

Kritik mot en kommun för domstolstrots i ett upphandlingsärende

Anmälan

I en anmälan mot Torsby kommun uppgav AA, Föreningen Den Nya Valfärden, att kommunen gjort sig skyldig till domstolstrots vid tillämpning av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling. I anmälan framfördes bl.a. följande.

Kommunfullmäktige i Torsby kommun beslutade vid sammanträde den 29 april 1999 (§ 54) att godkänna överenskommelser med föreningen Team Torsby enligt vilka kommunen dels till föreningen skulle upplåta ett markområde för uppförande av en simhall, dels från föreningen skulle hyra simhallen med en rätt för kommunen att efter hyrestidens utgång lösa simhallsbyggnaden och inventarierna till restvärde. Någon infordran av konkurrerande anbud hade inte förekommit utan avsikten var att ett större byggföretag på föreningens uppdrag skulle uppföra anläggningen. Mot kommunfullmäktiges beslut anhängiggjordes talan om överprövning enligt lagen om offentlig upphandling och om laglighetsprövning enligt kommunallagen (1991:900). Vid överprövning enligt lagen om offentlig upphandling förordnade Kammarrätten i Göteborg, i beslut som meddelades den 24 juni 1999, att kommunfullmäktiges beslut tills vidare inte fick verkställas. Vid tidpunkten för kammarrättens beslut förelåg inte något för kommunen civilrättsligt bindande avtal i upphandlingen. Kammarrätten beslutade sedermera dom i målet, den 8 oktober 1999, och förordnade att, för det fall kommunfullmäktiges beslut den 29 april 1999 (§ 54/99) vann laga kraft, simhallen skulle upphandlas enligt bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling. Domen vann laga kraft. Trots domstolens förordnanden har kommunen inte verkställt upphandlingen.

Till anmälan fogades kopior bl.a. av kammarrättens beslut om verkställighetsförbud och dom i målet om överprövning enligt lagen om offentlig upphandling.

Utredning

Från Torsby kommun inhämtades bl.a. kopior av de beslut som kommunen hade fattat i ärendet om uppförande av simhallen. Av handlingarna framkom följande. Kommunfullmäktige beslutade den 29 april 1999 (§ 54) att godkänna upprättade förslag till avtal mellan kommunen och Team Torsby under förutsättning att kommunfullmäktiges beslut vann laga kraft, samt att kommunen skulle finansiera

sin del i projektet, 20 miljoner kronor, genom upplåning. Efter kammarrättens beslut den 24 juni 1999 om verkställighetsförbud fattade kommunfullmäktige den 30 september 1999 (§ 121) ett nytt beslut om att kommunens del av projektet skulle finansieras genom upplåning. I fullmäktiges protokoll angavs att fullmäktiges beslut den 24 april 1999 om finansieringen inte kunde verkställas till följd av det av kammarrätten beslutade verkställighetsförbudet, utan att det fattades ett nytt beslut om detta i fullmäktige. Enligt protokollet hade kommunstyrelsen varit beredande organ i ärendet och det hade behandlats i styrelsen vid ett sammanträde samma dag (§ 198). Sedan kammarrätten slutligt prövat målet om överprövning enligt lagen om offentlig upphandling anförde kommunstyrelsens arbetsutskott i beslut den 14 februari 2000 (§ 37) att kommunfullmäktiges beslut den 29 april 1999 hade vunnit laga kraft och att kommunen därmed var civilrättsligt bunden av avtalen med Team Torsby samt att det därför inte var möjligt att då göra en upphandling av simhallen, varför utskottet beslutade att lägga ärendet till handlingarna.

Från Länsrätten i Värmlands län inhämtades kopia av ett beslut av länsrätten den 12 november 1999 att avskriva ett mål om laglighetsprövning enligt kommunallagen av kommunfullmäktiges beslut den 29 april 1999 (§ 54), sedan klaganden hade återkallat sitt överklagande. Länsrätten upplyste att avskrivningsbeslutet inte hade överklagats.

Anmälan remitterades till Kommunstyrelsen i Torsby kommun för upplysningar och yttrande över kommunstyrelsens och arbetsutskottets handläggning av ärendet om uppförande av simhallen, särskilt i frågan rörande på vilket sätt kammarrättens verkställighetsförbud och dom hade beaktats. Kommunstyrelsen beslutade den 2 april 2001 att ställa sig bakom ett av styrelsens ordförande BB och kommunchefen CC upprättat förslag till yttrande, vari anfördes bl.a. följande.

Bakgrund

Frågan om byggandet av ett badhus i Torsby har varit på den kommunala agendan under flera decennier men utrymme har inte kunnat anvisas i den kommunala investeringsbudgeten.

Under våren 1998 kom frågan att diskuteras i föreningen Team Torsby, som är en mycket aktiv näringslivsförening med 13 medlemsföretag, och som verkat i Torsby sedan mitten av 1980-talet för att utveckla tätorten.

Team Torsby hade då nyligen avslutat ett EU-projekt för ca 6 Mkr som innebar att man uppfört ett Informationscentrum i tätorten. Under detta projekt hade nya lösningar som bygger på en unik samverkan mellan näringsliv och det allmänna kommit att prövas.

Kommunen uppvaktades under våren 1998 av Team Torsby som presenterade ett tänkbart upplägg för att uppföra ett badhus i Torsby. Upplägget presenterades som en utmaning från Team Torsby till kommunen där föreningen tog på sig att bygga och äga ett badhus i Torsby. Finansieringen skulle ske på det sättet att Team Torsby samlade in 12 Mkr från allmänhet och näringsliv. Kommunens prestation skulle vara att stå för ett lån på 20 Mkr till föreningen och att stå för drift och underhåll av badhuset.

Team Torsby bjöds in till kommunfullmäktiges sammanträde 1998-04-29 och gjorde en grundlig genomgång och beskrivning av hur projektet skulle läggas upp och genomföras. Upplägget som föredrogs var identiskt med det upplägg som fullmäktige beslutade om ett år senare (1999-04-29, § 59) och som kom att prövas av länsrätt och kammarrätt.

Kommunfullmäktige beslutade 1998-04-29, § 67, att ställa sig positiv till projektet och förband sig att ställa upp med sin del av finansieringen på 20 Mkr under förutsättning att Team Torsby klarade av sin del av finansieringen nämligen att samla in 12 Mkr. Fullmäktiges beslut vann laga kraft i maj 1998.

Efter kommunfullmäktiges beslut 1998 påbörjades ett intensivt arbete från Team Torsbys sida för att klara sin del av finansieringen. — — —

Under senare delen av våren 1999 hade Team Torsby samlat in 12 Mkr och rättsförhållandet mellan Team Torsby och Torsby kommun formaliserades i ett antal avtal som kommunfullmäktige godkände på sitt sammanträde 1999-04-29, § 54.

I omedelbar anslutning till kommunfullmäktiges godkännande träffade Team Torsby ett avtal med Skanska om uppförande av badhusbyggnaden. Detta utformades som ett entreprenadavtal som, vad kommunen känner till, inte var villkorat av att kommunfullmäktiges beslut 1999-04-29 skulle vinna laga kraft.

Byggnationen påbörjades i början av maj 1999 med schaktnings- och grundläggningsarbeten. Projektkostnaden var 32 Mkr (12 Mkr insamlade och 20 Mkr i kommunalt lån) och upparbetades med en linjär förbrukning över byggtiden, 10 månader, dvs drygt 3 Mkr per månad.

Detta innebar att byggarbetena vid tidpunkten för kammarrättens inhibitionsbeslut var i full gång och att ca 6 Mkr redan var nerlagda i projektet.

Kommunens upplåningsbeslut

Avtalen med Team Torsby innebar att innan kommunen betalade ut sitt lån på 20 Mkr skulle de 12 Mkr som Team Torsby samlat in användas.

Av beslutet från 1998 följer vidare att kommunen skall finansiera sin del av projektet med 20 Mkr men det framgår inte av beslutet på vilket sätt detta skall ske.

Eftersom kommunens likviditet vid beslutstillfället 1999 inte medgav en finansiering från eget kapital var vi nödsakade att finansiera beloppet genom upplåning.

Efter samråd med Svenska Kommunförbundet var kommunens uppfattning att kommunen är fri att avgöra på vilket sätt vi skall finansiera våra åtaganden och att på vilket sätt detta sker överhuvudtaget inte kan bli föremål för domstolsprövning och att detta skulle klargöras i den dom som förväntades från kammarrätten i början av oktober 1999.

I vårt fall kom finansieringen olyckligtvis att hanteras i samma beslut som avtalen i övrigt.

Vad vi har gjort för att efterleva domen

Under hela processen från det att kammarrätten meddelat sitt inhibitionsbeslut och till arbetsutskottets konstaterande 2000-02-14 har vi haft omfattande kontakter och konsultationer med upphandlingsexpertisen på Svenska Kommunförbundet.

Vid dessa kontakter har tydliggjorts de stora problem som finns när det gäller att efterleva kammarrättens dom att handla upp badhuset. Frågan har varit hur ett förfrågningsunderlag skulle utformas som innebär att anbudsgivarna skulle räkna på en byggnation som redan var påbörjad och till del färdigställd.

Anbudsgivarna skulle alltså räkna på att och lämna anbud på att överta en befintlig och pågående entreprenad vilket var fallet eftersom en stor del av schaktarbetena, grundläggning med gjutningsarbeten redan var färdigställda när kammarrätten meddelade sitt inhibitionsbeslut.

Efter överläggningar med Svenska Kommunförbundet kunde kommunen konstatera att ett sådant förfrågningsunderlag svårligen kunde upprättas överhuvudtaget och i vart fall inte skulle utnyttja konkurrensen på ett meningsfullt sätt.

Kommunen hade vid sådana förhållanden ingen annan möjlighet än att genomföra upphandlingen på det sätt som skett.

De anbudsgivare som genom kommunens förfarande inte fått möjlighet att delta i upphandlingen har ändå kunnat utnyttja de möjligheter till skadestånd som LOU anvisar.

AA kommenterade remissyttrandet och anförde bl.a. följande. Kommunens påstående att byggarbetena vid tidpunkten för kammarrättens inhibitionsbeslut var i full gång tillbakavisas. Uppgiften att 6 miljoner kronor hade lagts ner i projektet redan i juni 1999 motsägs av en skrivelse den 9 september 1999 från Team Torsby. Av kommunens yttrande synes framgå att kommunen vid tidpunkten för inhibitionsbeslutet spekulerat i att kammarrätten senare skulle ogilla talan om överprövning. Kammarrättens beslut om inhibition synes därför inte ha hörtsammats av kommunen. När kammarrätten senare, i oktober 1999, slutligen förordnade att upphandlingen skulle göras om hade kommunen genom sin tidigare ohörsamhet satt sig i positionen att det förmodligen skulle innebära vissa kapitalförluster att avbryta förfarandet och göra om upphandlingen. Det bör särskilt uppmärksammas att kommunen försatt sig i den brydsamma situationen utan vare sig ett civilrättsligt bindande avtal eller något lagakraftvunnet kommunalt beslut. Oaktat hur det förhåller sig med ”de stora problem som fanns när det gällde att efterleva kammarrättens dom”, som kommunen uttrycker det, har emellertid kommunen varit skyldig att efterleva domstolens förordnanden, såväl avseende beslutet om inhibition i juni 1999 som förordnandet i oktober samma år om att upphandlingen skulle göras om. – Till yttrandet fogades en kopia av den omnämnda skrivelsen från Team Torsby.

Från Torsby kommun inhämtades kopia av kommunstyrelsens protokoll från sammanträdet den 30 september 1999 (§ 198), rörande styrelsens beredning inför kommunfullmäktiges beslut samma dag att på nytt besluta att kommunens del av projektet skulle finansieras genom upplåning. Av protokollet framgår att styrelsen beslutade föreslå kommunfullmäktige att fatta beslut med det innehåll som fullmäktige sedermera beslutade. I styrelsens protokoll angavs, på samma sätt som i protokollet med fullmäktiges beslut, att fullmäktiges beslut om finansieringen inte kunde verkställas till följd av kammarrättens förordnande om verkställighetsförbud, utan att det fattades ett nytt beslut om detta i fullmäktige.

I beslut den 17 december 2001 anförde *JO Berggren* följande.

Ledamöter i kommunfullmäktige står inte under *JO:s* tillsyn (se 2 § tredje stycket punkt 6 lagen, 1986:765, med instruktion för Riksdagens ombudsmän). På grund härav kan kommunfullmäktiges befattning med ärendet om uppförande av simhallen inte föranleda någon åtgärd från min sida. Granskningen har därför inriktats på kommunstyrelsens och arbetsutskottets handläggning.

Regler om överprövning i allmän förvaltningsdomstol av upphandlingsärenden finns i 7 kap. lagen om offentlig upphandling. Kammarrätten i Göteborg har i ett sådant mål prövat Torsby kommuns handläggning av projektet om uppförande av simhallen. I det interimistiska beslutet den 24 juni 1999 förordnade kammarrätten att kommunfullmäktiges beslut den 29 april 1999 (§ 54), vilket bl.a. avsåg att kommunens del av projektet skulle finansieras genom upplåning, tills vidare inte fick verkställas. Vid sitt slutliga avgörande av målet den 8 oktober 1999 förordnade

kammarrätten att, för det fall kommunfullmäktiges beslut den 29 april 1999 (§ 54) vann laga kraft, simhallen skulle upphandlas enligt bestämmelserna i LOU. Kammarrättens dom vann laga kraft.

Kommunstyrelsen har i remissen anmodats att lämna upplysningar och yttra sig om styrelsens och arbetsutskottets handläggning, särskilt i frågan rörande på vilket sätt kammarrättens verkställighetsförbud och dom har beaktats. Jag kan av yttrandet konstatera att kommunstyrelsen inte har lämnat några upplysningar om åtgärder som vidtagits för att efterleva domstolens förordnanden. Innebörden av det som kommunstyrelsen har anfört är i stället i huvudsak att kommunen ansett att det av olika skäl fanns svårigheter att följa förordnandena. Kommunen har lämnat uppgifter om situationen i olika skeden av ärendets handläggning, vilka uppgifter anmälaren i vissa avseenden har bestritt.

Vad som framkommit i ärendet föranleder följande uttalanden.

Kommunstyrelsen har ett övergripande ansvar för den kommunala förvaltningen (se bl.a. 6 kap. 1 och 2 §§ kommunallagen). Till kommunstyrelsens särskilda uppgifter hör att bereda och yttra sig i de ärenden som skall handläggas av kommunfullmäktige samt att verkställa fullmäktiges beslut (se 6 kap. 4 § kommunallagen).

Kommunstyrelsen beslutade den 30 september 1999 föreslå kommunfullmäktige att besluta att kommunens del av projektet skulle finansieras genom upplåning. Kammarrätten hade då genom beslutet den 24 juni 1999 förordnat om verkställighetsförbud beträffande kommunfullmäktiges tidigare beslut om samma sak. Kommunstyrelsens förslag till fullmäktige att fatta ett nytt beslut med likalydande innehåll har helt klart haft till syfte att möjliggöra verkställighet av ett beslut om finansiering genom upplåning trots kammarrättens verkställighetsförbud mot ett sådant beslut.

Det får givetvis inte förekomma att en kommunal nämnd föreslår fullmäktige att fatta beslut som innebär att ett av domstol meddelat verkställighetsförbud skall kringgå. Kommunstyrelsen har i remissyttrandet framfört att man, trots kammarrättens beslut om verkställighetsförbud, ansåg sig fri att avgöra på vilket sätt kommunens åtaganden skulle finansieras och att frågan hur finansieringen skulle ske över huvud taget inte kunde prövas av domstolen. Denna uppfattning har dock självfallet inte gett styrelsen en rätt att agera i strid mot kammarrättens beslut om verkställighetsförbud. Om kommunen inte kunde acceptera kammarrättens beslut har kommunens enda möjlighet varit att överklaga det för att försöka åstadkomma en ändring av beslutet.

Kommunstyrelsen har sålunda genom sitt agerande gjort sig skyldig till ett oriktigt handlande, som enligt min mening är anmärkningsvärt.

Av utredningen drar jag slutsatsen att kommunen också verkställde det nya beslutet om att finansiering skulle ske genom upplåning. Det finns inte anledning att anta annat än att ansvaret för detta faller på kommunstyrelsen. Vid verkställighet av kommunfullmäktiges beslut måste det anses åligga kommunstyrelsen att pröva om

beslutet går att verkställa eller inte. Beslut som är rättsstridiga, såsom i detta fall, skall givetvis inte verkställas. Den felaktighet som kommunstyrelsen gjort sig skyldig till i detta hänseende får betraktas som en följd av dess beslutsförslag till fullmäktige.

I kammarrättens dom förordades att, för det fall kommunfullmäktiges beslut den 29 april 1999 vann laga kraft, simhallen skulle upphandlas enligt bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling. Kommunen överklagade inte kammarrättens dom utan den vann laga kraft, vilket också kommunfullmäktiges beslut gjorde.

Vad gäller kommunens handläggning efter kammarrättens dom framgår av utredningen att någon upphandling enligt bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling aldrig genomfördes. Kommunstyrelsens arbetsutskott anförde i beslut den 14 februari 2000 att det då inte var möjligt att göra en upphandling och lade ärendet till handlingarna. På grund av kammarrättens förordnande i domen har det emellertid ålegat kommunen, i första hand kommunstyrelsen, att genomföra en upphandling enligt bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling. Vad kommunen har anfört i remissyttrandet om praktiska svårigheter att genomföra en sådan upphandling ger inte anledning till något annat ställningstagande från min sida. Jag vill dock påpeka att kommunstyrelsen genom att inte följa kammarrättens beslut om verkställighetsförbud själv får anses ha försvårat situationen. Vidare vill jag nämna att kommunfullmäktiges beslut den 29 april 1999 att godkänna avtalen med Team Torsby var villkorat av att beslutet skulle vinna laga kraft vilket det, enligt vad utredningen visar, inte gjorde förrän efter kammarrättens dom i upphandlingsmålet.

Sammanfattningsvis kan jag sålunda konstatera att kommunstyrelsen har agerat felaktigt i flera avseenden. Att myndigheter på det sätt som påvisats i detta ärende inte respekterar domstolsavgöranden är allvarligt och strider mot grundläggande krav på offentliga organs uppträdande.

Även om det med anledning av det inträffade hade varit påkallat att vidta åtgärder mot de ledamöter av kommunstyrelsen som medverkat till kommunens oriktiga handlande finns det inga möjligheter härtill.

Det är sålunda inte möjligt att ingripa med åtal för tjänstefel eftersom beslutsfattandet i de aktuella frågorna inte är att anse som myndighetsutövning i brottsbalkens mening. De förtroendevalda omfattas inte heller av något lagreglerat eller kollektivavtalsreglerat disciplinansvar.

Mot bakgrund av det sagda stannar jag vid den mycket allvarliga kritik som ligger i det ovan anförda.