



## 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: Advokat [REDACTED] och biträdande jurist [REDACTED]

## MOTPART

Konkurrensverket

## ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 13 februari 2023  
i mål nr 15741-22, se bilaga A

## SAKEN

Tillsyn över offentlig upphandling

## KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

1. Kammarrätten meddelar prövningstillstånd.
2. Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom.

## **YRKANDEN M.M.**

Kommunerna yrkar att kammarrätten ska upphäva Konkurrensverkets tillsynsbeslut.

## **SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

### **Prövningstillstånd**

Kammarrätten anser att det finns skäl att meddela prövningstillstånd och tar direkt upp målet till avgörande.

### **Överklagbarhet m.m.**

Konkurrensverket har i 14 separata och likalydande beslut om tillsyn enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, 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. Överklagandeinstitutets 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" förklarat 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 upphandlingsskadeavgift 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 upphandlingsskadeavgift vid efterföljande otillåtna direktupphandlingar. Kammarrätten konstaterar att domstolen vid en sådan process om upphandlingsskadeavgift 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 upphandlingsskadeavgift gällande en annan upphandling.

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.

---

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).

Anna Lönnestav  
kammarrättsråd  
ordförande

Charlotta Lokrantz Sandberg  
kammarrättsråd

Susanne Ericson  
kammarrättsråd  
referent

/Johan Nykvist  
föredragande jurist