



**KLAGANDE**

Konkurrensverket

**MOTPART**

Karlshamns kommun

**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 27 oktober 2022  
i mål nr 351-22, se bilaga A

**SAKEN**

Offentlig upphandling

---

**KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och visar målet åter till  
förvaltningsrätten för prövning i sak.

---

### YRKANDEN M.M.

**Konkurrensverket** yrkar att förvaltningsrättens dom ska undanröjas och att målet ska visas åter till förvaltningsrätten för prövning i sak. Verket för fram i huvudsak följande. Det aktuella tillsynsbeslutet kan inte tolkas som ett förbud och innebär inte ett överskridande av kompetens. I beslutet anges att tillsynsbeslutet varken innebär ett föreläggande eller ett förbud. Den omständigheten att verket konstaterar en regelöverträdelse och ger kritik kan inte tolkas som ett förbud. Inte heller uttalandena att Karlshamns kommun förutsätts vidta åtgärder för att säkerställa att kommunens inköp sker i enlighet med lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, samt att åtgärderna kan komma att följas upp genom förnyad tillsyn kan tolkas som ett förbud. Det förutsätts att myndigheter generellt sett har en vilja att följa lagstiftningen och faller inom ramen för verkets tillsynsuppdrag att genomförd tillsyn kan följas upp genom förnyad tillsyn. Karlshamns kommun har inte heller argumenterat för att verket skulle ha överträtt sina befogenheter genom det meddelade beslutet. Kommunen har alltså inte ens uppfattat beslutet som ett förbud. Det som verket ger uttryck för i sitt tillsynsbeslut är något helt annat än det förbud som Högsta förvaltningsdomstolen konstaterade i avgörandet HFD 2018 ref. 71.

**Karlshamns kommun** anser att överklagandet ska avslås och för fram i huvudsak följande. Konkurrensverket har i sitt beslut gjort motsvarande uttalanden som i det beslut som var aktuellt i avgörandet HFD 2018 ref. 71. Strukturen i båda besluten är densamma med ett tydligt konstaterande att inköpet är otillåtet följt av en tydligt uttalad förväntan att rättelse ska ske. Uttalandena i båda besluten ger uttryck för samma sak. Även om kommunen har riktat in sig på sakfrågan i överklagandet har kommunen uppfattat tillsynsbeslutet på så sätt att det aktuella inköpet inte får upprepas. Verkets tillsynsbeslut innehåller ett fastställande av begångna fel, en uttryckt förväntan om rättelse och en upplysning om möjligheten att väcka talan om upphandlingsskadeavgift. Genom att utforma tillsynsbeslutet på

detta sätt används beslutet som ett påtryckningsmedel för att få den upphandlande myndigheten att rätta sig efter beslutet. Verket har på detta sätt överskridit sina befogenheter.

## **SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

### **Beslutets överklagbarhet**

Enligt kammarrättens bedömning är nu aktuellt beslut från Konkurrensverket överklagbart.

### **Konkurrensverkets beslutskompetens**

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

I förarbetena anges att utgångspunkten för tillsynsverksamheten måste vara att tillsynen kan leda till att tillsynsmyndigheten upptäcker att det har begåtts överträdelser mot bl.a. LOU. Regeringen för även fram att det inte finns behov av att ge tillsynsmyndigheten möjlighet att förelägga en upphandlande myndighet eller enhet att upphöra med eller att inte upprepa ett visst beteende (prop. 2009/10:180 s. 215 och 218).

Högsta förvaltningsdomstolen, HFD, har i avgörandet HFD 2018 ref. 71 uttalat 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. Konkurrensverket hade i sin egenskap av tillsynsmyndighet fattat ett beslut där det angavs att ett antal kommuner inte med stöd av in-house-regeln får köpa avfallshanteringstjänster från ett bolag utan föregående annonsering. Detta uttalande kunde enligt HFD inte uppfattas på annat sätt än som ett förbud. Eftersom Konkurrensverket

saknar befogenhet att meddela sådana förbud bedömde HFD att verket hade agerat utanför sin kompetens.

Konkurrensverket har i nu aktuellt mål granskat Karlshamns kommuns inköp av solcellspaneler. I sitt tillsynsbeslut har verket bl.a. angett att kommunen har agerat i strid med LOU genom att felaktigt tillämpa undantaget för intern upphandling och att inköpet, som inte har föregåtts av annonsering, utgör en otillåten direktupphandling. Verket har angett att kommunen förtjänar kritik för sitt agerande. Det anges även i beslutet att verket förutsätter att kommunen vidtar åtgärder för att säkerställa att kommunens inköp sker i enlighet med LOU samt att kommunens åtgärder i detta syfte kan komma att följas upp genom förnyad tillsyn.

I avgörandet HFD 2018 ref. 71 uttalar HFD att 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 andra aktörer uppmärksamma på Konkurrensverkets uppfattning beträffande innebörden i det upphandlingsrättsliga regelverket.

Kammarrätten bedömer mot denna bakgrund att Konkurrensverket för att kunna fullgöra sitt uppdrag som tillsynsmyndighet måste kunna uppmärksamma upphandlande myndigheter på begångna överträdelser mot LOU. Konkurrensverkets uttalanden i det överklagade beslutet om att kommunen har agerat i strid med LOU faller därför enligt kammarrättens mening inom ramen för verkets uppdrag. Kammarrätten anser heller inte att Konkurrensverket genom övriga uttalanden i beslutet, varken sammantagna eller var för sig, har agerat utanför sin kompetens. Beslutet ska därför inte upphävas av den anledningen.

Den fråga som återstår att pröva är om Konkurrensverket har haft fog för sitt beslut. Denna fråga bör i första hand prövas av förvaltningsrätten. Förvaltningsrätten dom ska därför upphävas och målet visas åter till förvaltningsrätten för prövning i sak.

---

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).

Catharina Lindqvist  
kammarrättsråd  
ordförande

Haike Degenkolbe  
kammarrättsråd  
referent  
(skiljaktig mening, se nedan)

Elsa Palmblad  
tf. assessor

Luna Särman  
fiskal  
föredragande

Skiljaktig mening:

Haike Degenkolbe är skiljaktig och för fram följande.

Jag anser att förvaltningsrättens dom ska upphävas och att överklagandet till förvaltningsrätten ska avvisas med motiveringen att Konkurrensverkets tillsynsbeslut i detta fall inte är överklagbart.

Förvaltningsrätten hänvisar till att Högsta förvaltningsdomstolen (HFD 2018 ref. 71) har uttalat att ett beslut av Konkurrensverket i dess egenskap av tillsynsmyndighet är överklagbart, och bedömer därför att det nu överklagade beslutet är överklagbart.

Enligt min mening medför dock inte Högsta förvaltningsdomstolens avgörande att alla tillsynsbeslut som Konkurrensverket meddelar är överklagbara förvaltningsbeslut.

I avgörandet HFD 2018 ref. 71 konstaterar domstolen att upphandlingslagen inte innehåller någon bestämmelse om att Konkurrensverkets beslut får överklagas, varför beslutets överklagbarhet får avgöras utifrån allmänna förvaltningsrättsliga principer som numera kommer till uttryck i 41 § förvaltningslagen (2017:900), FL. Enligt den bestämmelsen får ett beslut överklagas om beslutet kan antas påverka någons situation på ett inte obetydligt sätt. Regeln ger uttryck för de principer som utvecklats i HFD:s 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). Domstolen redogör för Konkurrensverkets granskning och hänvisar till att Konkurrensverket i beslutet har angett att kommunerna inte får köpa avfallshanteringstjänster utan föregående annonsering, att granskningen avser om kommunerna ”får köpa” de aktuella tjänsterna utan föregående offentlig upphandling med stöd av in-house-regeln och att Konkurrensverket förväntar sig att kommunerna vidtar rättelse genom att agera för att fortsättningsvis upphandla de aktuella tjänsterna i enlighet med upphandlingslagstiftningen. Enligt HFD står det klart att beslutet kan antas påverka kommunernas situation på ett sådant sätt som avses i 41 § FL. Beslutet är därmed överklagbart. Domstolen konstaterar vidare att Konkurrensverket har agerat utanför sin kompetens genom att i tillsynsbeslutet uttala att kommunerna inte med stöd av in-house-regeln får köpa avfallshanteringstjänster från bolaget utan föregående annonsering. Enligt domstolen kan det inte uppfattas som något annat än ett förbud, som Konkurrensverket saknar befogenhet att meddela. Konkurrensverkets beslut undanröjdes därför.

I avgörandet HFD 2018 ref. 23 uttalade HFD bl.a. följande.

Kännetecknande för ett förvaltningsbeslut är om det innefattar ett uttalande varigenom en myndighet vill påverka andra förvaltningsorgans eller enskildas handlande. Överklagandeinstitutets funktion är att bereda den som berörs av ett besluts verkningar en möjlighet att få beslutet ändrat eller upphävt, eller, med andra ord, att få de oönskade effekterna eliminerade. Av detta följer att i princip endast beslut som har eller är ägnat att få en påvisbar effekt för den som berörs av beslutet tillerkänns överklagbarhet. Avgörande för bedömningen av ett besluts överklagbarhet är alltså beslutets faktiska verkningar för den som berörs av det (se bl.a. RÅ 2004 ref. 8, RÅ 2007 ref. 7 RÅ 2010 ref. 72). Frågan om ett beslut är överklagbart eller inte ska alltså avgöras utifrån dess innehåll. Det saknar därmed betydelse hur myndigheten har rubricerat sitt ställningstagande (RÅ 1996 ref. 43, RÅ 2004 ref. 8, RÅ 2007 ref. 7 och HFD 2014 ref. 56).

Då en myndighet inom ramen för sin kompetens, dvs. inom gränserna för sin beslutanderätt enligt tillämplig författningsreglering, avger ett ställningstagande som har sådana faktiska verkningar som nyss sagts uppkommer således ett överklagbart beslut, oavsett hur det har rubricerats. Eftersom myndigheten agerar inom sin kompetens, ska en förvaltningsdomstol, efter ett överklagande, pröva målet i sak (se t.ex. RÅ 1996 ref. 43).

Om myndighetens ställningstagande visserligen faller inom dess beslutskompetens men saknar påvisbara faktiska verkningar för den som berörs, uppkommer inte ett överklagbart beslut. [...] Eftersom avgörandet inte är överklagbart brister det i sakprövningsförutsättning och ett överklagande ska således avvisas (se t.ex. RÅ 1990 ref. 100, HFD 2015 ref. 71 och HFD 2017 ref. 37, jfr även HFD 2012 ref. 10).

Inget hindrar att en myndighet inom sitt verksamhetsområde som en serviceåtgärd ger uttryck för myndighetens uppfattning i skilda frågor, även om myndigheten saknar beslutanderätt i aktuellt avseende. Görs ett ställningstagande i oförbindande former uppkommer inte ett överklagbart beslut, eftersom det då inte har sådana faktiska verkningar som krävs. Ett överklagande av ställningstagandet ska då, i enlighet med vad som angivits ovan, avvisas (jfr RÅ 2010 ref. 29 och RÅ 2010 ref. 72).

Om myndigheten däremot, i en fråga som ligger utanför myndighetens beslutskompetens, ger ett ställningstagande en sådan utformning att det får – eller är ägnat att få – faktiska verkningar för någon, uppkommer ett överklagbart beslut (RÅ 2004 ref. 8 och RÅ 2007 ref. 7). En domstol har vid sin prövning inte längre gående befogenheter än beslutsmyndigheten. Eftersom myndigheten inte haft rätt att fatta beslutet ska det undanröjas.

HFD fann att Revisorsinspektionens ställningstagande, som hade getts formen av ett beslut och där det uttryckligen angavs att de ändrade försäkringsvillkoren inte godkänns, hade sådana påtagliga faktiska verkningar för försäkringsbolaget att beslutet var överklagbart. Enligt HFD hade Revisorsinspektionen agerat utanför sin kompetens eftersom inspektionen inte har rätt att fatta beslut riktade till försäkringsbolag angående de försäkringar som de erbjuder revisorer och revisionsbolag.

Både Konkurrensverkets beslut i HFD 2018 ref. 71 och

Revisorsinspektionens ställningstagande i HFD 2018 ref. 23 omfattas

därmed av den fjärde typsituation ovan, där myndigheten utanför sin kompetens har gjort ställningstaganden med sådan utformning som har – eller är ägnade att få – faktiska verkningar för de som berörs, varför de ansetts vara överklagbara.

I ett senare avgörande (HFD 2020 ref. 12) fann HFD att Skogsstyrelsens uppmaning till en markägare att vidta en rad åtgärder vid en planerad avverkning av skog, och en upplysning om att myndigheten kunde meddela förelägganden eller förbud om kraven inte följdes, hade lämnats som ett led inom tillsynsverksamheten och var handlingsdirigerande. Upplysningarna utgjorde därför ett förvaltningsbeslut. Råden och upplysningarna bedömdes visserligen ha en sådan ingripande karaktär som krävs för att beslutet ska vara överklagbart, men hade inte utformats på ett sådant sätt att de var ägnade att uppfattas som bindande. Markägaren kunde nämligen tillgodose naturvårdsintressena även på andra sätt. Vägledningen var därför inte ett överklagbart beslut.

Utifrån ovan gjorda redogörelse anser jag att HFD:s senare praxis ger uttryck för att det utifrån allmänna förvaltningsrättsliga principer som kommer till uttryck i 41 § FL, förarbetsuttalanden och praxis, ska göras en bedömning i varje enskilt fall om ett överklagat tillsynsbeslut är ett överklagbart förvaltningsbeslut. Av betydelse för den bedömningen synes vara om myndigheten inom eller utom ramen för sin beslutskompetens har fattat ett handlingsdirigerande förvaltningsbeslut som utifrån dess innehåll har – eller är ägnat att ha – faktiska verkningar för den som berörs.

Av förarbetena (prop. 2016/17:180 s. 248) framgår bl.a. följande. Om ett beslut kan verkställas med särskilda tvångsmedel, som garanterar att den önskade effekten uppnås, är beslutet följaktligen överklagbart. Detsamma gäller för beslut som får positiv rättskraft och som alltså direkt kan läggas till grund för senare beslut med påvisbara effekter. Förekomsten av



rättsverkningar i egentlig mening är dock inte någon nödvändig förutsättning för att ett beslut ska vara överklagbart. Exempelvis kan ett beslut om föreläggande som inte har förenats med vite överklagas (RÅ 1997 ref. 74). Detsamma gäller avslagsbeslut som får effekt oavsett om det finns särskilda tvångsmedel eller inte (se t.ex. RÅ 1988 ref. 70).

I det nu aktuella fallet har Konkurrensverket som ett led i sin tillsyns- verksamhet granskat Karlshamns kommuns inköp av solcellspaneler. Konkurrensverkets tillsynsbeslut har därmed fattats inom ramen för ett tillsynsärende och riktas mot den upphandlande kommunen som verket anser har begått en överträdelse av upphandlingslagstiftningen. Tillsynsbeslutet är inte handlingsdirigerande i den enskilda upphandlingssituationen, dvs. det är inte avsett att direkt påverka processen i den aktuella upphandlingen eftersom upphandlingen redan avslutats. Beslutet gäller således en redan inträffad påstådd överträdelse. Konkurrensverket uttalar sig i beslutet om sin uppfattning angående upphandlingslagstiftningens tillämpning och riktar kritik mot den upphandlande kommunen som verket anser har gjort en otillåten direktupphandling. Tillsynsbeslutet är även vägledande för att påverka den upphandlande kommunens och andra myndigheters handlande i framtiden. Mot denna bakgrund anser jag att tillsynsbeslutet är handlingsdirigerande på så sätt att det utgör ett förvaltningsbeslut.

Frågan är därefter om tillsynsbeslutet är överklagbart.

Enligt Regeringsrättens tidigare praxis har avskrivningsbeslut som meddelats i anslutning till myndigheternas tillsynsverksamhet inte tillerkänts överklagbarhet (se t.ex. RÅ 1996 not. 190 och RÅ 2010 ref. 29). Många tillsynsmyndigheter har dock rätt att fatta beslut i tillsynsärenden i form av förelägganden och förbud, ibland förenade med vite, som är avsedda att ha en sådan direkt påverkan på den som berörs att besluten är överklagbara. Lagstiftaren ansåg dock att det inte fanns

behov av att ge Konkurrensverket möjlighet att förelägga en upphandlande myndighet att upphöra med eller att inte upprepa ett visst beteende (prop. 2009/10:180 s. 217-219). Konkurrensverkets tillsynsbeslut skiljer sig därmed från andra tillsynsmyndigheters beslut. I det nu överklagade beslutet har Konkurrensverket inte meddelat något föreläggande eller förbud för att kommunen ska rätta sig efter tillsynsbeslutet i framtiden. Beslutet skiljer sig därigenom från det tillsynsbeslut som var föremål för HFD:s prövning i HFD 2018 ref. 71 där ett förbud meddelats. Konkurrensverket har i det nu aktuella fallet inte heller valt att föra en talan om upphandlingsskadeavgift vid otillåten upphandling enligt 21 kap. LOU. Några särskilda tvångsmedel för att få kommunen att vidta åtgärder finns alltså inte i det nu aktuella tillsynsärendet.

Vid en fakultativ talan om upphandlingsskadeavgift på grund av otillåten direktupphandling enligt 21 kap. 1 § 3 LOU kan tidigare otillåtna direktupphandlingar beaktas som en försvårande omständighet vid bedömningen av upphandlingsskadeavgiftens storlek. Ett tillsynsbeslut som det nu aktuella får emellertid inte positiv rättskraft på så sätt att det direkt kan läggas till grund för upphandlingsskadeavgiften. Tillsynsbeslutet utgör snarare en partsinlaga från Konkurrensverket och omständigheterna som låg till grund för beslutet kan överprövas av domstolen. Om däremot en allmän förvaltningsdomstol på ansökan av en leverantör har ogiltigförklarat ett otillåtet direktupphandlat avtal uppstår ett avgörande med positiv rättskraft som direkt kan läggas till grund för en talan om upphandlingsskadeavgift. Den upphandlande myndigheten ges då redan möjlighet att invända mot påståendet om otillåten direktupphandling i målet om ansökan om överprövning av avtalets giltighet. Mot denna bakgrund anser jag att det nu överklagade tillsynsbeslutet varken medför någon påvisbar direkt effekt eller sådan indirekt effekt att det kan tillerkännas överklagbarhet.

När det gäller Konkurrensverkets uttalanden i tillsynsbeslutet – att kommunen har gjort en otillåten direktupphandling som kommunen förtjänar kritik för, att verket förutsätter att kommunen vidtar åtgärder för att säkerställa att kommunens inköp sker i enlighet med LOU samt att kommunens åtgärder i detta syfte kan komma att följas upp genom förnyad tillsyn – instämmer jag i majoritetens bedömning att dessa uttalanden faller inom ramen för Konkurrensverkets kompetens i egenskap av tillsynsmyndighet för upphandlande myndigheter.

Konkurrensverket anger emellertid inte några direkta åtgärder i beslutet som kommunen förväntas vidta för att säkerställa att inköp i framtiden sker i enlighet med LOU. Det står således kommunen fritt att välja de åtgärder som vidtas för att inköp sker i enlighet med upphandlingslagstiftningen. Vid dessa förhållanden anser jag att tillsynsbeslutet inte heller är utformat på så sätt att det utifrån dess innehåll har – eller är ägnat att få – sådana faktiska verkningar för den upphandlande kommunen att beslutet ska tillerkännas överklagbarhet. Beslutet omfattas därmed av den andra typsituationen som anges i HFD 2018 ref. 23. Eftersom Konkurrensverkets tillsynsbeslut har fattats inom ramen för verkets kompetens men saknar påvisbara faktiska verkningar för den som berörs, uppkommer inte ett överklagbart beslut. Förvaltningsrätten borde därför enligt min mening ha avvisat kommunens överklagande.