

KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO 05-013

PM-2 2005-06-15 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om kommunalt domstolstrots.

Upplands Väsby kommun har beslutat att sätta sig över en lagakraftvunnen dom i mål om offentlig upphandling och beslutat att inte genomföra någon ny upphandling.

Upplands Väsby kommun har genom ett antal kommunala beslut under 2004 träffat överenskommelser med Upplands Väsby simsällskap ideell förening (nedan Simsällskapet) om att Simsällskapet mot viss ersättning under en period av minst tre år skall handha driften av den kommunala Vilundaparkens simhall.^[1]

Kommunens överenskommelser med Simsällskapet samt förutsättningarna för dessa framgår av följande kommunala beslut:

- (1) Kommunstyrelsens beslut den 30 augusti 2004 (KS § 111/04) om att ingå hyresavtal med Simsällskapet, enligt vilket Simsällskapet skall hyra Vilundaparkens simhall mot en årlig ersättning av 2.236.644 kronor för år 2005 och därefter enligt uppräknning med index från och med år 2006.
- (2) Kultur- och fritidsnämndens beslut den 11 november 2004 (KF § 40/04) om antagande av ett tilläggsavtal till det tidigare beslutade hyresavtalet, enligt vilket Kommunen bl.a. reglerar förutsättningarna för driften av simhallen, samt
- (3) Kommunfullmäktiges beslut den 29 november 2004 (KF § 194/04) enligt vilket Kommunen har beslutat medge Simsällskapet ett årligt "driftsbidrag" på 530.000 kronor.

Kommunstyrelsens planer uppmärksammades bl.a. av Konkurrenskommissionen, som påtalade att uppdraget till Simsällskapet måste vara att betrakta som ett köp av tjänster, vilket enligt gällande bestämmelser om offentlig upphandling skall underkastas ett offentligt upphandlingsförfarande. Av Konkurrenskommissionens utredningspromemoria KKO 04-032, som i september 2004 skickades till kommunen, framgår bland annat följande bedömning:

"Sammantaget medför den avtalade ersättningens omfattning, mot bakgrund av den reglering mellan parterna som i övrigt framkommer av kommunstyrelsens beslutsmotivering och det beslutade avtalet, att det rör sig om vad som måste betecknas som ett köp av tjänster. Avtalet innefattar därmed en upphandling på vilken lagen om offentlig upphandling är tillämplig.

Av kommunens motiv till det beslutade driftsformen framgår att alternativet att upphandla driften av simhallen i konkurrens på den allmänna marknaden tydligen har övervägts samt att valet av organisationsform för verksamheten inte har bedömts medföra någon avgörande betydelse för om verksamheten är framgångsrik eller ej. De framtida driftsnettokostnaderna uppskattas av kommunen till i princip desamma som nu, eller till och med högre vid den ökade beläggning som den valda driftsformen förväntas medföra.

Vid sitt beslut förefaller kommunen emellertid ha bortsett från att gällande rätt inte medger upphandling direkt från Simsällskapet. Även andra leverantörer skall medges möjlighet att delta med konkurrerande bud. Kommunen har därvid viss frihet att utforma upphandlingsförutsättningarna utifrån de önskemål om ökad beläggning m.m. som kommer till uttryck i kommunstyrelsens motivering. Tilldelning skall dock alltid ske

till den anbudsgivare som lämnat det i enlighet med upphandlingsföresättningar sammantaget ekonomiskt mest fördelaktiga budet eller det bud som har lägst pris.

Det finns ingenting som hindrar att vid ett sådant förfarande Simsällskapet inkommer med ett anbud vilket - om tillräckliga föresättningar i övrigt föreligger - slutligen kan komma att antas. Som upphandlingen hittills har handlagts innebär förfarandet emellertid att kravet på likabehandling och affärsmässighet enligt lagen om offentlig upphandling har åsidosatts samt att föresättningar för konkurrensen därmed riskerat att snedvridas.”

Med utgångspunkt i Konkurrenskommissionens utredning av aktuella rättsförhållanden anhängiggjorde en med Simsällskapet konkurrerande leverantör talan om överprövning enligt lagen om (1992:1528) offentlig upphandling – LOU – och yrkade i domstol på att upphandlingen skulle göras om.

Länsrätten i Stockholms län biföll genom dom den 25 februari 2005 leverantörens talan och beslutade att upphandlingen skall göras om. Av länsrättens dom framgår bland annat följande:

”Ersättningens omfattning tillsammans med den reglering mellan avtalsparterna som i övrigt framkommer i avtalet utvisar emellertid att det rör sig om vad som måste betecknas som ett köp av tjänster. Avtalet innefattar därmed en upphandling av tjänster på vilken LOU är tillämplig. [...] Utredningen i målet ger inte vid handen annat än att fråga är om en direktupphandling av ifrågavarande tjänster. Ett sådant upphandlingsförfarande får enligt 6 kap. 2 stycket LOU användas om upphandlingens värde är lågt eller det finns synnerliga skäl. Länsrätten finner inte att omständigheterna är sådana att direktupphandling enligt nämnda lagrum får användas. [...]. Länsrätten finner att det inte är visat i målet att nu uppköpta tjänster är av sådan karaktär att de endast kan utföras av Väsby Simsällskap. Upplands Väsby kommuns direktupphandling utgör därmed en överträdelse av LOU, vilken måste antas medföra att [den klagande leverantören] kan komma att lida skada. Vad slutligen gäller frågan om ett tecknat avtal kan överprövas enligt bestämmelserna i LOU konstaterar länsrätten att något upphandlingskontrakt ännu inte föreligger, varför den tidsfrist som anges i 7 kap. 1 § LOU över huvud taget inte har börjat löpa. Det finns således inget hinder för överprövning enligt lagen. Länsrätten bifaller [klagandeleverantörens] ansökan och beslutar att Upplands Väsby kommuns upphandling av tjänster avseende drift av verksamheten vid Vilundaparkens sim- och badanläggning med reception och sammanhängande administrationslokaler skall göras om.”

Kommunen överklagade inte länsrättens dom, varför denna numera har vunnit laga kraft.

Vid kommunstyrelsens sammanträde den 11 april 2005 (KS § 70/05) framställdes frågan huruvida kommunen avsåg att upphandla driften av simhallen. Frågan besvarades av kommunstyrelsens ordförande enligt följande:

”Mitt enkla och tydliga svar är att vi avser inte att föreslå att driften av simhallen vare sig ska upphandlas eller ändras. Vår avsikt har aldrig varit att upphandla driften. Vår avsikt var att inleda ett samarbete mellan kommun och Väsby SS om driften av simhallen. Något som inte i första hand styrdes av ekonomiska överväganden. Vi anser att samarbete genom t.ex. föreningsdrift är värdefullt för båda parter. Kommunstyrelsen och kultur- och fritidsnämnden har i enighet slutit avtal med simklubben. Dessa båda beslut har vunnit laga kraft och har inte överklagats under besvärstiden.

Vi har alltså inte för avsikt att bryta ett ingånget civilrättsligt bindande avtal. Något som dessutom med säkerhet skulle medföra båda skadeståndsanspråk och badwill. Om vi på något sätt hanterat frågan felaktigt när det gäller att åstadkomma föreningsdrift tänker vi pröva andra former för att lösa det. Vi har också skrivit till förbundet för kommuner och landsting för att få råd i detta ärende. Rättsläget är minst sagt oklart.

Jag vill också framföra att frågan om partnerskap mellan det offentliga och det privata och då även ideella föreningar s.k. OPP är högst aktuell. Om det ska bli verklighet måste t.ex. frågan om hur kommun och

föreningar eller kommun och företag tillsammans ska kunna driva olika projekt få en lösning. Det får märkliga konsekvenser om lagen om offentlig upphandling skulle vara överordnad annan lagstiftning t.ex. kommunallagen och avtalslagen och även samarbetstanken.”

Vid sammanträdet den 11 april 2005 beslutade kommunstyrelsen även (KS § 71/05) att ”*inte upphandla driften av simhallen*”.

Kommunstyrelsens ordförande har i media kommenterat kommunstyrelsens beslut med att ”*Domen var ett slag i luften, vi låter det vara som det är*” samt att ”*Tanken var aldrig att upphandla driften så någon upphandling är inte aktuell. Vi fortsätter som vanligt*”.

-

Gällande rätt

Grunderna för det svenska statskicket framgår av regeringsformen (RF). Av 1 kap. 1 § RF framgår att den offentliga makten förverkligas genom bland annat kommunal självstyrelse, men att den skall utövas under lagarna. Med bestämmelsen avses att folkstyrelsen är underkastad lagens band. Kravet på att all maktutövning skall vara lagbunden gäller alla statsorgans verksamhet, såväl kommunala församlingar som riksdagens. Dessa är således vid utövande av sin beslutanderätt skyldiga att iakttaga i första hand grundlagarnas föreskrifter men även övriga lagbud så länge dessa är gällande.^[2]

Även av 8 kap. 5 § andra punkten RF följer att det i lag meddelas föreskrifter om kommunernas befogenheter och om deras åligganden. I doktrinen framhålls särskilt, att bestämmelsen i 1 kap. 9 § RF att den offentliga förvaltningen skall iakttaga saklighet och opartiskhet gäller också för kommunerna samt att kommunerna dessutom alltid skall iaktta regeln i 1 kap. 1 § RF om att den offentliga makten utövas under lagarna.

Tillsynen av att lagarna efterlevs tillkommer enligt 11 kap. regeringsformen i första hand domstolarna, vars självständighet gentemot myndigheterna särskilt garanteras (11 kap. 2 § RF). Viss tillsynsmakt tillkommer även Riksdagens ombudsmän (JO), vilka kan fatta beslut om åtal, exempelvis för tjänstefel^[3] (12 kap. 6 § RF).

Svenska kommuner är således rättsligt underordnade, dels den lagstiftning är en följd av riksdagens beslut (eller andra författningar som grundas i lag eller som följer regeringens s.k. restkompetens^[4]) dels de domstolsavgöranden som avser tillämpningen av sådan lag eller annan författning.

Som svensk lag gäller, förutom sådant som riksdagen beslutat, även fördraget den 25 mars 1957 om upprättandet av Europeiska ekonomiska gemenskapen (det s.k. EU-fördraget) samt de särskilda rättsakter, avtal och andra beslut som löpande antas av Europeiska unionen - EU.^[5]

Enligt EU-fördraget gäller en allmän princip om likabehandling av näringsidkare, den s.k. likställighets- eller likabehandlingsprincipen. Denna får förstås så att en medlemsstats myndigheter inte får särbehandla eller otillbörligt gynna vissa (t.ex. inhemska) leverantörer framför andra vid bland annat handel inom den offentliga sektorn. Inför Sveriges medlemskap i den Europeiska unionen uttalade regeringen att ”*Den i Romfördraget centrala likabehandlingsprincipen återfinns bl.a. i artikel 6 om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet. Andra uttryckliga likabehandlingsprinciper återfinns i artikel 40 tredje stycket i Romfördraget angående likabehandling mellan producenter och konsumenter inom den gemensamma jordbrukspolitiken samt i artikel 119 i Romfördraget när det gäller lika lön för kvinnor och män. EG-domstolen har dock slagit fast att det inom gemenskapsrätten gäller en allmän likabehandlingsprincip, utöver de uttryckliga bestämmelser som återfinns i fördragen*”^[6].

Inom området för offentlig upphandling kommer EU-fördragets allmänna likabehandlingsprincip till uttryck genom bland annat de upphandlingsdirektiv som beslutats av Europeiska rådet, däribland rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster (det s.k. tjänsteupphandlingsdirektivet) samt rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (det s.k. första rättsmedelsdirektivet) vilket även reglerar upphandling av tjänster^[7].

Enligt gemenskapsrättslig praxis skall de grundläggande principer, vilka ytterst härrör från EU-fördraget och som inom upphandlingsrättens område kommer till uttryck genom gällande gemenskapsrättsliga upphandlingsdirektiv, äga tillämpning på samtliga upphandlingar, således även sådana som formellt ligger utanför regleringen enligt gällande direktiv.^[8]

Enligt art 1 punkterna 1 – 3 i första rättsmedelsdirektivet (89/665/EEG)^[9] skall medlemsstaterna vidtaga nödvändiga åtgärder för att garantera, att en upphandlande enhets beslut prövas effektivt. Medlemsstaterna skall förhindra diskriminering mellan företag, vilka vid upphandling gör gällande skada samt se till att införa ett prövningsförfarande med detaljerade regler enligt medlemsstaternas bestämmande som kan åberopas av var och en som har eller har haft ett intresse att få avtal om viss offentlig upphandling och som har skadats eller riskerat skadas av en påstådd överträdelse.

Aktuella bestämmelser har för svenskt vidkommande införts i 7 kap. LOU, främst 7 kap. 1 och 2 §§ LOU. Enligt dessa bestämmelser kan en leverantör^[10] klaga på en offentlig upphandling^[11] som regel fram till dess att ett s.k. upphandlingskontrakt har tecknats^[12]. Med ”upphandlingskontrakt” avses enligt lagens terminologi ”*skriftliga avtal som en upphandlande enhet ingår avseende upphandling enligt [LOU] och som undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur*” (1 kap. 5 § LOU). Avtal som tillkommit utanför lagens bestämmelser utgör således inte upphandlingskontrakt i lagens mening, och kan därför alltid överprövas utan hinder av att civilrättslig bundenhet kan ha uppkommit. Ett offentligt upphandlingsförfarande kan som regel avslutas enbart genom ett upphandlingskontrakt.^[13] Har civilrättslig avtalsbundenhet uppstått innan upphandlingen avslutas riskerar den upphandlande enheten således att bli skadeståndsskyldig gentemot den leverantör som först tilldelats upphandlingskontraktet. Om allmän förvaltningsdomstol beslutar att upphandlingen skall göras om kan enheten inte rimligtvis fullfölja det första avtalet. För att undvika en civilrättslig bundenhet i förhållande till en viss leverantör innan upphandlingen är avslutad, bör en upphandlande enhet därför se till att i förfrågningsunderlaget ange att avtal sluts genom ett upphandlingskontrakt. För tiden fram till upphandlingens avslutande kan enheten vidare välja att ingå ett villkorat avtal.^[14]

Någon formell möjlighet att anföra s.k. laglighetsbesvär enligt 10 kap. kommunallagen (1991:900) över beslut på vilka lagen om offentlig upphandling är tillämplig föreligger inte (7 kap. 5 § LOU). Beslut som innefattar upphandling av något slag kan således klandras enbart med stöd av lagen om offentlig upphandling.

Som framgått av redovisningen ovan skall EU:s medlemsstater hålla tillgängligt institutioner inom vilka förfördelade leverantörer skall kunna få effektivt prövat påstådda överträdelser av gällande upphandlingsbestämmelser. I Sverige utgör allmän förvaltningsdomstol nationellt prövningsorgan. Enligt art. 2 punkten 7 i första rättsmedelsdirektivet (89/665/EEG) skall medlemsstaterna se till att prövningsorganens beslut verkligen åtföljs. Bestämmelsen ger uttryck för den s.k. *lojalitetsprincipen*, som även framgår av art. 10 i EU-fördraget. Enligt denna princip skall varje medlemstat och dess

myndigheter lojalt främja gemenskapens intresse och handla så att syftet med EU-avtalet kan uppfyllas.

Lojalitetsprincipen omfattar medlemsstaternas samtliga statsorgan, till vilka räknas centrala såväl som lokala (kommunala) myndigheter och ländernas domstolsväsenden. I gemenskapsrättslig praxis har principen uttolkats som en skyldighet för bl.a. medlemsstaternas myndigheter att lojalt effektuera gemenskapsrätten och vid sina avgöranden säkerställa dess fulla verkan genom att garantera ett effektivt skydd av enskildas rättigheter^[15].

Yttrande

Upplands Väsby kommun har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, utan att inom anvisad tid inkomma med något svar.

Bedömning

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp som uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att blanda samman myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen.

Såvitt framgår av utredningen har Upplands Väsby kommun beslutat träffa överenskommelse med Simsällskapet som innefattar upphandling. Någon offentlig anbudsinfordran har emellertid inte skett och de aktuella besluten har verkställts efter det att kommunen i september 2004 fått klart för sig att lagligheten kan sättas ifråga enligt gällande upphandlingsbestämmelser.

Länsrätt har därefter på talan av en förfördelad leverantör, med stöd av bestämmelserna om överprövning i lagen om offentlig upphandling, förordnat att upphandlingen skall göras om. Kommunen har inte överklagat länsrättens dom. Domen, som meddelades i februari 2005, har numera vunnit laga kraft.

Trots tydligt förordnade i den lagakraftvunna domen har kommunstyrelsen beslutat att inte genomföra någon ny upphandling. Tvärtom har kommunstyrelsens ordförande förklarat, att kommunen inte har för avsikt att bryta det ingångna, civilrättsligt bindande avtalet med Simsällskapet.

Det trots mot lagakraftvunnen dom som kommunstyrelsens beslut innebär är oförenligt med såväl grundsatserna i svensk rätt som EU:s för Sverige bindande regelverk.

Kommunen bör därför omgående ändra sitt beslut den 11 april 2005 och i enlighet med länsrättens dom laga kraftvunna dom av den 25 februari 2005 besluta genomföra en ny upphandling av aktuella tjänster för drift av simhallen. Som Konkurrenskommissionen tidigare påpekat finns det självfallet ingenting som hindrar att Simsällskapet deltar med anbud i en ny upphandling och, om tillräckliga förutsättningar är uppfyllda enligt anbudsunderlaget, även tilldelas kontraktet.

[1] Överenskommelsen mellan Upplands Väsby kommun och Simsällskapet avser perioden den 1 januari 2005 till och med den 31 december 2008, med automatisk s.k. tyst förlängning av avtalet ett år i taget vid utebliven uppsägning (dnr. 2004.099 293).

[2] Se Petrén, Ragnemalm, Sveriges grundlagar, Publica, specialkommentaren till 1 kap. 1 § RF

[3] Ansvar för tjänstefel kan enligt 20 kap. 1 § brottsbalken komma ifråga för den som uppsåtligen eller av oaktsamhet vid myndighetsutövning genom handling eller underlåtenhet åsidosätter vad som gäller för uppgiften. Påföljden utgör vid normalt brott böter eller fängelse i högst två år. Är gärningen med hänsyn till gärningsmannens befogenheter eller uppgiftens samband med myndighetsutövningen i övrigt eller till andra omständigheter att anse som ringa, skall inte dömas till ansvar.

Om ett tjänstefelsbrott har begåtts uppsåtligen och är att anse som grovt, skall emellertid dömas för grovt tjänstefel till fängelse, lägst sex månader och högst sex år. Vid bedömning av om brottet är grovt skall särskilt beaktas om gärningsmannen allvarligt har missbrukat sin ställning eller om gärningen för någon enskild eller det allmänna har medfört allvarligt förfång eller otillbörlig förmån som är betydande.

[4] Avseende regeringens s.k. restkompetens se 8 kap. 13 § RF.

[5] Se lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen.

[6] Se prop. 1994/95:19 del 1 sid. 478.

[7] Se art. 41 i direktiv 92/50/EEG (tjänsteupphandlingsdirektivet).

[8] Se EG-domstolens beslut den 3 december 2001 i mål nr. C-59/00, (Vestergaard / . Spöttrup Boligselskap). Domstolen uttalade bl.a. (punkterna 19 och 20) att enbart den omständigheten att gemenskapslagstiftaren har ansett att de speciella och noggrant reglerade förfaranden som föreskrivs i Europeiska rådets direktiv inte är lämpade för offentliga upphandlingar av lägre värde innebär inte att dessa upphandlingar faller utanför gemenskapsrättens tillämpningsområde. Även om vissa avtal inte omfattas av tillämpningsområdet för gemenskapsdirektiven på området för offentlig upphandling är de upphandlande myndigheter som ingår sådana avtal ändå skyldiga att beakta EYU-fördragets grundläggande regler (se, för ett liknande resonemang, dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98, Telaustria et Telefonadress, REG 2000, s. I-10745, punkt 60).

[9] Bestämmelsen enligt ändrad lydelse i art. 41 i tjänsteupphandlingsdirektivet (92/50/EEG).

[10] Avseende vem som är "leverantör" i lagens mening, se legaldefinitionen 1 kap. 5 § LOU, "Leverantör: den som tillhandahåller varor eller utför arbeten eller tillhandahåller tjänster även om han inte varit den som i det särskilda fallet tillhandahållit eller utfört det som upphandlats".

[11] Avseende vad som skall anses utgöra "upphandling" i lagens mening, se legaldefinitionen 1 kap. 5 § LOU, "Upphandling: köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggentreprenader eller tjänst".

[12] Det måste dock ha gått tio dagar från det att en tilldelningsinformation enligt 1 kap. 28 § LOU lämnades för att talerätten skall gå klagande leverantör förlustig, även om kontrakt redan har tecknats.

[13] Som undantag gäller upphandlingsavtal som direktupphandlas enligt gällande bestämmelser för sådan upphandling. Formellt lagliga direktupphandlingar kan enligt 7 kap. 1 § LOU inte överprövas efter den tidpunkt då avtal slöts, oavsett om något upphandlingskontrakt ingåtts eller ej. Den refererade undantagsbestämmelsen omfattar emellertid enbart formellt lagliga direktupphandlingar. Skulle förutsättningar för direktupphandling emellertid inte föreligga framgår det av specialmotiveringen till 7 kap. 1 § LOU att "Vid otillåten direktupphandling kan en leverantör således begära överprövning av upphandlingen även om avtal slutits med en annan leverantör så länge kraven på upphandlingskontrakt och tidsfrist i tredje stycket inte är uppfyllda" (prop. 2001/02:142 s. 102, mitten).

[14] Se prop. 2001/02:142 s. 78.

[15] Se EG-domstolens avgöranden i målen C-106/77, C-213/89, C-6/90 och C-9/90, C-46/93 samt C-48/93. I det första s.k. Simmenthal-målet (se EG-domstolens dom den 9 mars 1978 i mål nummer C-106/77) uttalade domstolen bl.a. följande: "...any provision of any legislative, administrative or judicial practice which might impair the effectiveness of Community law by withholding from the national court having jurisdiction to apply such law the power to do everything necessary at the moment of its application to set aside national legislative provisions which might prevent Community rules from having full force and effect are incompatible with those requirements which are the very essence of Community law."