



KLAGANDE

Uddevalla Skolskjuts AB, 559439-0535

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

MOTPART

Konkurrensverket

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 7 februari 2025 i mål nr 7505-24, se bilaga A

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och avslår Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift.

YRKANDEN M.M.

Uddevalla Skolskjuts AB (USAB) yrkar att kammarrätten ska avslå ansökan om upphandlingsskadeavgift och anför följande.

Enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, får Konkurrensverket (KKV) besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift om den upphandlande myndigheten har slutit ett avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt bestämmelse

i LOU. Bolaget har inte brutit mot annonseringskravet i LOU eftersom båda avtalen, med stöd av 3 kap. 15 § LOU, är undantagna från LOU:s tillämpningsområde. KKV har grundat sin talan på att avtalen inte är undantagna från LOU enligt artikel 12.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling (upphandlingsdirektivet). Upphandlingsdirektivet saknar även bestämmelser om upphandlingsskadeavgift. KKV:s åberopande av artikel 12.2 i upphandlingsdirektivet går därmed utöver det mandat det har fått för att bedriva tillsyn enligt 1 och 3 §§ förordningen (2007:1117) med instruktion för KKV samt LOU. Detta leder till att KKV inte har stöd i lag för att föra talan såsom den kommer till uttryck i detta mål.

Upphandlingsdirektivet kan inte tillämpas enligt principen om direkt effekt eftersom det har införlivats i svensk lag. Direktivkonform tolkning kan inte leda till att 3 kap. 15 § LOU tillämpas i strid mot dess ordalydelse.

Förutsättningarna för att tillämpa undantaget enligt 3 kap. 15 § LOU har varit uppfyllda vid bolagets ingående av avtalet.

Det först ingångna avtalet den 4 juli 2023 har ersatts av ett annat den 22 december 2023, vilket får till följd att det värde som upphandlingsskadeavgiften får beräknas på är betydligt lägre.

KKV anser att överklagandet ska avslås och anför följande.

Enligt 21 kap. 1 § 3 LOU får KKV ansöka om upphandlingsskadeavgift när en upphandlande myndighet har ingått ett avtal i strid med annonseringskravet i 10 kap. 1 § LOU. KKV:s ansökan grundar sig på att USAB har ingått avtalet den 4 juli 2023 i strid med annonseringskravet i 10 kap. 1 § LOU.

Av EU-domstolens avgöranden *Portgás* (C-425/12) och *Sambre & Biesme* (C 383/21 och 384/21) följer att statliga myndigheter kan åberopa direkt effekt mot sådana upphandlande myndigheter som USAB i mål som aktualiserar frågor om efterlevnad av upphandlingsdirektivet. Möjligheten att åberopa direkt effekt är inte begränsad till en viss typ av mål där sådana frågor blir aktuella. De nämnda avgörandena visar att det inte finns någon sådan begränsning.

KKV kan alltså åberopa upphandlingsdirektivets direkta effekt mot USAB i detta fall. Det saknar betydelse att målet har initierats genom en frivillig ansökan om upphandlingsskadeavgift. Upphandlingsdirektivets bestämmelse om horisontell intern upphandling är ovillkorlig och tillräckligt tydlig, men har inte införlivats på ett korrekt sätt i LOU. Direktivets bestämmelse har därför direkt effekt och gäller i stället för bestämmelsen i LOU.

KKV:s ansökan avser USAB:s otillåtna direktupphandling av avtalet den 4 juli 2023. Upphandlingsskadeavgiften ska grundas på det avtalet.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Talerätt

Såsom förvaltningsrätten har konstaterat får KKV ansöka om att en upphandlande myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift om myndigheten har slutit avtal utan föregående annonsering. KKV påstår som grund för sin talan om upphandlingsskadeavgift att USAB den 4 juli 2023 har slutit avtal med en leverantör i strid med annonseringsskyldigheten i LOU eftersom det enligt KKV inte föreligger något undantag från kravet på annonsering. Kammarrätten gör i likhet med förvaltningsrätten bedömningen att KKV har talerätt.

Frågan i målet

Det är ostridigt att den aktuella upphandlingen inte har annonserats. Parterna är överens om att den upphandling som USAB genomfört omfattas av undantaget för intern upphandling i 3 kap. 15 § LOU. I likhet med förvaltningsrätten kommer även kammarrätten till den slutsatsen.

KKV gör dock gällande att artikel 12.2 i upphandlingsdirektivet har direkt effekt mot USAB eftersom bestämmelsen är ovillkorlig och tillräckligt tydlig samt inte har införlivats på ett korrekt sätt i LOU. Att nämnda artikel har direkt effekt innebär enligt KKV att den gäller i stället för bestämmelsen i 3 kap. 15 § LOU. Det innebär enligt KKV att verksamhetskriteriet ska gälla leverantören Omnibus. KKV gör däremot inte gällande att bestämmelsen i 3 kap. 15 § LOU kan ges samma innebörd som bestämmelsen i upphandlingsdirektivet genom direktivkonform tolkning.

Vad kammarrätten har att ta ställning till är alltså om KKV i ett mål om att påföra ett kommunalt bolag upphandlingsskadeavgift kan åberopa att artikel 12.2 har direkt effekt.

Rättslig reglering

Enligt praxis från EU-domstolen tillkommer direkt effekt av direktiv främst för att enskilda ska kunna åberopa rättigheter gentemot medlemsstater och andra organ som utför statliga funktioner. EU-domstolen har konstaterat att direkt effekt inte kan åberopas av statliga institutioner för att utkräva skyldigheter av enskilda.

I rättsfallet Sambre & Biesme (C-383/21 och 384/21) slog dock EU-domstolen fast att artikel 12.3 och 12.4 i upphandlingsdirektivet ska tolkas på så sätt att de har direkt effekt i tvister mellan offentligrättsliga juridiska personer angående direkttilldelning av upphandlingskontrakt,

under förutsättningen att den berörda medlemsstaten har underlåtit att i rätt tid införliva nämnda direktiv i den nationella rättsordningen.

Enligt avgörandet hade upphandlande myndigheter möjlighet att stödja sig på bestämmelser i upphandlingsdirektivet som medgav undantag från krav på upphandlingen, och som de annars hade nekats att göra gällande till följd av att medlemsstaten inte införlivat direktivet. Domstolen uttalade bl.a. att tvister mellan offentligrättsliga juridiska personer är tvister mellan parter som är skyldiga att tillämpa det berörda direktivet, vilket i sin tur innebär att ovillkorliga och tillräckligt precisa bestämmelser i direktivet kan åberopas gentemot dessa parter. Vidare angavs att direktivbestämmelser av detta slag kan åberopas i sådana tvister, oavsett om det för nämnda enheter rör sig om att säkerställa efterlevnaden av de skyldigheter som bestämmelserna ålägger eller att göra gällande de rättigheter som bestämmelserna ger dem.

I rättsfallet *Portgás* (C-425/12) har EU-domstolen också konstaterat att myndigheterna i en medlemsstat, med stöd i ett icke-implementerat direktiv rörande upphandling, kunde återkräva finansiellt stöd som en privat juridisk person fått i strid med direktivet. Detta krävde emellertid att den privata juridiska personen under statens tillsyn tillhandahåller en allmännyttig tjänst och med anledning därav har särskilda befogenheter som går utöver dem som följer av de rättsregler som gäller i förhållanden mellan enskilda.

I artikel 12.1 och 12.2 i upphandlingsdirektivet föreskrivs följande.

1. Ett offentligt kontrakt som en upphandlande myndighet tilldelar en privaträttslig eller offentligrättslig juridisk person ska inte omfattas av tillämpningsområdet för detta direktiv om samtliga följande villkor är uppfyllda:

a) Den upphandlande myndigheten utövar kontroll över den berörda juridiska personen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning.

- b) Den kontrollerade juridiska personen utför mer än 80 % av sin verksamhet för den upphandlande myndighetens räkning eller för andra juridiska personer som den upphandlande myndigheten utövar kontroll över.
- c) Det finns inget direkt privat ägarintresse i den kontrollerade juridiska personens kapital med undantag för icke-kontrollerande och icke-blockerande former av privat ägarintresse i kapital som krävs enligt bestämmelser i nationell lagstiftning, i överensstämmelse med fördragen, och som inte utövar ett avgörande inflytande över den kontrollerade juridiska personen.

En upphandlande myndighet ska anses utöva kontroll över en juridisk person motsvarande den kontroll som den utövar över sin egen förvaltning i den mening som avses i första stycket a om myndigheten har ett avgörande inflytande över både den kontrollerade juridiska personens strategiska mål och viktiga beslut. Sådan kontroll kan också utövas av en annan juridisk person, som själv kontrolleras på samma sätt av den upphandlande myndigheten.

2. Punkt 1 gäller också när den kontrollerade juridiska personen är en upphandlande myndighet, och myndigheten tilldelar ett kontrakt till den kontrollerande upphandlande myndigheten eller till en annan juridisk person som kontrolleras av samma upphandlande myndighet, förutsatt att det inte finns något direkt privat ägarintresse i kapitalet i den juridiska person som tilldelas det offentliga kontraktet med undantag för icke-kontrollerande och icke-blockerande former av privat ägarintresse i kapital som krävs enligt bestämmelser i nationell lagstiftning, i överensstämmelse med fördragen, och som inte utövar ett avgörande inflytande över den kontrollerade juridiska personen.

I upphandlingsdirektivets beaktandesats 31 sägs att det bör säkerställas att undantag för samarbete mellan myndigheter inte leder till att

konkurrensen snedvrids i förhållande till privata ekonomiska aktörer i den mån det gynnar en privat tjänsteleverantör i förhållande till dess konkurrenter.

Enligt EU-domstolen har verksamhetskriteriet särskilt till syfte att säkerställa att upphandlingsdirektiven är tillämpliga i det fall då ett företag, som kontrolleras av en eller flera myndigheter, är aktivt på marknaden och således kan konkurrera med andra företag, se domen i mål C-340/04 Carbotermo, punkt 60 och domen i mål C-220/06 Asociación Profesional, punkt 62.

Kammarrättens bedömning

Den statliga myndigheten KKV och den upphandlande myndigheten USAB är offentligrättsliga objekt, som båda ska tillämpa upphandlingsdirektivet. Det följer av rättsfallen Sambre & Biesme och Portgás (C-383/21 och 384/21 respektive C-425/21) att KKV, i sitt arbete med att säkerställa efterlevnaden av direktivet, måste kunna åberopa direktivbestämmelserna gentemot ett annat offentligrättsligt objekt. Kammarrätten bedömer därför att det är möjligt för KKV att åberopa upphandlingsdirektivets direkta effekt gentemot ett annat offentligrättsligt objekt i en ansökan om upphandlingsskadeavgift, under förutsättningen att direktivbestämmelsen är ovillkorlig och tillräckligt precis. Detta gäller även om upphandlingsdirektivet i sig saknar bestämmelser om upphandlingsskadeavgift.

För att en direktivbestämmelse ska ha direkt effekt i det enskilda fallet gäller att den ska vara ovillkorlig och tillräckligt precis. En direktivbestämmelse anses tillräckligt precis om det i bestämmelsen entydigt anges en skyldighet. Det måste alltså i detta fall entydigt framgå vilka krav som de upphandlande myndigheternas genomförande av systemet för direkttilldelning måste uppfylla (t.ex. Sambre & Biesme

C-383/21 och 384/21 p. 41 och 50). Kammarrätten prövar först om bestämmelserna är tillräckligt preciserade för att ha direkt effekt.

Den situation i artikel 12.2 i upphandlingsdirektivet som är aktuell i det här målet är en horisontell intern upphandling mellan en upphandlande myndighet (dotterbolag, i detta fall USAB) och en annan juridisk person (systerbolag och motpart, i detta fall Omnibus) som båda kontrolleras av en och samma person (moderbolag, i detta fall Uddevalla kommun). Det är 3 kap. 15 § LOU som är avsedd att genomföra denna bestämmelse.

Det är tvistigt i målet om Omnibus behöver uppfylla det s.k. verksamhetskriteriet.

KKV anser att det följer av såväl artikel 12 i upphandlingsdirektivet som undantagets syfte att den upphandlande myndigheten och motparten eller i vart fall motparten ska uppfylla ett verksamhetskriterium vid horisontell intern upphandling. Enligt KKV innebär en läsning av artikel 12.1 och 12.2 tillsammans att det står klart att alla kontrollerade juridiska personer, dvs. både den upphandlande myndigheten och motparten, eller i vart fall motparten ska uppfylla verksamhetskriteriet för att undantaget ska få tillämpas. Om KKV:s tolkning är riktig innebär det att både USAB och Omnibus ska utföra 80 procent av sin verksamhet för Uddevalla kommuns räkning eller i vart fall att Omnibus ska göra det.

Artikel 12.2 i upphandlingsdirektivet innehåller självständiga bestämmelser om kontroll (kontrollkriteriet) och privat ägarintresse. Däremot saknar artikeln ett självständigt verksamhetskriterium. Det är möjligt att tanken är att ett verksamhetskriterium såsom anges i artikel 12.1 b i upphandlingsdirektivet även ska tillämpas i de situationer som avses i 12.2. Att artikel 12.2 hänvisar tillbaka till artikel 12.1 skulle kunna tala för det. Att någon form av verksamhetskriterium ska gälla även för de situationer som avses i artikel 12.2 i upphandlingsdirektivet

skulle även vara i enlighet med direktivets syfte att motverka snedvridningar av konkurrensen. Kammarrätten konstaterar dock att ordalydelsen i aktuella artiklar inte är helt klar när det gäller frågan om ett verksamhetskriterium gäller för de situationer som anges i artikel 12.2 i upphandlingsdirektivet.

För det fall ett verksamhetskriterium som det i artikel 12.1 är avsett att gälla även i de situationer som anges i artikel 12.2 ger ordalydelsen av artiklarna inget tydligt svar på vem som ska uppfylla verksamhetskriteriet när den kontrollerade personen tilldelar ett kontrakt till ett systerbolag. Enligt ordalydelsen i artikel 12.1 ska verksamhetskriteriet i den situationen uppfyllas av den kontrollerade personen, motparten, i förhållande till den upphandlande myndigheten. Med upphandlande myndighet i den artikeln avses den kontrollerande personen. Eftersom artikel 12.2 hänvisar till artikel 12.1 är en möjlig tolkning att verksamhetskriteriet ska uppfyllas av den kontrollerade personen, motparten, dvs Omnibus. Det skulle även vara i enlighet med bestämmelsernas syfte att undantag bara ska gälla i fall där konkurrensen inte riskerar att snedvridas. Den situation i artikel 12.2 i upphandlingsdirektivet som är aktuell i målet innehåller dock två kontrollerade juridiska personer (USAB och Omnibus) som kontrolleras av samma myndighet (Uddevalla kommun). En tänkbar tolkning av bestämmelserna är därför att som förvaltningsrätten anse att både USAB och Omnibus ska uppfylla verksamhetskriteriet.

En annan möjlig tolkning av ordalydelsen i artikel 12.1 och 12.2 i upphandlingsdirektivet, som skiljer sig från KKV:s tolkning, är den som kommer till uttryck i den svenska lagstiftningen. Enligt svensk lagstiftning ska verksamhetskriteriet uppfyllas av den kontrollerade juridiska person som tilldelat ett kontrakt till ett systerbolag, dvs. USAB, i förhållande till den myndighet som kontrollerar båda avtalsparterna, dvs. Uddevalla kommun. För denna tolkning talar att kriteriet gällande

direkt privat ägarintresse i artikel 12.1 c skrivits in även i artikel 12.2 för att visa att detta kriterium ska gälla den juridiska person som tilldelas det offentliga kontraktet (i detta fall Omnibus).

Det bör även noteras att i förarbetena till den svenska regleringen uttalas vad gäller verksamhetskriteriet att dotterföretaget, i egenskap av upphandlande myndighet eller motpart, ska utföra mer än 80 procent av sin verksamhet för moderföretagets räkning eller för andra personer som moderföretaget kontrollerar (prop. 2015/16:195 s. 392). Uttalandet avser både bestämmelser där dotterföretaget är upphandlande myndighet och där dotterföretaget är motpart (3 kap. 12-14 §§ LOU). Även Genomförandeutredningen, dvs. den utredning som föregick lagstiftningen på området, gjorde samma tolkning av verksamhetskriteriet (SOU 2014:51, s. 436-439).

Det finns alltså flera möjliga tolkningar av hur bestämmelserna om verksamhetskriterium ska tillämpas vid horisontell intern upphandling. Med hänsyn härtill anser kammarrätten att artiklarna 12.1 och 12.2 i upphandlingsdirektivet inte tillräckligt precist föreskriver att verksamhetskriteriet i aktuellt mål ska uppfyllas av systerbolaget och motparten, i detta fall Omnibus, för Uddevalla kommuns räkning. Detta gäller oavsett om det går att ifrågasätta om ett verksamhetskriterium, som inte riktas mot systerbolaget i denna situation, är ändamålsenligt för att uppnå direktivets syfte att motverka snedvridningar av konkurrensen.

Mot denna bakgrund anser kammarrätten att det inte är möjligt för KKV att i sin ansökan om upphandlingsskadeavgift åberopa direkt effekt som grund för att USAB har gjort en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgiften måste alltså ha stöd i svensk lag. Som redan konstaterats ovan har upphandlingen, enligt undantagsbestämmelsen i 3 kap. 15 § LOU, kunnat ske utan föregående annonsering. Därmed finns

det inte stöd för att besluta att den upphandlande myndigheten USAB ska betala upphandlingsskadeavgift på grund av att avtal ingåtts utan föregående annonsering. KKV:s ansökan om upphandlingsskadeavgift ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (KR-01).

Petter Classon

Anna Gränsmarker

Matilda Villered Pupp

/Socrates Machado