

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS DOM

Mål nr
1894-17

meddelad i Stockholm den 10 december 2018

KLAGANDE

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

Ombud: Advokaterna Emanuel Wallin och Hanna Lundqvist
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

MOTPART

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Kammarrätten i Stockholms dom den 23 mars 2017 i mål nr 4167-16

SAKEN

Tillsyn över offentlig upphandling

Dok.Id 197320

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

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.

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.

Mål nr
1894-17

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 avslag 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.

Mål nr
1894-17

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

Mål nr
1894-17

samt att kammarrättens och förvaltningsrättens avgöranden ska upphävas och Konkurrensverkets beslut undanröjas.

I avgörandet har deltagit justitieråden Helena Jäderblom, Margit Knutsson (skiljaktig mening), Inga-Lill Askersjö (skiljaktig mening), Mahmut Baran och Leif Gäverth.

Föredragande har varit justitiesekreteraren Ia Hamlin.

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 30 maj 2016 i mål nr 15332-15
Konkurrensverkets beslut den 24 juni 2015

SKILJAKTIG MENING

Justitieråden Knutsson och Askersjö är skiljaktiga i frågan om Konkurrensverket har agerat utanför sin kompetens och anför följande.

Konkurrensverket har granskat kommunernas inköp av avfallshanteringstjänster 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.