



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Avdelning 7

DOM
2022-10-27
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
351-22

KLAGANDE

Karlshamns kommun

MOTPART

Konkurrensverket

ÖVERKLAGAT BESLUT

Konkurrensverkets beslut 2021-12-16, bilaga 1

SAKEN

Tillsyn enligt lagen om offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller överklagandet och upphäver det överklagade beslutet.

YRKANDEN M.M.

I tillsynsbeslut den 16 december 2021 meddelade Konkurrensverket bl.a. följande. Karlshamns kommun har agerat i strid med lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, genom att vid anskaffning av solcellspaneler, material för installation samt installation på Norreports förskola och Stenbackanavet i Karlshamn den 19 december 2019, felaktigt tillämpa undantaget för intern upphandling, utan att uppfylla verksamhetskriteriet i 3 kap. 12 § LOU. Därmed har Karlshamns kommun brutit mot annonseringsplikten. Eftersom anskaffningen inte har föregåtts av annonsering utgör den en otillåten direktupphandling i strid med 19 kap. LOU. Karlshamns kommun förtjänar kritik för sitt agerande. Konkurrensverket förutsätter att Karlshamns kommun, i den mån det inte redan skett, vidtar åtgärder för att säkerställa att kommunens inköp sker i enlighet med LOU. Karlshamns kommuns åtgärder i detta syfte kan komma att följas upp genom förnyad tillsyn. För skälen till beslutet se bilaga 1.

Karlshamns kommun yrkar att det överklagade beslutet ska upphävas.

Konkurrensverket vidhåller sitt beslut.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**Överklagbart beslut**

Konkurrensverkets beslut om föreläggande får överklagas till förvaltningsrätt (22 kap. 4–5 §§ LOU).

Förvaltningsrätten konstaterar att LOU inte innehåller någon bestämmelse som anger om Konkurrensverkets tillsynsbeslut i övrigt kan överklagas.

Högsta förvaltningsdomstolen har dock uttalat att ett beslut av

Konkurrensverket i dess egenskap av tillsynsmyndighet för den offentliga upphandlingen, i enlighet med 41 § förvaltningslagen (2017:900), är överklagbart (se HFD 2018 ref. 71). Förvaltningsrättens bedömning är därför att det nu överklagade beslutet är överklagbart.

Rättsliga utgångspunkter m.m.

Konkurrensverket utövar tillsyn över upphandling enligt LOU (22 kap. 1 § LOU). Genom det överklagade beslutet har Konkurrensverket utövat sitt uppdrag som tillsynsmyndighet genom att undersöka om Karlshamns kommuns inköp av solcellspaneler m.m. har skett i enlighet med bestämmelserna i LOU.

I praxis har Högsta förvaltningsdomstolen uttalat bl.a. följande gällande Konkurrensverkets tillsynsansvar (se HFD 2018 ref. 71).

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.).

Vidare konstaterade Högsta förvaltningsdomstolen följande i HFD 2018 ref. 71. Konkurrensverket har i det överklagade beslutet uttalat att kommunerna inte med stöd av in-house-regeln får köpa avfallshanterings-tjänster från bolaget utan föregående annonsering. Det kan 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. Högsta förvaltningsdomstolen upphävde kammarrättens och förvaltningsrättens avgöranden och undanröjde Konkurrensverkets beslut.

Förvaltningsrättens bedömning

I nu aktuellt mål har Konkurrensverket utövat sitt uppdrag som tillsynsmyndighet genom att undersöka om Karlshamns kommuns inköp av solcellspaneler m.m. har skett i enlighet med bestämmelserna i LOU. Konkurrensverket anför i sitt beslut att Karlshamns kommun felaktigt tillämpat undantaget för intern upphandling, utan att uppfylla verksamhetskriteriet i 3 kap. 12 § LOU, och därigenom brutit mot annonseringsplikten samt att inköpet av solcellspaneler m.m. därmed utgör en otillåten direktupphandling i strid med 19 kap. LOU. Vidare anføres att Karlshamns kommun förtjänar kritik för sitt agerande och att Konkurrensverket förutsätter att Karlshamns kommun, i den mån det inte redan skett, vidtar åtgärder för att säkerställa att kommunens inköp sker i enlighet med LOU. Slutligen anför Konkurrensverket att

Karlshamns kommuns åtgärder i detta syfte kan komma att följas upp genom förnyad tillsyn.

I skälen för det överklagade beslutet anför Konkurrensverket vidare bl.a. följande. Ett tillsynsbeslut innebär inte ett förbud eller ett 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 förseelser utgöra en försvårande omständighet som motiverar en högre upphandlingsskadeavgift vid efterföljande otillåtna direktupphandlingar.

Förvaltningsrätten anser att Konkurrensverket har gått utanför ramarna för sitt uppdrag och sin kompetens när det fattade det nu överklagade beslutet. I HFD 2018 ref. 71 fastslås att det inte finns någon rättslig grund för Konkurrensverket att tvinga en upphandlande myndighet att vidta eller underlåta en viss åtgärd efter en konstaterad regelöverträdelse (jfr även prop. 2009/10:180 s. 218 f.). Konkurrensverkets uttalanden i det nu överklagade beslutet kan enligt förvaltningsrättens mening inte uppfattas på annat sätt än att Karlshamns kommun inte får köpa solcellspaneler m.m. från KEAB utan annonsering. Denna slutsats, tillsammans med formuleringen att kommunen förutsätts vidta åtgärder för att säkerställa att inköp sker i enlighet med LOU och att åtgärderna i detta syfte kan komma att följas upp, utgör enligt förvaltningsrätten ett sådant förbud som Konkurrensverket enligt praxis och förarbeten inte har befogenhet att meddela. Det överklagade beslutet ska därför upphävas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 2 (FR-05).

Caroline Ljung
Förvaltningsrättsfiskal

Hanna Axelsson har varit föredragande.