



SÖKANDE

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

MOTPART

Alingsås kommun

Ombud:

Advokaterna Kaisa Adlercreutz och Johan Lidén, samt
biträdande jurist Amir Daneshpip
Front Advokater AB
Kungstorget 2
411 17 Göteborg

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår yrkandet om att förhandsavgörande ska inhämtas från EU-domstolen.

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och beslutar att Alingsås kommun ska betala en upphandlingsskadeavgift om 5 000 000 kr.

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

Sammanfattning	3
Bakgrund	3
Yrkanden m.m.	4
Vad parterna anför	5
Konkurrensverket	5
Alingsås kommun	14
Skälen för förvaltningsrättens avgörande	23
Inhämtande av förhandsavgörande från EU-domstolen	23
Vad målet gäller	24
Är LOU tillämplig på förfarandet mellan kommunen och stiftelsen?	24
Avser avtalet tjänster?	25
Är det fråga om en offentlig upphandling?	27
Upphandlingsskadeavgift	30
Till vilket belopp ska upphandlingsskadeavgiften bestämmas?	31

SAMMANFATTNING

Förvaltningsrätten har bedömt att kommunens förfarande i samband med tecknandet av ett avtal, om bl.a. driften av ett vård- och omsorgsboende, utgör offentlig upphandling av tjänster. Upphandlingen har inte genomförts i enlighet med bestämmelserna i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU. Konkurrensverkets ansökan om att kommunen ska betala en upphandlingsskadeavgift om 5 000 000 kr har därför bifallits. Under rubriken ”Skälen för förvaltningsrättens avgörande” ger förvaltningsrätten en närmare förklaring till sin bedömning.

BAKGRUND

Alingsås kommun och Stiftelsen Bräcke diakoni ingick den 30 juni 2016 ett avtal benämnt en överenskommelse om ett idéburet offentligt partnerskap. Kontraktet löper under perioden 1 oktober 2016–30 september 2019, med möjlighet till förlängning utan angiven tidsbegränsning. Syftet med partnerskapet är enligt avtalet att skapa förutsättningar för en sammanhållen vårdkedja för personer med demenssjukdom.

De verksamheter som ingår i partnerskapet är vård- och omsorgsboendet Ginstgården, hemtjänst med demensinriktning som ska bedrivas enligt lagen (2008:962) om valfrihetssystem, förebyggande insatser och demensvård i primärvården. Stiftelsen ska enligt avtalets ekonomiska villkor ansvara för driften av Ginstgården, för en vårdkoordinator som utgår från primärvården och för samverkan med frivilligorganisationer. För detta erhåller stiftelsen en årlig ersättning med ett visst belopp.

Boendet på Ginstgården har 24 platser, som planeras utökas till 32. Om antalet platser på Ginstgården utökas enligt plan utgår ytterligare ersättning, beräknad per plats och år. Hemtjänst och demensvård regleras genom valfrihetssystem och omfattas inte av den ersättning som utgår enligt avtalet.

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att Alingsås kommun ska betala 5 000 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

Grunden för yrkandet är att kommunen har brutit mot 15 kap. 4 § LOU genom att den 30 juni 2016 ingå avtal med stiftelsen, om bland annat drift av vårdboendet Ginstgården, utan föregående annonsering. Eftersom det saknas förutsättningar för detta är avtalet en otillåten direktupphandling.

Konkurrensverket anser att kommunens yrkande om att förvaltningsrätten ska inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen ska avslås.

Alingsås kommun

Kommunen anser i första hand att Konkurrensverkets ansökan ska avslås och i andra hand att upphandlingsavgiften ska sättas ned till 0 kr eller till vad förvaltningsrätten finner skäligt, företrädesvis ett symboliskt belopp om 10 000 kr.

Grunden för kommunens inställning i målet är att det inte föreligger någon otillåten direktupphandling.

Kommunen yrkar också att förvaltningsrätten ska inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen.

VAD PARTERNA ANFÖR

Konkurrensverket

Överenskommelsen är ett tjänstekontrakt i LOU:s mening

Kommunens avtal med stiftelsen om drift av äldreboendet Ginstgården utgör ett upphandlingspliktigt tjänstekontrakt i LOU:s mening. De tjänster som stiftelsen utför åt kommunen är att anse som tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Bedömningen grundar sig på att det finns en marknad för att erbjuda såväl äldreomsorg som övriga tjänster som omfattas av avtalet. Det kontrakt som kommunen tilldelat stiftelsen hade kunnat fullgöras av någon annan leverantör. I och med att det gäller ekonomiska tjänster har de varit upphandlingspliktiga om inte något av de undantag som anges i LOU varit tillämpligt.

EU-domstolen har aldrig i något av sina avgöranden gjort bedömningen att ett visst kontrakt inte omfattas av upphandlingsdirektiven med hänvisning till att det avser en solidariskt finansierad icke-ekonomisk tjänst som inte omfattas av fördraget. Det framgår av EU-domstolens fasta praxis att de enda tillåtna undantagen från upphandlingsdirektivens tillämpningsområde är de som uttömmande och uttryckligen anges i direktiven. Ett avtal av den typ som är aktuell i målet utgör inte ett sådant uttryckligt undantag från det upphandlingsrättsliga tillämpningsområdet, vare sig i LOU eller i direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (nedan direktiv 2004/18/EG). Eftersom kommunens avtal med stiftelsen således inte per definition är undantaget lagens tillämpningsområde ska det göras en bedömning utifrån omständigheterna i detta enskilda fall. Det ska då prövas om avtalet omfattas av kontraktsdefinitionen i LOU, det vill säga om det utgör ett köp av en vara, tjänst eller byggtreprenad. Om så är fallet ska LOU följas vid kontraktstilldelningen.

Begreppet kontrakt, som finns i det tillämpliga direktivet, ska tolkas mycket vidsträckt. Det omfattar alla former av ersättning som kan kvantifieras i pengar och som en upphandlande myndighet åtar sig att betala till en leverantör. Begreppet omfattar även alla olika sätt på vilka en leverantör, i utbyte mot ersättning, kan åta sig att ställa varor till den upphandlande myndighetens förfogande, samt utföra tjänster eller utföra bygg- och anläggningsarbeten för den upphandlande myndighetens räkning. EU-domstolen har vid upprepade tillfällen slagit fast att definitionen av kontrakt ska tolkas på så sätt att direktivets ändamålsenliga verkan säkerställs. Det är således inte beteckningen av en viss transaktion i sig som är avgörande utan istället innebörden av denna tolkad i funktionella termer.

Av avtalet framgår att stiftelsen under en viss tid har verksamhetsansvaret för driften av Ginstgården. Vårdboendet har ett bestämt antal platser och ersättningen beräknas utifrån antalet vårdplatser. Verksamhetsansvaret omfattar vad som krävs enligt hälso- och sjukvårdslagen (2017:30) för kommunal hälso- och sjukvård. Kommunen har en skyldighet att tillhandahålla äldreomsorg för sina invånare. Genom avtalet utför stiftelsen därigenom tjänster som kommunen annars hade behövt utföra i egen regi eller anlita någon annan leverantör för. Prestationen får därmed anses ha varit av direkt ekonomiskt intresse för kommunen.

Beskrivningen av vad stiftelsen ska tillhandahålla enligt avtalet innebär att kommunen kan väcka talan vid domstol med rättsliga anspråk, till exempel fullgörelse av avtal eller skadestånd, om stiftelsen skulle missköta sitt åtagande. På motsvarande sätt kan stiftelsen med stöd av avtalet väcka talan mot kommunen, till exempel vid bristande betalning. I avtalet regleras också vad som gäller i händelse av tvist mellan parterna. Det framgår också att en tvist som ska avgöras rättsligt inte ger stiftelsen rätt att avbryta uppdraget eller kommunen att innehålla belopp som inte direkt omfattas av tvisten. Parterna har således uppenbarligen själva ansett att det har varit ett avtal med ekonomiska villkor som kan bli föremål för rättslig prövning.

Överenskommelsen mellan kommunen och stiftelsen är därmed, oavsett om den kan rubriceras som ett idéburet offentligt partnerskap eller inte, i LOU:s mening ett tjänstekontrakt med ekonomiska villkor som innebär att stiftelsen tillhandahåller tjänster mot ersättning. Detta får till följd att kontraktet omfattas av det upphandlingsrättsliga regelverket.

Stiftelsen har tillhandahållit upphandlingspliktiga tjänster

Artiklarna 49, 56 och 57 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) innebär en rätt för till exempel ett vårdföretag att etablera sig inom andra medlemsstater i unionen och erbjuda sina tjänster på dess marknader. Det gäller under förutsättning att företagets tjänster tillhandahålls mot ersättning. Det kan inte råda någon tvekan om att företag som tillhandahåller vårdtjänster normalt utför sina tjänster mot ersättning. Tjänsten äldreomsorg är således en ekonomisk tjänst som omfattas av den fria rörligheten i fördraget.

Den ersättning till stiftelsen som utgår från kommunen är resultatet av en överenskommelse mellan parterna. Eftersom stiftelsens prestation utförs mot ersättning utgör den en sådan tjänst som omfattas av den fria rörligheten enligt artiklarna 56 och 57 i EUF-fördraget. Det aktuella kontraktet avser en B-tjänst. Sverige har genom regleringen i 15 kap. LOU bestämt att även B-tjänster överstigande direktupphandlingsgränsen ska omfattas av de grundläggande principerna om upphandling. Eftersom reglerna i 15 kap. LOU utgör en överskjutande implementering av direktiv 2004/18/EG ska de tolkas i ljuset av unionsrätten oavsett om kontraktet i det enskilda fallet avser ett gränsöverskridande intresse eller ej. Den i målet aktuella tjänsten är således en ekonomisk tjänst.

Det är, till skillnad från i EU-domstolens avgörande i målet Humbel (263/86, EU:C:1988:451), utifrån avtalsrelationen mellan kommunen och

stiftelsen som bedömningen ska göras huruvida det rör sig om en tjänst som utförs mot ersättning, dvs. en ekonomisk tjänst. Stiftelsen erbjuder sina tjänster på en marknad. Tjänsterna på denna marknad tillhandahålls normalt mot ersättning. Stiftelsen erhåller också de facto ersättning för att utföra sina prestationer i enlighet med överenskommelsen med kommunen. Det rör sig således om en ekonomisk tjänst – kommunen har köpt tjänster av stiftelsen och vederlaget motsvarar den utförda prestationen. I det sammanhanget saknar det betydelse om relationen mellan omsorgstagarna och kommunen är ekonomisk eller inte. Brukarperspektivet är nämligen inte relevant i detta mål. Det är inte omsorgstagarnas fria rörlighet som aktualiseras utan istället potentiella leverantörers fria rörlighet, det vill säga deras rätt att på lika villkor konkurrera om ett offentligt kontrakt. Avgörandet i Humbel ger därför inte någon vägledning i frågan om kommunens överenskommelse med stiftelsen avser en ekonomisk tjänst.

Även om vissa sociala tjänster, till exempel lagstadgade sociala trygghetssystem, inte utgör ekonomisk verksamhet framgår det av EU-domstolens praxis att en tjänsts sociala natur inte i sig räcker för att rubricera den som icke-ekonomisk. Inom konkurrensrätten omfattar begreppet varje enhet som bedriver ekonomisk verksamhet, oavsett dess rättsliga status och sätt att finansiera verksamheten. Likaså framgår det att all verksamhet som går ut på att erbjuda varor och tjänster på en viss marknad utgör ekonomisk verksamhet. En avgörande fråga är således om det finns en marknad för drift av äldreboenden i förevarande fall.

Det finns en väl utvecklad marknad för särskilda boenden för äldre i Sverige. Av statistik från Socialstyrelsen framgår att redan i oktober 2012 bedrevs omkring en femtedel av de särskilda boendena för äldre av annan vårdgivare än kommunen. Sveriges Kommuner och Landsting, Svenskt Näringsliv och Vårdföretagarna tog i januari 2014 gemensamt fram en guide för hur särskilda boenden inom äldreomsorgen kan upphandlas på bästa sätt.

Kommunen har redan under 2004 upphandlat driften av Ginstgården. Vid den senaste upphandlingen 2010 lämnade fem leverantörer anbud, varav tre uppfyllde samtliga obligatoriska krav. I dagsläget bedrivs tre av kommunens nio särskilda boenden för äldre i form av gruppboenden av andra utförare än kommunen. Två av dessa har demensinriktning. Sammanfattningsvis visar utredningen att de i målet aktuella tjänsterna är av sådan karaktär att de omsätts på en marknad. Avtalet mellan kommunen och stiftelsen gäller således tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, varför fördragets regler om fri rörlighet och det upphandlingsrättsliga regelverket ska tillämpas.

Upphandlingsrättens förhållande till konkurrensrätten m.m.

Den konkurrensrättsliga innebörden av begreppet ekonomisk verksamhet är inte relevant när det gäller upphandlingsrättsliga bedömningar. Det förhåller sig snarare så att de upphandlingsrättsliga reglerna för att motverka snedvridning av konkurrensen kan tänkas gripa in när konkurrensreglerna inte är tillämpliga. I doktrinen har framförts att man inte enbart på grund av att en verksamhet bedömts som icke-ekonomisk i relation till konkurrensrättens företagsbegrepp kan dra slutsatsen att verksamheten generellt är icke-ekonomisk i sådan grad att inte heller reglerna om fri rörlighet kan tillämpas. Man bör därför hålla isär analyser utifrån de båda regelverken av begreppet ”ekonomisk aktivitet” och inte försöka formulera ett gemensamt begrepp, något som det inte heller finns stöd för i EU-domstolens praxis. En statsstödsrättslig bedömning av begreppet ”ekonomisk verksamhet” är inte heller relevant ur ett upphandlingsrättsligt perspektiv. Det funktionella företagsbegrepp som används inom konkurrens- och statsstödsrätten ger inte någon vägledning vid upphandlingsrättsliga bedömningar. Detta synsätt stämmer också överens med vad Europeiska kommissionen har uttalat i olika sammanhang.

Vad som utgör relevanta omständigheter ur ett upphandlingsrättsligt perspektiv är inte om den upphandlande myndigheten bedriver ekonomisk verksamhet utan om myndigheten avser att ingå avtal om att få prestationer utförda av tredje man mot ersättning. Det är då som myndighetens agerande har konsekvenser för den inre marknaden och bestämmelserna om icke-diskriminering och fri rörlighet i EUF-fördraget aktualiseras.

Det ligger i sakens natur att de verksamheter som typiskt sett bedrivs av upphandlande myndigheter ofta är solidariskt finansierade i någon form och att ändamålet med dessa verksamheter inte utgår från ett vinstintresse. Att då snävt begränsa upphandlingsplikten till endast verksamheter som bedrivs på marknadsmässiga grunder framstår som märkligt, inte minst mot bakgrund av upphandlingsreglernas syfte att öppna för så bred konkurrens som möjligt, vilket även ligger i myndigheternas eget intresse. Tvärtom kan bedrivandet av verksamhet på marknadsmässiga grunder innebära att ett visst offentligt organ inte har skyldighet att följa det upphandlingsrättsliga regelverket.

Kommunens tolkning av unionsrätten medför i praktiken att offentliga kontrakt som rör vård och omsorg, sociala tjänster, utbildningstjänster och övriga solidariskt finansierade välfärdstjänster helt och hållet skulle undandras det upphandlingsrättsliga regelverket. Sådana tjänstekontrakt skulle därmed kunna tilldelas fritt av upphandlande myndigheter utan någon som helst konkurrensutsättning. Denna frihet skulle i så fall inte bara avse möjligheten att anlita idéburna leverantörer utan en upphandlande myndighet skulle kunna välja vilket företag som helst, helt utifrån sina egna preferenser och utan några krav på likabehandling och transparens.

Eftersom avtalet mellan kommunen och stiftelsen avser ekonomiska tjänster påverkar inte innehållet i skäl 6 i direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (nedan

direktiv 2014/24/EU) eller artikel 2 i EUF-fördragets protokoll (nr 26) om tjänster av allmänt intresse (nedan protokollet om tjänster av allmänt intresse) bedömningen av kommunens upphandlingsskyldighet i detta mål. Det är otvistigt att EU:s medlemsstater har en stor frihet när det gäller det sätt på vilket deras nationella välfärdssystem ska utformas och hur välfärdstjänster ska tillhandahållas medborgarna. Denna frihet att organisera den nationella välfärden kan dock inte tolkas så vidsträckt att upphandlingsdirektiven i realiteten görs omöjliga att tillämpa.

Översatt till kommunens verksamhet har den en stor frihet när den ska besluta hur äldreomsorgen ska organiseras och på vilket sätt den ska tillhandahållas kommunens invånare. Vad gäller driften av Ginstgården har kommunen beslutat att lägga ut den på entreprenad. Detta har kommunen naturligtvis varit i sin fulla rätt till, på samma sätt som den hade kunnat välja att i stället sköta driften i egen regi. Kommunen har också, när den valt att köpa en viss tjänst på marknaden, inom ramen för LOU och de grundläggande principerna en långtgående frihet vid bestämmandet av hur uppdraget ska utföras och vilka kvalifikationer och egenskaper utföraren ska ha. Kommunen har således full behörighet och frihet när det gäller beställning av en viss tjänst. När en kommun valt att anlita tredje man för att mot ersättning utföra tjänster ska dock upphandlingsdirektivens regler och de grundläggande principerna följas, eftersom betalning utgår som vederlag för det som utförs och det därför uppenbart handlar om ekonomiska tjänster.

Förevarande mål gäller ett avtal där det ekonomiska perspektivet är uppenbart, eftersom stiftelsen utför tjänster på entreprenad för kommunens räkning mot en ersättning som får bedömas som marknadsmässig. Ett upphandlingskontrakt anses ekonomiskt och omfattas av upphandlingsdirektiven även om det tecknas med en icke-vinstdrivande organisation.

Upphandlingsskadeavgift

De tjänster som stiftelsen tillhandahåller kommunen är tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. De omfattas därför av en skyldighet att följa LOU vid ingående av avtal. Värdet av tjänsterna överskrider direktupphandlingsgränsen. Huvudregeln är då att den upphandlande myndigheten innan avtal ingås ska ha genomfört ett annonserat förfarande om inte något av de undantag som särskilt anges i LOU kan tillämpas. Dessa undantag ska tolkas restriktivt. Inget av undantagen var tillämpligt när kommunen ingick avtalet med stiftelsen. Avtalet är därmed en otillåten direktupphandling, varför det finns grund för att påföra upphandlingsskadeavgift.

Det finns inget krav på att den upphandlande myndigheten ska ha agerat med uppsåt eller av oaktsamhet för att en upphandlingsskadeavgift ska kunna dömas ut. Bristande kännedom om gällande rätt eller missförstånd om lagstiftningens innehåll utgör inte heller någon ursäkt för en överträdelse. När det är fråga om en otillåten direktupphandling är utrymmet för att betrakta överträdelsen som ringa ytterst begränsat. I det här fallet är det helt uteslutet.

En upphandlingsskadeavgift motsvarande 7–8 procent av kontraktsvärdet är ofta förekommande vid överträdelser av normalgraden. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling. Utgångspunkten är därför att sanktionsvärdet är högt. Vad gäller omständigheterna i övrigt kring överträdelsen bör det noteras att kommunen inför överenskommelsen med stiftelsen gett en advokatbyrå i uppdrag att närmare utreda förutsättningarna. I sammanfattningen av den omfattande rättsutredningen varnades kommunen för att ett avtal om idéburet offentligt partnerskap riskerade att betraktas som en otillåten direktupphandling med följd att avtalet kunde bli föremål för såväl ogiltighets- och skadeståndstalan från andra leverantörer, som talan om upphandlingsskadeavgift från Konkurrensverket. Guiden från

Sveriges Kommuner och Landsting med flera visar också på att det inom den kommunala sektorn i allmänhet har funnits en medvetenhet kring dessa frågor och den ger också förslag på hur en upphandling med fokus på god kvalitet kan genomföras. Trots detta har kommunen genomfört en direktupphandling, utan att göra någon föregående marknadsstudie. Därutöver har kommunen genom ett särskilt avtal försäkrat sig om att stiftelsen inte skulle rikta några anspråk mot kommunen om avtalet skulle ogiltigförklaras.

Avtalet med stiftelsen kan, efter att dess ordinarie löptid om tre år passerat, förlängas utan någon angiven begränsning i tid. Det är således teoretiskt möjligt att den otillåtet direktupphandlade avtalsrelationen mellan kommunen och stiftelsen pågår under en mycket lång tid om parterna är överens om det. Detta agerande från kommunens sida utgör en påtagligt försvårande omständighet.

Vad kommunen anfört om att rättsläget är oklart kan inte anses utgöra en sådan omständighet som medför att upphandlingsskadeavgiften ska sättas ned till 0 kr, eller till ett lägre belopp än vad Konkurrensverket yrkat. Rättsläget vad gäller den i målet aktuella överträdelsen är inte oklart. Det föreligger inte heller några förutsättningar för eftergift, vilket är en form av ventil som inte är avsedd att tillämpas annat än i rena undantagsfall. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet är en upphandlingsskadeavgift om 5 000 000 kr en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Enligt Konkurrensverkets uppfattning är den unionsrättsliga bedömningen av kommunens avtal med stiftelsen klarlagd. Det finns därmed inte något behov av att begära ett förhandsavgörande från EU-domstolen.

Alingsås kommun

Kommunen har inte genomfört någon otillåten direktupphandling

Kommunens avtal med stiftelsen avser en icke-ekonomisk tjänst av allmänt intresse som vare sig omfattas av bestämmelserna i direktiv 2004/18/EG eller bestämmelserna om fri rörlighet för tjänster i EUF-fördraget. Detta framgår av beaktandesats 6 andra stycket i direktiv 2014/24/EU, där det föreskrivs att direktivet inte omfattar icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse. Beaktandesatsen är ett klagörande och inte någon ny rättsregel. Det gällde också under det tidigare direktivet, direktiv 2004/18/EG. Av EU:s rättsakter och av EU-domstolens rättspraxis från 1980-talet och framåt framgår att EU:s bestämmelser om fri rörlighet inte omfattar icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse. EU:s direktiv om offentlig upphandling är en del av den fria rörligheten, vilket framgår av bland annat beaktandesats 2 till direktiv 2004/18/EG. Upphandling av icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse omfattas alltså inte av EU:s direktiv om offentlig upphandling. Denna slutsats följer också av protokollet om tjänster av allmänt intresse. Innehållet i artikel 2 i protokollet är entydigt. EU-fördraget ska ”inte på något sätt” påverka hur medlemsstaterna tillhandahåller, beställer och organiserar tjänster som inte är av ekonomisk art. Inte heller det sätt medlemsstaterna beställer icke-ekonomiska tjänster ska alltså påverkas av bestämmelserna i fördragen.

Kommunen åberopar inte något undantag i LOU. Undantagen i LOU är uttömmande angivna och avser tjänster som i och för sig är ekonomiska, men som av särskild anledning ändå inte ska omfattas av LOU:s bestämmelser om upphandling. Det är dock en grundläggande förutsättning för att tjänster ska omfattas av LOU, liksom av unionsrättens bestämmelser och principer om fri rörlighet, att dessa är ekonomiska i unionsrättslig mening. Skattefinansierad äldreomsorg är inte en ”tjänst” i EUF-fördragets

eller direktiv 2004/18/EG:s mening. Den är därmed inte heller en ”tjänst” i LOU:s mening.

Av förarbetena till LOU framgår det att det varit regeringens avsikt att genomföra en direktivnära lagstiftning. Det har inte varit den svenska lagstiftarens avsikt att LOU ska gälla för tjänster som inte omfattas av direktivet eller unionsrätten i övrigt. Eftersom en upphandling av icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse inte omfattas av EU:s inre marknadsregler omfattas den inte heller av LOU. Kommunen har därför inte brutit mot 15 kap. 4 § LOU.

Avtalet avser inte en ekonomisk tjänst

Äldreomsorg är en icke-ekonomisk tjänst av allmänt intresse eftersom den har ett socialt syfte, är reglerad i lag och är skattefinansierad till 85–90 procent. Den ska bedömas på samma sätt som skattefinansierad utbildning. Det sätt på vilket äldreomsorgen i Sverige finansieras är av avgörande betydelse för dess icke-ekonomiska karaktär. En grundläggande förutsättning för att en tjänst ska vara ekonomisk – med andra ord för att det ska vara en ”tjänst” i EUF-fördragets mening – är att den utförs mot ersättning. Det framgår av artikel 57 i fördraget.

”Ersättning” i fördragets mening ska som utgångspunkt betalas av mottagaren av tjänsten. I några fall har EU-domstolen godtagit att ersättningen också kan betalas av tredje man. Av EU-domstolens praxis framgår emellertid att offentlig finansiering inte är ”ersättning” i fördragets mening, inte heller ersättning från tredje man. I Humbel konstaterar EU-domstolen att ”ersättning” enligt nuvarande artikel 57 i EUF-fördraget normalt kännetecknas av en betalning som utföraren kommer överens om med mottagaren av tjänsten. Enligt EU-domstolen saknas emellertid detta kännetecken för kurser som tillhandahålls inom ramen för det offentliga

utbildningssystemet. Det finns enligt EU-domstolen två skäl till detta. För det första saknar ett sådant system ett vinstsyfte. För det andra finansieras utbildningen primärt av offentliga medel. Den omständigheten att eleven eller dennes föräldrar bidrar med en mindre avgift påverkar inte utbildningens icke-ekonomiska karaktär.

Humbel avsåg offentligt finansierad gymnasieutbildning. Av EU-domstolens övriga praxis och EFTA-domstolens dom i *Private Barnehager* (E-05/07) framgår att samma ordning gäller även för annan skattefinansierad, eller på annat sätt solidariskt finansierad, välfärd. Icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse är tjänster som uppfyller de tre kriterier som EU-domstolen fastställt i bland annat *Cisal* (C-218/00, EU:C:2002:36): tjänsterna ska ha ett socialt syfte, de ska finansieras i enlighet med en solidaritetsprincip och de ska förvaltas av det allmänna eller stå under det allmännas tillsyn. Solidaritetsprincipen kan sammanfattningsvis sägas innebära att systemet består i en generell välfärd där behoven styr och de rika subventionerar de fattigas tillgång till välfärdstjänsterna.

I *FENIN* (C-205/03 P, EU:C:2006:453) slår EU-domstolen fast att offentligt finansierad sjukvård inte är en ekonomisk verksamhet. Eftersom sjukvården i målet var ”gratis” (ett begrepp som används av EU-domstolen när en välfärdstjänst är offentligt finansierad) erbjöd inte de spanska sjukhusen varor eller tjänster på en viss marknad. I *Cisal* slår EU-domstolen fast att en solidariskt finansierad arbetsskadeförsäkring inte är en ekonomisk verksamhet. I *Private Barnehager* gör EFTA-domstolen motsvarande bedömning angående huvudsakligen offentligt finansierad barnomsorg. Av regeringens överläggning med Europeiska kommissionen rörande traineejobb och extratjänster framgår det att både regeringen och kommissionen betraktar äldreomsorgen i Sverige som en icke-ekonomisk verksamhet oavsett om den tillhandahålls av allmänna eller privata utförare.

Välfärdstjänster måste inte vara helt skattefinansierade för att anses vara icke-ekonomiska. Enligt EU-domstolen är förekomsten eller avsaknaden av ett samband mellan den avgift som tjänstemottagaren betalar och tjänstens marknadsmässiga värde avgörande för om den betalning som mottagaren erlägger ska anses vara en ”ersättning” i unionsrättslig mening eller i själva verket en administrativ avgift som bestäms på andra grunder än marknadsmässiga, till exempel utifrån tjänstemottagarens ekonomi.

Skattefinansieringen för äldreboenden i Sverige uppgår till 90,8 procent. I Alingsås kommun täcker brukaravgifterna ca 16 procent av de totala kostnaderna för särskilda boenden. För det stora flertalet brukare är det den enskildes ekonomi som är bestämmande för avgiftens storlek. Både storleken på avgiften och det sätt på vilken avgiften bestäms utvisar att den inte ska anses vara ”ersättning” i EUF-fördragets mening.

Begreppet ”ersättning” enligt artikel 57 i EUF-fördraget ska inte förväxlas med samma begrepp i LOU, det vill säga den ersättning som en upphandlande myndighet betalar en leverantör för att utföra en tjänst. ”Ersättning” enligt artikel 57, vilket är en förutsättning för att det ska vara en ”tjänst” i fördragets mening och därmed också i LOU:s mening, avser en betalning vilken som utgångspunkt betalas av mottagaren av tjänsten. Offentlig finansiering är inte ”ersättning” enligt artikel 57. Den omständigheten att en kommun betalar ett privat företag för att utföra skattefinansierad välfärd, till exempel skattefinansierad äldreomsorg, innebär ingen skillnad för brukaren. Välfärden är ”gratis” för brukaren även om den tillhandahålls av en privat utförare som anförtrotts utförandet av det allmänna. Ordningen är ett uttryck för den frihet som medlemsstaten har, enligt artikel 2 i protokollet om tjänster av allmänt intresse, att tillhandahålla, beställa och organisera icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse utan hinder av unionsrätten.

I beaktandesats 34 i direktiv 2006/123/EG om tjänster på den inre marknaden (nedan tjänstedirektivet) anges att vissa verksamheter som bedrivs av staten eller för statens räkning inte omfattas av definitionen av begreppet tjänst i EUF-fördraget och därmed inte heller av tjänstedirektivets tillämpningsområde. Av beaktandesatsen följer att en tjänsts icke-ekonomiska karaktär inte påverkas av att en extern aktör utför tjänsten om detta sker ”för statens räkning”. En icke-ekonomisk tjänst förblir därmed en sådan tjänst oberoende av vem som tillhandahåller den, eftersom kostnaden för mottagaren av tjänsten inte påverkas av att den tillhandahålls av en extern utförare.

Eftersom äldreomsorgen är huvudsakligen skattefinansierad utförs den alltså inte mot ersättning och utgör inte en ”tjänst” enligt artikel 57 i EUF-fördraget. Äldreomsorgen är därmed en verksamhet av icke-ekonomisk karaktär.

Den omständigheten att det finns en marknad för äldreboende saknar betydelse för frågan om äldreomsorg är en ekonomisk eller icke-ekonomisk tjänst. Äldreomsorgen omfattas, på grund av dess solidariska finansiering, inte av LOU. Detta gäller oavsett hur det allmänna väljer att tillhandahålla äldreomsorgen – om det allmänna utför äldreomsorgen i egen regi eller beställer utförandet från privata företag. Detta innebär dock inte att upphandlingar av skattefinansierade välfärdstjänster kan genomföras godtyckligt. De omfattas av kravet på objektivitet i regeringsformen, förvaltningslagen (1986:223) och, i förekommande fall, kommunallagen (2017:725).

Upphandlingsskadeavgiftens storlek

Om förvaltningsrätten finner att kommunen har genomfört en otillåten direktupphandling, ska överträdelsen bedömas som ringa. Överträdelsen är

ringa eftersom rättsläget vad avser gränsdragningen mellan ekonomiska och icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse är oklart. Kommunens bedömning i fråga om upphandlingsskyldighet har varit försvarlig sett till befintlig rättspraxis från EU-domstolen och i Sverige vid tidpunkten för avtalsingåendet.

Om förvaltningsrätten finner att en överträdelse inte är ringa ska sanktionsvärdet för överträdelsen i vart fall bedömas som relativt lågt. Överträdelsen är att betrakta som mindre allvarlig. Även i denna del åberopas att rättsläget varit oklart och att kommunens bedömning har varit försvarlig sett till befintlig rättspraxis från EU-domstolen och i Sverige vid tidpunkten för avtalsingåendet.

Att rättsläget vad gäller gränsdragningen mellan ekonomiska och icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse inom upphandlingsområdet är oklart framgår bland annat av flera statliga utredningar som har genomförts på senare tid. I den så kallade Valfärdsutredningen (SOU 2016:78) bedöms rättsläget som osäkert och utredningen väljer av försiktighetsskäl att betrakta bland annat tjänster inom hälso- och sjukvårdsområdet som ekonomiska. När det gäller samma gränsdragning på skolområdet görs i betänkandet Entreprenad, fjärrundervisning och distansundervisning (SOU 2017:44) bedömningen att hela skolväsendet är att betrakta som icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse. Det finns enligt kommunen inga principiella skäl att bedöma den solidariskt finansierade äldreomsorgen på något annat sätt än den solidariskt finansierade skolan.

Även Konkurrensverkets respektive Upphandlingsmyndighetens remissyttranden över betänkandet SOU 2017:44 talar för att rättsläget är och har varit oklart. Konkurrensverket gör diametralt motsatt bedömning jämfört med utredningen vad gäller frågan om tjänsternas ekonomiska/icke-ekonomiska karaktär – och redovisar att rättsläget är klart.

Konkurrensverket uttalar även att ”oklarheten gäller i stället vilka verksamheter som är att betrakta som icke-ekonomiska”.

Upphandlingsmyndigheten anser å sin sida att rättsläget är oklart, att frågan är komplex och att klagörande rättspraxis saknas.

Regeringen tillkännagav den 7 juni 2018 att den tillsatt en utredning som bland annat ska utreda innebörden av begreppet icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse. Av kommittédirektivet framgår att regeringen anser att det finns ett behov av att ta fram förslag på hur idéburet offentligt partnerskap kan utnyttjas i större utsträckning för att samverka mellan idéburna aktörer och det offentliga ska främjas. Att utredningen tillsatts och regeringens uppdragsbeskrivning ger ytterligare stöd för att rättsläget beträffande innebörden av icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse är oklart.

Kommunen anser att de delade meningar om rättslägets klarhet som framkommer enligt ovan – där avsändarna är statliga utredningar respektive landets två expertmyndigheter inom offentlig upphandling – entydigt markerar att rättsläget inte kan betraktas som klart. Tvärtom finns ett mycket stort behov av prejudicerande klagöranden. Eftersom rättsosäkerheten finns på unionsrättslig nivå är det i lagstiftningsärenden fullt naturligt att lagstiftaren iakttar en försiktighetsprincip. Det säkerställer lagarnas förenlighet med unionsrätten. Det har emellertid också effekten att cementera ett oklart rättsläge, eftersom unionsrätten alltid av försiktighetsskäl presumeras ha det mest extensiva innehållet av två tillgängliga tolkningsalternativ.

Sammantaget är det att betrakta som en starkt förmildrande omständighet att rättsläget vad gäller gränsdragningen mellan ekonomiska och icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse är och har varit oklart. Det bör vidare, i förmildrande riktning, vägas in att intresset av att få till stånd klagörande prejudikat i denna fråga är mycket stort och att ett sådant endast

kan komma till stånd genom att frågan uppkommer i ett konkret överprövnings- eller upphandlingsskadeavgiftsmål. Det kan inte anses rimligt att enskilda upphandlande myndigheter genom betungande avgifter ska bära kostnaderna för rättsutvecklingen i principiella rättsfrågor om upphandlingsregelverkets tillämplighet, när rättsosäkerheten till fullo beror på otydlig unionsrätt. Det oklara rättsläget innebär att det saknas förutsättningar att bifalla Konkurrensverkets ansökan.

Kommunen ingick det ifrågasatta avtalet med stiftelsen mot bakgrund av – och för att komma till rätta med – den komplexa vård- och omsorgsstruktur som idag ofta möter äldre personer, där olika aktörer arbetar för sig och saknar fullständig information om den enskildes behov, hälsotillstånd och tidigare behandlingar. Det ingångna partnerskapet reglerar inte enbart vård- och omsorgsboendet Ginstgården, utan omfattar flera insatser som tillsammans utgör en sammanhållen vårdkedja för äldre personer med demenssjukdom och bidrar därmed till unika mervärden för den enskilde.

Det övergripande målet med partnerskapet är att kunna överbrygga de glapp som uppstår för den enskilde i vårdens övergångar och att skapa en långsiktigt hållbar modell för vårdgruppen. Kommunen gjorde inför partnerskapets ingående bedömningen att det inte fanns någon marknad där hela den sammansatta verksamheten kunde upphandlas i konkurrens. De leverantörer som agerade på marknaden tillhandahöll inte hela kedjan av vårdinsatser på det sätt som stiftelsens förslag till partnerskap innebar. Det kan i det sammanhanget också noteras att ingen leverantör, trots partnerskapets mediala uppmärksamhet, valde att begära överprövning av det aktuella avtalets giltighet.

Förhandsavgörande från EU-domstolen

Gränsdragningen mellan ekonomiska och icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse har inte ägnats särskilt stor uppmärksamhet i Sverige historiskt, vilket medför att behovet av vägledande praxis är stort. För att kunna göra en korrekt bedömning av den komplexa frågan om huvudsakligen skattefinansierad äldreomsorg är en ekonomisk eller icke-ekonomisk tjänst krävs att förvaltningsrätten först inhämtar ett förhandsavgörande från EU-domstolen. Förhandsavgöranden bör begäras redan i första instans eftersom det är där processens tyngdpunkt ligger.

Storleken på den yrkade upphandlingsskadeavgiften medför att målet är av stor ekonomisk betydelse för kommunen. Eftersom målet rör upphandlingsskadeavgift finns inte samma intresse av skyndsam handläggning som i andra mål rörande upphandlingslagstiftningen. En materiellt korrekt prövning av ansökan låter sig inte göras utan ett föregående tolknings svar från EU-domstolen. Ett klagande av den upphandlingsjuridiska innebörden av icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse är också av väsentlig betydelse för pågående lagstiftningsarbete. Nuvarande rättskällebrist kan endast åtgärdas genom att tolkningsfrågan lyfts till EU-domstolen.

Gränsdragningsfrågan i målet har också en mycket påtaglig betydelse för den grundlagsfästa kommunala självstyrelsen och organisationsfriheten. Gränsdragningen är direkt avgörande för om upphandlingsskyldighet föreligger. När det som i detta mål föreligger en rättsosäkerhet på unionsrättslig nivå har den svenska lagstiftaren små möjligheter att på egen hand medverka till ett klarläggande av rättsläget. Ett grundlagskonformt synsätt kräver därför att domstolarna i särskilt hög grad medverkar till att frågor lyfts till EU-domstolen, när det finns utrymme för en tolkning av unionsrätten som inte ger upphov till en konflikt med den kommunala självstyrelsen.

Även den politiska sprängkraften i de rättsfrågor som aktualiseras i målet är skäl för förvaltningsrätten att begära förhandsavgörande. Frågan om organisering av skattefinansierad äldreomsorg är större än om kommunen ska betala upphandlingsskadeavgift. Den rör den offentliga sektorns möjligheter att utan upphandling samverka med den idéburna sektorn, till exempel genom idéburet offentligt partnerskap. Ett bifall till Konkurrensverkets ansökan skulle få långtgående konsekvenser på flera av välfärdstjänsternas områden.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Den 1 januari 2017 trädde lagen (2016:1145) om offentlig upphandling i kraft. För upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet tillämpas dock den numera upphävda LOU.

Av handlingarna i målet framgår att kommunfullmäktige i Alingsås kommun den 30 mars 2016 beslutade att godkänna det aktuella avtalet med stiftelsen. Åtminstone vid denna tidpunkt får därför förfarandet anses ha påbörjats. Det innebär att det är LOU som kan vara tillämplig på förfarandet. Det innebär också att lagen ska tolkas i enlighet med direktiv 2004/18/EG, som var det upphandlingsdirektiv som var i kraft vid denna tidpunkt (jfr Kommissionen mot Frankrike, C-337/98, EU:C:2000:543, p. 22, 26, 36–37).

Inhämtande av förhandsavgörande från EU-domstolen

Innebörden av de unionsrättsliga begrepp som är relevanta i målet har uttolkats av EU-domstolen. De tillämpliga bestämmelserna i LOU står enligt förvaltningsrättens uppfattning inte i någon konflikt med direktiv 2004/18/EG eller unionsrätten i övrigt. Det saknas vid dessa förhållanden skäl att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen. Kommunens yrkande ska därför avslås.

Vad målet gäller

Konkurrensverket har ansökt om att kommunen ska påföras en upphandlingsskadeavgift enligt bestämmelserna i LOU. En grundläggande fråga i målet är därmed om förfarandet mellan kommunen och stiftelsen varit sådant att LOU är tillämplig. Detta regleras i princip uttömmande i den lagen (prop. 2006/07:128, s. 140). Den svenska upphandlingslagstiftningen bygger dock i stor utsträckning på EU-direktiv om offentlig upphandling. Den ska därför tillämpas och tolkas i enlighet med ordalydelsen i och syftet med direktivens bestämmelser (jfr *Marleasing*, C-106/89, EU:C:1990:395, p. 8).

Både genomförande av direktiv i nationell lagstiftning och tolkning av sådana bestämmelser ska vidare ske med iakttagande av unionsrätten som helhet. Det innebär att begrepp i bestämmelserna i LOU som även förekommer i unionsrätten ska tolkas i enlighet med fördragen, direktiven och de grundläggande unionsrättsliga principerna, med ledning av EU-domstolens praxis. Detta gäller oavsett om de aktuella bestämmelserna har införts för att implementera direktiven om offentlig upphandling eller för att reglera situationer av nationellt intresse som har samband med de direktivstyrda bestämmelserna (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2013 ref. 31 och *Leur-Bloem*, C-28/95, EU:C:1997:369, p. 32).

Är LOU tillämplig på förfarandet mellan kommunen och stiftelsen?

LOU gäller för offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster samt av byggkoncessioner. Lagen gäller även när upphandlande myndigheter anordnar projektävlingar (1 kap. 2 § LOU).

Konkurrensverket grundar sin ansökan på att det i målet aktuella avtalet mellan kommunen och stiftelsen avser upphandlingspliktiga tjänster. För att LOU ska vara tillämplig krävs det således att förfarandet mellan kommunen och stiftelsen utgör offentlig upphandling av tjänster.

Avser avtalet tjänster?

Begreppet tjänster finns inte definierat i LOU. Ledning för hur begreppet ska förstås får därför sökas i unionsrätten. Inte heller i direktiv 2004/18/EG finns det någon definition av begreppet tjänster. Den unionsrättsliga definitionen av tjänster återfinns istället i artikel 57 i EUF-fördraget, där följande anges. Som "tjänster" i fördragets mening ska anses prestationer som normalt utförs mot ersättning, i den utsträckning de inte faller under bestämmelserna om fri rörlighet för varor, kapital och personer.

Det är de prestationer som stiftelsen åtagit sig gentemot kommunen som regleras i det aktuella avtalet. Det är därför dessa prestationer som är relevanta att bedöma för att avgöra om avtalet avser tjänster (jfr Jundt, C-281/06, EU:C:2007:816, p. 31).

Stiftelsen har genom avtalet med kommunen åtagit sig att ansvara för driften av ett vård- och omsorgsboende, Ginstgården. Stiftelsen har även åtagit sig att tillhandahålla en vårdkoordinator och att ansvara för samverkan med frivilligorganisationer. Åtagandena faller inte under bestämmelserna om fri rörlighet för varor, kapital och personer. Frågan är därmed om de utgör prestationer som normalt utförs mot ersättning.

Av EU-domstolens praxis framgår i detta avseende bland annat följande. Det viktigaste kännetecknet för en ersättning, i den mening som avses i artikel 57 i EUF-fördraget, är att den utgör den ekonomiska motprestationen för tjänsten i fråga. Den bestämmande faktorn avseende huruvida en

verksamhet omfattas av fördragets bestämmelser om frihet att tillhandahålla tjänster – däribland artikel 57 – är dess ekonomiska karaktär. Verksamheten ska nämligen inte bedrivas utan att någon motprestation erhålls. Det är dock inte nödvändigt att den som tillhandahåller en tjänst gör detta i vinstsyfte (Jundt, p. 28–29, 32–34).

Kommunen har anfört att betalning som består av skattemedel inte kan utgöra ersättning i den bemärkelse som avses i artikel 57 i EUF-fördraget. Enligt förvaltningsrättens mening finns det i unionsrätten inte stöd för något sådant kategoriskt undantag. EU-domstolen har dock uttalat att viss verksamhet som bedrivs av staten inte faller inom begreppet tjänst enligt artikel 57. Så är fallet när det är fråga om verksamhet som inte bedrivs i vinstsyfte utan endast för att uppfylla statens sociala, kulturella och utbildningspolitiska uppgifter gentemot sina medborgare, om verksamheten i regel finansieras av medel ur den offentliga budgeten. Vid sådan verksamhet utgår enligt EU-domstolen inte någon ersättning som utgör en ekonomisk motprestation för verksamheten i fråga och det är därför inte fråga om någon tjänst (Humbel, p. 17–18).

Kommunen ska enligt det aktuella avtalet utge en årlig ekonomisk ersättning till stiftelsen. Kommunen och stiftelsen har således avtalat om en ekonomisk motprestation för stiftelsens åtaganden om vissa prestationer. Det finns i avtalet en tydlig koppling mellan stiftelsens prestationer och den ersättning som utgår från kommunen. Ersättningen är schablonmässig och beräknad på årsbasis med viss indexering snarare än knuten till varje enskilt tillhandahållande av vård till enskilda, även om den delvis är beroende av antalet vårdhemsplatser. Detta ändrar emellertid inte det faktum att den för stiftelsen utgör ersättning för prestationerna att driva Ginstgården, tillhandahålla en vårdkoordinator och ansvara för samverkan med frivilligorganisationer (jfr Smits och Peerbooms, C-157/99, EU:C:2001:404, p. 58).

Inte heller det förhållandet att stiftelsens åtaganden kan sägas hänföra sig till området för social trygghet medför i sig att de inte omfattas av artikel 57 i EUF-fördraget (jfr Kohll, C-158/96, EU:C:1998;171, p. 21 samt Smits och Peerbooms, p. 54).

Som angetts ovan är det de prestationer som stiftelsen åtagit sig gentemot kommunen som ska bedömas. Dessa prestationer utförs inte för statens eller kommunens räkning. Vad kommunen anfört om att det i beaktandesats 34 i tjänstedirektivet anges att viss verksamhet som bedrivs av staten eller för statens räkning inte omfattas av definitionen av begreppet tjänst enligt artikel 57 i EUF-fördraget saknar därför relevans vid bedömningen av om de prestationer stiftelsen åtagit sig utgör tjänster.

Vidare är föremålet för avtalet inte verksamhet som bedrivs av staten endast för att uppfylla dess sociala, kulturella och utbildningspolitiska uppgifter gentemot sina medborgare. Avtalet reglerar istället relationen mellan kommunen och stiftelsen och det är alltså dessa åtaganden som ska bedömas. Att den ersättning som stiftelsen enligt avtalet ska erhålla för sina prestationer utgörs av offentliga medel spelar då inte någon självständig roll vid bedömningen av om de prestationer stiftelsen åtagit sig utgör tjänster.

Sammanfattningsvis följer av ovanstående att avtalet mellan kommunen och stiftelsen avser tjänster enligt artikel 57 i EUF-fördraget och därmed också enligt LOU.

Är det fråga om en offentlig upphandling?

Om en upphandlande myndighet vidtar åtgärder i syfte att tilldela ett kontrakt avseende tjänster utgör detta offentlig upphandling (2 kap. 13 § LOU).

Kommunen är att betrakta som en upphandlande myndighet (2 kap. 19 § LOU). Avgörande för att det ska vara fråga om offentlig upphandling är därmed att kommunen vidtagit åtgärder i syfte att tilldela ett kontrakt som avser tjänster. Förvaltningsrätten har ovan kommit fram till att avtalet mellan kommunen och stiftelsen avser tjänster. Kommunen har tecknat avtal med stiftelsen och alltså vidtagit den konkreta åtgärden att välja ut en ekonomisk aktör att anskaffa tjänster från (jfr Falk Pharma, C-410/14, EU:C:2016:399, p. 38). Frågan är därmed om avtalet utgör ett kontrakt enligt LOU.

Ett skriftligt avtal som sluts mellan en upphandlande myndighet och en leverantör, avser tillhandahållande av tjänster samt undertecknas av parterna utgör ett kontrakt enligt LOU, förutsatt att det är fråga om ett avtal med ekonomiska villkor (2 kap. 10 § LOU).

Förvaltningsrätten konstaterar att det finns ett undertecknat skriftligt avtal mellan kommunen och stiftelsen. Stiftelsen ska enligt avtalet tillhandahålla tjänster, vilket innebär att den är att betrakta som en leverantör (2 kap. 11 § LOU). Avgörande för om avtalet utgör ett kontrakt är därmed huruvida det är fråga om ett avtal med ekonomiska villkor.

Definitionen av kontrakt i LOU har sin motsvarighet i artikel 1.2 a i direktiv 2004/18/EG. Även här återfinns kravet på att det ska vara fråga om ekonomiska villkor. Begreppet ska därför tolkas unionsrättsligt.

Av EU-domstolens praxis framgår bland annat följande. För att det ska vara fråga om ett avtal med ekonomiska villkor krävs att den upphandlande myndighet som ingått ett offentligt kontrakt, i enlighet med detta kontrakt, erhåller en prestation mot vederlag. En sådan prestation ska vara av direkt ekonomiskt intresse för den upphandlande myndigheten. En väsentlig del av begreppet offentligt kontrakt är att det uppstår rättsligt bindande

skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär (Remondis, C-51/15, EU:C:2016:985, p. 43).

Vad gäller det av kommunen åberopade avgörandet FENIN anser förvaltningsrätten att det saknar relevans för bedömningen av om något utgör ett avtal med ekonomiska villkor. I det målet var det i stället fråga om att bedöma om en viss verksamhet utgjorde ekonomisk verksamhet (FENIN, p. 23–27).

De prestationer stiftelsen enligt avtalet med kommunen åtar sig består bland annat i driften av Ginstgården. Denna prestation är enligt förvaltningsrättens mening av direkt ekonomiskt intresse för kommunen, eftersom det ankommer på kommunen att se till att kommuninvånare som är i behov av det har tillgång till vård- och omsorgsboende. Det är således av direkt nytta för kommunen att stiftelsen tillhandahåller denna tjänst, istället för att kommunen själv, eller någon annan aktör som kommunen anlitar, tillhandahåller den. Kommunen ska i sin tur enligt avtalet betala en årlig ersättning till stiftelsen.

I avtalet anges vidare en bestämd giltighetsperiod, med möjlighet till förlängning, en bestämd uppsägningstid och villkor om befrielsegrunder. Det anges även att tvist med anledning av avtalet ska avgöras av allmän domstol i det fall parterna inte kan komma överens. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att det synes ha varit parternas avsikt att avtalet ska innebära rättsligt bindande skyldigheter dem emellan.

Vid dessa förhållanden anser förvaltningsrätten att det är fråga om ett avtal med ekonomiska villkor. Att stiftelsen inte bedriver verksamhet i vinstsyfte eller den möjligheten att ersättningen från kommunen endast avser kostnaderna för att tillhandahålla de avtalade tjänsterna innebär inte att avtalet kan undgå att omfattas av begreppet kontrakt (jfr Lecce, C-159/11, EU:C:2012:817, p. 26 och 29).

Förutsättningarna för att det ska vara fråga om ett kontrakt i LOU:s mening är således uppfyllda. Kommunens åtgärd att teckna avtal med stiftelsen och därigenom tilldela stiftelsen ett kontrakt utgör därmed offentlig upphandling.

Sammanfattningsvis bedömer förvaltningsrätten att förfarandet mellan kommunen och stiftelsen utgör offentlig upphandling av tjänster. Det innebär att LOU är tillämplig på förfarandet.

Denna bedömning är förenlig med artikel 2 i protokollet om tjänster av allmänt intresse. Av artikeln framgår att bestämmelserna i fördragen inte på något sätt ska påverka medlemsstaternas behörighet att tillhandahålla, beställa och organisera tjänster av allmänt intresse som inte är av ekonomisk art. Förvaltningsrätten bedömer, som framgår ovan, att avtalet mellan kommunen och stiftelsen innehåller ekonomiska villkor och reglerar tjänster av ekonomisk karaktär. Det är således inte fråga om några tjänster av allmänt intresse som inte är av ekonomisk art.

Upphandlingsskadeavgift

De tjänster som avtalet mellan kommunen och stiftelsen avser faller, i vart fall till en klart övervägande del, inom kategorin hälsovård och socialtjänster. Upphandlingen ska därför i sin helhet anses vara en upphandling av så kallade B-tjänster (1 kap. 2 § fjärde stycket och bilaga 3 LOU). För offentlig upphandling som avser denna typ av tjänster gäller bestämmelserna i 15 kap. LOU (1 kap. 2 § andra stycket 1 och 15 kap. 1 § LOU). En offentlig upphandling enligt detta kapitel ska, med vissa undantag, göras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande (15 kap. 3 § LOU).

Kommunen har inte åberopat något undantag från kravet på att den aktuella upphandlingen skulle göras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande och det framgår inte heller av vad som kommit fram i målet att något undantag är tillämpligt. Kommunen har därför varit skyldig att genomföra den aktuella upphandlingen genom något av dessa förfaranden.

Vid såväl förenklat förfarande som vid urvalsförfarande krävs det att den upphandlande myndigheten annonserar upphandlingen (15 kap. 4 § LOU). Om en upphandlande myndighet slutit avtal med en leverantör utan föregående sådan annonsering får allmän förvaltningsdomstol besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) (17 kap. 1 § 3 LOU).

Det är ostridigt i målet att kommunens avtal med stiftelsen inte föregicks av någon annonsering. Det finns därmed grund för att påföra kommunen upphandlingsskadeavgift.

Till vilket belopp ska upphandlingsskadeavgiften bestämmas?

En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Värdet av ett kontrakt ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats (17 kap. 4 § och 15 kap. 3 a § LOU). Konkurrensverket har ansökt om att upphandlingsskadeavgiften ska bestämmas till 5 000 000 kr. Förvaltningsrätten konstaterar att detta belopp ligger inom ramen för vad domstolen med hänsyn till kontraktsvärdet kan besluta.

Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges, om det finns synnerliga skäl (17 kap. 5 § LOU).

Av förarbetena till LOU framgår att utrymmet att anse en överträdelse som ringa och underlåta att påföra en avgift är ytterst begränsat och endast kan bli aktuellt i rena undantagsfall (prop. 2009/10:180, s. 198).

Det har inte kommit fram att det funnits några tvingande omständigheter som legat utanför vad kommunen själv kunnat förutse och påverka och som föranlett den otillåtna direktupphandlingen. Det ingångna avtalet löper vidare över flera år med möjlighet till förlängning. Vid dessa förhållanden anser förvaltningsrätten att överträdelsen inte kan anses som ringa (jfr HFD 2014 ref. 49).

Av förarbetena till LOU framgår vidare följande, vad gäller fastställande av en upphandlingsskadeavgifts storlek. Domstolen har ett stort utrymme att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter inom ramen för upphandlingsskadeavgiftens avskräckande syfte. Ju allvarligare överträdelsen anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften bestämmas till. Hänsyn ska tas till både försvårande och förmildrande omständigheter. Vid bedömningen av sanktionsvärdet bör även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Omständigheten att till exempel rättsläget är oklart bör påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Otillåtna direktupphandlingar anses vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt. Avtalstidens längd och avtalets värde kan också påverka sanktionsvärdet. Sanktionsvärdet anses högre om en otillåten direktupphandling gjorts och avtalet i fråga avser en förhållandevis lång tid eller ett högt värde. Vikt kan också läggas vid om avtalet i fråga fortfarande

är giltigt. Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten bör tillmätas betydelse vid bedömningen av sanktionsvärdet. Omständigheter såsom att det är fråga om t.ex. upprepat beteende avseende att inte iaktta avtalsspärren eller att företa otillåtna direktupphandlingar bör ses som försvårande omständigheter (prop. 2009/10:180 del 1, s. 197–198 och 369).

Den i målet aktuella upphandlingen innebär att kommunen genomfört en otillåten direktupphandling som avser ett högt värde. Det har inte kommit fram annat än att avtalet, som inte är avgränsat i tid utan kan förlängas utan att någon upphandling i enlighet med upphandlingslagstiftningen genomförs, fortfarande gäller. Dessa försvårande omständigheter talar för en upphandlingsskadeavgift i den högre delen av skalan.

Kommunen har anfört att rättsläget vad gäller gränsdragningen mellan ekonomiska och icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse är och har varit oklart och att detta utgör en förmildrande omständighet.

Förvaltningsrätten konstaterar att de frågor som uppkommer i målet delvis är komplexa och att det saknas inhemsk praxis som behandlar den situation som är aktuell i målet. Rättsläget vad gäller frågan om kommunen varit skyldig att upphandla de aktuella tjänsterna enligt LOU kan dock, mot bakgrund av EU-domstolens praxis, inte sägas ha varit oklart. Det finns därför inte av denna anledning skäl att besluta om en lägre upphandlingsskadeavgift.

Som framgår av ovan angivna förarbeten är det vid bestämmandet av sanktionsvärdet – förutom vissa förhållanden hos den upphandlande myndigheten – i princip själva överträdelsen som ska bedömas. Vad kommunen anfört om att bedömningar gjordes inför avtalets ingående att det inte fanns någon marknad där hela den sammansatta vårdverksamheten kunde upphandlas i konkurrens och att de leverantörer som agerade på

marknaden inte tillhandahöll det som kommunen efterfrågade utgör därför inte några förmildrande omständigheter. Det gör av samma skäl inte heller den omständigheten att ingen leverantör valt att begära överprövning av det aktuella avtalet.

Slutligen har kommunen anfört att syftet med avtalet med stiftelsen varit att åstadkomma en sammanhållen vårdkedja och att avtalet inneburit unika mervärden för de enskilda vårdtagarna. Förvaltningsrätten ifrågasätter inte att kommunen haft ett vällovt syfte med avtalet men anser att detta inte är något som kan utgöra en förmildrande omständighet vid fastställandet av en upphandlingsskadeavgifts storlek. Inte heller vad kommunen anfört i övrigt ger skäl att besluta om en lägre avgift.

Vid en sammantagen bedömning anser förvaltningsrätten att en upphandlingsskadeavgift om 5 000 000 kr är en effektiv och avskräckande sanktion som står i proportion till överträdelsens allvar. Det som kommit fram i målet utgör inte sådana omständigheter som medför att det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften. Det finns därför inte förutsättningar för eftergift av avgiften. Konkurrensverkets talan ska således bifallas i enlighet med ansökan.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV 3109/1B LOU)

Karin Leidzén

Rådman

Föredragande i målet har varit förvaltningsrättsfiskalen Viktor Berg.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövnings-tillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.