nya lagen trädde i kraft den 1 januari 2017 och att den gamla lagen upphävdes genom den nya. Dessutom framgår att bestämmelserna i

3 kap. 11–18 §§ i den nya lagen, vilka avser intern upphandling och därmed reglerar den i målet aktuella frågan, ska tillämpas även på förhållanden som avser tiden före ikraftträdandet. Med sådana förhållanden avses avtal, rättshandlingar eller andra relevanta omständigheter (prop. 2015/16:195, Del 2, s. 1387). Övriga bestämmelser gäller enbart för upphandlingar som har påbörjats efter ikraftträdandet (a. prop. s. 918).

I Konkurrensverkets beslut (s. 7) anges att ett tillsynsbeslut har fattats eftersom granskningen inte avser ett specifikt avtal, och att granskningen avser om kommunerna får köpa de aktuella tjänsterna av Sysav AB utan föregående upphandling med stöd av in-house-regeln i 2 kap. 10 a § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.

Kammarrättens prövning gäller om Konkurrensverket dels haft behörighet, dels haft fog för att fatta sitt tillsynsbeslut. I denna prövning ingår bl.a. att bedöma om det granskade förfarandet, vid tidpunkten för beslutet, stämde överens med de krav som följde av då gällande lagen om offentlig upphandling. Kammarrätten anser därför att prövningen, trots vad som anges i övergångsbestämmelserna, inte ska göras utifrån bestämmelserna i den nya lagen, utan utifrån bestämmelserna i den numera upphävda lagen. Härefter avses således med lagen om offentlig upphandling den sistnämnda lagen.

Konkurrensverkets behörighet

[text här utelämnad]

Kammarrätten anser i likhet med förvaltningsrätten att den bedömning som Högsta förvaltningsdomstolen gjorde i rättsfallet HFD 2014 ref. 47, att Skolinspektionens tillsynsansvar sträcker sig så långt som behövs för att se till att de materiella bestämmelserna följs, har relevans även vid bedömningen av hur omfattande Konkurrensverkets tillsynsansvar är. Kammarrätten anser vidare att frågan om tillsynens omfattning bör ses i ljuset av att EU-kommissionen vid upprepade tillfällen har initierat granskningar, med anledning av kommunernas tilldelning av avtal till Sysav AB, och även ställt krav på Sverige att åtgärder vidtas.

Konkurrensverket har utövat sitt uppdrag som tillsynsmyndighet genom att kontrollera om det granskade förfarandet stämmer överens med bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling, och har kommit fram till en viss bedömning. I beslutet (s. 16) har Konkurrensverket i sina slutsatser bedömt att Sysav AB inte uppfyller förutsättningarna för att kommunerna med stöd av in-house-regeln ska få köpa avfallshanterings-tjänster av Sysav AB utan ett annonserat upphandlingsförfarande enligt lagen om offentlig upphandling. Vidare anges att Konkurrensverket förväntar sig att kommunerna vidtar rättelse genom att agera för att fortsättningsvis upphandla de aktuella tjänsterna i enlighet med lagen om offentlig upphandling.

Vid en samlad bedömning anser kammarrätten att Konkurrensverket inte har gått utanför ramarna för sitt uppdrag och sin kompetens i och med det fattade beslutet. Att Konkurrensverket har redovisat sin bedömning i form av ett tillsynsbeslut och även angett vad som krävs för att de granskade kommunerna ska uppfylla lagstiftningens krav utgör

därmed inte ett kompetensöverskridande. Beslutet ska därför inte upphävas av den anledningen.

Verksamhetskriteriet

[text här utelämnad]

Kammarrätten bedömer mot ovanstående bakgrund att kommunerna inte har visat att den verksamhet som Sysav AB bedriver gentemot andra än kommunerna är av marginell karaktär, utan instämmer i förvaltningsrättens bedömning att det är klarlagt att bolagen bedriver en omfattande verksamhet mot den privata marknaden. Kammarrätten bedömer därför att verksamhetskriteriet inte är uppfyllt och att det inte har funnits förutsättningar för kommunerna att, med stöd av in-house-regeln, köpa avfallshanteringstjänster av Sysav AB utan ett annonserat upphandlingsförfarande. Konkurrensverket har därmed haft fog för sitt beslut. Överklagandet ska därför avslås. – Kammarrätten avslår överklagandet.