

## Kritik mot en kommun för domstolstrots i ett upphandlingsärende; EG-rättsliga aspekter

---

### Anmälan

AA anmälde Kommunstyrelsen i Upplands Väsby kommun och framförde bl.a. följande. Upplands Väsby kommun hade genom flera beslut under år 2004 träffat överenskommelser med innebörden att Väsby Simsällskap mot viss ersättning skulle tillhandahålla driften av Vilundaparkens simhall från årsskiftet 2004/2005 och under fyra år, med möjlighet till förlängning. Mot dessa förfoganden väckte en konkurrerande leverantör talan hos Länsrätten i Stockholms län om överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). Länsrätten beslutade i en dom den 25 februari 2005 att upphandlingen av tjänster avseende drift av verksamheten vid simhallen skulle göras om. Domen överklagades inte och vann därmed laga kraft. Trots detta beslutade Kommunstyrelsen i Upplands Väsby kommun den 11 april 2005 att inte upphandla driften av simhallen. Kommunen satte sig därmed över domstolens avgörande.

I anmälan begärde AA att JO skulle pröva frågan om åtal för tjänstefel enligt 20 kap. 1 § brottsbalken mot de berörda befattningshavarna hos kommunen.

### Utredning

Kommunstyrelsen i Upplands Väsby kommun anmodades att göra en utredning och yttra sig angående det som AA hade framfört.

Kommunstyrelsen anförde i ett den 14 november 2005 beslutat yttrande bl.a. följande.

#### Civilrättsligt bindande avtal

Upplands Väsby kommun och Väsby Simsällskap, som är en ideell förening, har tecknat ett hyresavtal som omfattar badanläggning och kontor. Hyresavtalet gäller fr.o.m. den 1 januari 2005 t.o.m. den 31 december 2007. Uppsägningstiden är nio månader och förlängningstiden ett år i taget. En överenskommelse om avstående av besittningsskydd har träffats mellan parterna och godkänts av hyresnämnden.

Upplands Väsby kommun och Väsby Simsällskap har också tecknat ett tilläggsavtal till hyresavtalet den 11 oktober 2004. Tilläggsavtalet avser driften av simhallen och gäller endast under förutsättning att ett gällande hyresavtal finns mellan parterna.

Hyresavtalet och tilläggsavtalet är bindande civilrättsliga avtal som kommunen inte kan bryta utan att drabbas av uppenbar risk för skadestånd.

Upplysningsvis kan nämnas att kommunstyrelsens beslut den 30 augusti 2004 § 111 att hyra ut sim- och badanläggningen, kultur- och fritidsnämndens beslut den 11 november 2004 § 40 att godkänna tilläggsavtalet och kommunfullmäktiges beslut den 29 november 2004 § 194 att bevilja driftbidrag till Väsby Simsällskap har vunnit laga kraft.

### **Ny simhall**

För åren 2005–2008 finns totalt 90 000 000 kr avsatta i investeringsbudgeten för uppförande av en ny simhall.

En studie har genomförts över hur en genomgripande upprustning och utveckling av Vilundaparken, där simhallen finns, skulle kunna genomföras. I studien förordas som första etapp att en ny simhall uppförs. Den nuvarande simhallen som nu hyrs av Väsby Simsällskap ska då rivras. Hyresavtalet har m.a.o. upprättats för en begränsad period i avvaktan på rivning.

— — —

### **Föreningssamverkan**

Kommunen har en positiv syn på samverkan med föreningslivet i kommunen. Kommunen har inte sett samverkan med Väsby Simsällskap som en affärsuppbyggnad i egentlig mening utan i stället som en samverkan med starkt ideellt engagemang.

Regeringen har i propositionen 1998/99:107 En idrottspolitik för 2000- talet folkhälsa, folk rörelse och underhållning s. 44 uttalat att det är angeläget att lämpliga former skapas för driften av anläggningar genom samverkan mellan kommunerna och de lokala föreningarna. Många föreningar har under senare år fått överta ansvaret för driften av anläggningar. Regeringen ser positivt på denna utveckling och vill understryka att drivkraften bör vara ambitionen att öka brukarinflytandet, inte att minska kostnaderna.

Sveriges kommuner och landsting har uppmärksammat problematiken när kommuner önskar samverka med ideella föreningar och sociala kooperativ. Sveriges kommuner och landsting har därför i olika sammanhang fäst regeringens uppmärksamhet på behovet av att hitta ändamålsenliga lösningar på de frågor som uppstår.

Inom EU pågår arbete med offentligt privata partnerskap. I det arbetet aktualiseras upphandlingsfrågor i förhållande till den sociala ekonomin dit föreningslivet i vid mening kan räknas. Behovet av ändamålsenliga lösningar är uppenbart.

AA kommenterade remissvaret och anförde bl.a. följande. Den omständigheten att kommunen skulle kunna vara civilrättsligt bunden vid sitt avtal med simsällskapet medför inte befrielse från att efterkomma länsrättens förordnande att upphandlingen skall göras om. Påståendet om att kommunen är civilrättsligt bunden av avtal med simsällskapet bestrids också i sak. Vidare bestrids att de aktuella kommunala besluten har vunnit laga kraft. Av 7 kap. 5 § LOU framgår att beslut på vilka den lagen är tillämplig inte får överklagas med stöd av 10 kap. kommunallagen (1991:900). Länsrätten har i sitt avgörande i målet om överprövning funnit att LOU skulle anses vara tillämplig på kommunens beslut om hyresavtal och driftsbidrag till simsällskapet. Kommunens beslut kan därför inte anses ha vunnit laga kraft.

AA gav på eget initiativ in ett rättsutlåtande den 17 april 2006 av professorn i offentlig rätt BB rörande frågan om myndigheters beslut angående offentlig upphandling utgör myndighetsutövning.

JO anmodade härefter Nämnden för offentlig upphandling (NOU) att yttra sig i ärendet. Yttrandet skulle särskilt beröra frågan i vad mån det förhållandet att ett civilrättsligt bindande avtal kan ha uppkommit mellan en upphandlande enhet och en leverantör bör inverka på den upphandlande enhetens skyldigheter att följa domstolens avgörande i ett mål om överprövning enligt LOU.

NOU anförde i yttrandet, den 12 december 2006, bl.a. följande.

#### EG-domstolens praxis

---

##### Alcatel

I *Alcatel-målet* var sakförhållandena sådana att kontraktet i en upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten tilldelades och ingicks samma dag (p. 14). I den nationella lagstiftningen gjordes ingen egentlig åtskillnad mellan en civilrättslig och en offentligrättslig del, utan den avtalsrättsliga relationen uppstod mellan den upphandlande enheten och anbudsgivaren vid den tidpunkt då anbudsgivaren gavs kännedom om beslutet att anbudsgivarens anbud antagits (p. 20). För en utomstående blir det då rent praktiskt så att tilldelningen av kontraktet och ingåendet av detsamma sammanfaller och beslutet att tilldela kontraktet kan då inte angripas (p. 21). EG-domstolen anförde att syftet med det klassiska rättsmedelsdirektivet är att förstärka de redan förekommande medlen för att säkerställa att upphandlingsdirektiven verkligen tillämpas, särskilt på ett stadium där överträdelserna ännu kan rättas till (p. 33). Medlemsstaterna är därför, vad gäller den upphandlande enhetens tilldelningsbeslut innan kontraktet ingås, skyldiga att tillhandahålla ett prövningsförfarande genom vilket klaganden kan utverka undanröjande av tilldelningsbeslutet, om förutsättningarna för detta är uppfyllda (p. 43).

---

##### Bockhorn och Braunschweig

I de förenade målen Bockhorn och Braunschweig hade Europeiska gemenskapernas kommission stämt Tyskland för fördragsbrott eftersom två kommuner hade ingått avtal om utförande av A-tjänster löpande över 30 år utan ett föregående korrekt upphandlingsförfarande. Den tyska regeringen erkände detta under processen. De anförde dock att det i den tyska rätten nästan inte erbjöds någon möjlighet att få överträdelserna att upphöra eftersom slutgiltiga avtal förelåg, som inte kunde sägas upp utan att mycket omfattande skadestånd måste betalas till leverantörerna. Kostnaderna för en sådan uppsägning skulle enligt Tyskland vara oproportionerliga i förhållande till det syfte som kommissionen ville uppnå (p. 11, p. 18).

EG-domstolen ansåg att inskränkningen av den fria rörligheten för tjänster som sker genom ett åsidosättande av bestämmelserna i tjänstedirektivet kvarstår under hela löptiden för de avtal som ingåtts i strid med dessa bestämmelser (p. 36). Denna bedömning påverkades enligt domstolen inte av att medlemsstaterna enligt det klassiska rättsmedelsdirektivet har möjlighet att, sedan ett upphandlingsavtal slutits, begränsa prövningsorganets behörighet till att lämna ersättning till den som lidit skada av överträdelserna (p. 38). Domstolen uttalade därefter (p. 39) att "[ä]ven om det är riktigt att nämnda bestämmelse tillåter medlemsstaterna att upprätthålla giltigheten av de avtal som ingåtts i strid med direktiven om offentlig upphandling och således skyddar motpartens berättigade förväntningar, får den emellertid inte innebära att den upphandlande myndighetens beteende gentemot tredje man skall

anses vara förenligt med gemenskapsrätten sedan sådana avtal ingåtts, vilket skulle ge bestämmelserna i fördraget om upprättandet av den inre marknaden minskad räckvidd.” EG-domstolen fann att Tyskland underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt tjänstedirektivet.

---

Bockhorn och Braunschweig II

Kommissionen har sedermera väckt talan mot Tyskland vid EG-domstolen och yrkar att EG-domstolen skall fastställa att Tyskland åsidosatt sina förpliktelser enligt EG-fördraget genom att inte ha vidtagit tillräckliga åtgärder för att komma tillrätta med de av domstolen i dom i målen Bockhorn och Braunschweig fastställda fördragsbrotten. Kommissionen yrkar vidare att staten Tyskland skall åläggas att erlægga ett dagligt vite på 31 680 euro respektive 126 720 euro fram till dess att de åtgärder har vidtagits som krävs för att verkställa domen i de sammanlagda målen. Kommissionens uppfattning i målet är att parterna, för att Tyskland skall uppfylla sina skyldigheter enligt domarna i målen Bockhorn och Braunschweig och artikel 228 EG-fördraget, måste säga upp de avtal som har slutits i strid med upphandlingsreglerna.

---

#### **NOU:s bedömning**

Om ett civilrättsligt bindande avtal har slutits mellan en upphandlande enhet och en leverantör, finns det enligt svensk lagstiftning ingen uttalad skyldighet att säga upp avtalet även om det i en allmän förvaltningsdomstols avgörande i en överprövning har 1) konstaterats att avtalet har ingåtts utan tillämpning av ett korrekt upphandlingsförfarande enligt LOU och 2) beslutats att upphandlingen därför skall göras om. Verkan av den nationella domstolens beslut på ett redan slutet avtal skall enligt det klassiska rättsmedelsdirektivet art. 2.6 regleras i nationell rätt. I dag är utgångsläget för denna bedömning tillämpning av den civilrättsliga grundregeln att avtalet skall hållas.

Däremot har de upphandlande enheterna en absolut skyldighet att följa gemenskapens upphandlingsregler då en upphandling omfattas av EG- direktiven om offentlig upphandling. Varje medlemsstat är enligt det klassiska rättsmedelsdirektivet artikel 2.7 skyldig att ha bestämmelser som garanterar att den allmänna förvaltningsdomstolens beslut åtlöds. Mot bakgrund av de ovan redovisade resonemangen i EG-domstolen synes det i Sverige finnas brister i nuvarande lagstiftning såvitt avser sanktionsmöjligheter vid otillåtna upphandlingsförfaranden och felaktigt ingångna avtal.

Kommissionens stämning mot Tyskland i *Bockhorn och Braunschweig II* understryker vikten av att för det första upphandlande enheter i varje fall vid direktivstyrd upphandling inte ingår avtal utan att följa LOU:s procedurregler och för det andra att det i medlemslandet finns åtgärder som förhindrar fortgående brott mot upphandlingsdirektiven och ytterst mot EG-fördraget, genom att avtal som ingåtts genom ett otillåtet förfarande fortsätter att löpa och förhindrar tredje mans möjlighet att ta del av sina rättigheter på den inre marknaden. I Sverige saknas i dagsläget sanktionsmedel för att förmå upphandlande enheter att följa de allmänna förvaltningsdomstolarnas domar och det faktum att ett civilrättsligt bindande avtal vid ensidigt avslutande av avtalet från den upphandlande enhetens sida kan vara kostsamt för den upphandlande enheten är ett problematiskt faktum för den upphandlande enheten.

EG-rättsligt har den upphandlande enhetens skyldighet att avsluta upphandlingsrättsligt otillåtna avtal som är civilrättsligt bindande ännu inte slutligt klarlagts. NOU anser dock mot bakgrund av vad som framförts i detta yttrande att upphandlande enheter vid direktivstyrd upphandling snarast på lämpligt sätt bör avsluta avtal som inte ingåtts i enlighet med LOU, i synnerhet om brott mot LOU har konstaterats i lagakraftvunnen dom. Gör upphandlande enheter inte det finns det

risk för att Sverige inte fullt ut anses ha uppfyllt sina skyldigheter i enlighet med EG-direktiven om offentlig upphandling och därmed inte uppfyllt de förpliktelser som följer av Sveriges medlemskap i Europeiska unionen.

För det fall en upphandling inte omfattas av upphandlingsdirektivens tillämpningsföreskrifter måste ändå de grundläggande EG-rättsliga principerna som följer av EG-fördraget beaktas. I Sverige anses 6 kap. LOU till fullo inbegripa de grundläggande EG-rättsliga principerna. Därigenom bör Sverige kunna anses uppfylla sina skyldigheter i förhållande till EG-fördraget vad gäller upphandling som inte är direktivstyrd. Brott mot 6 kap. LOU kan därmed innebära ett åsidosättande av skyldigheter enligt EG-fördraget. Att inte följa procedurreglerna i 6 kap. kan även innebära att enbart en svensk reglering, som inte ger uttryck för en rättighet/skyldighet som härrör från EG-fördragets principer, bryts. Det kan därför ifrågasättas om en brist i Sveriges följsamhet mot skyldigheterna i EG-fördraget skall ligga till grund för ett krav på att de upphandlande enheterna skall följa en domstols dom vid upphandling enligt 6 kap. LOU. Inte desto mindre bör naturligtvis alla upphandlande enheter följa en allmän förvaltningsdomstols dom även vid sådana omständigheter. NOU anser således att en upphandlande enhet snarast på lämpligt sätt bör avsluta avtal som inte har ingåtts i enlighet med LOU, i synnerhet om brott mot LOU har konstaterats i lagakraftvunnen dom, även om den överträdde regeln i LOU inte har EG-rättslig bakgrund.

NOU:s bedömning får anses gälla åtminstone så länge det inte finns några sanktionsmedel i LOU eller på annat sätt som effektivt förhindrar upphandlande enheter att ingå och fullfölja avtal som inte är upphandlade på ett korrekt sätt.

I yttrandet framförde NOU sammanfattningsvis följande uppfattning.

NOU anser att upphandlande enheter snarast på lämpligt sätt bör avsluta avtal som inte ingåtts i enlighet med LOU, i synnerhet om brott mot LOU har konstaterats i lagakraftvunnen dom. Det synes i Sverige finnas brister i nuvarande lagstiftning såvitt avser sanktionsmöjligheter vid otillåtna upphandlingsförfaranden och felaktigt ingångna avtal.

AA kommenterade NOU:s yttrande.

Kommunstyrelsen i Upplands Väsby kommun lämnades tillfälle att kommentera NOU:s yttrande, men avstod.

I ett beslut den 29 juni 2007 anförde *JO Berggren* följande.

### **Bedömning**

Allmänt angående regleringen i LOU

I 1 kap. LOU finns allmänna bestämmelser om lagens tillämpningsområde m.m. De följande kapitlen innehåller särskilda regler om varuupphandling (2 kap.), upphandling av byggtreprenad (3 kap.), upphandling inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationsområdena (4. kap.), upphandling av tjänster (5 kap.), upphandling som understiger de tröskelvärden som anges i 2–5 kap., m.m. (6 kap.) samt överprövning, skadestånd m.m. (7 kap.).

LOU bygger såvitt avser upphandlingar enligt 2–5 kap. på EG-direktiv. I 6 kap. LOU regleras bl.a. upphandlingar som understiger de tröskelvärden som anges i 2–5 kap. samt upphandling av tjänster som avses i avdelning B i bilagan till lagen. Bestämmelserna i 6 kap. LOU är nationella, dock med undantag för 6 kap. 16 § (se Hentze och Sylwén, Offentlig upphandling s. 398). Av sistnämnda paragraf framgår bl.a. att om en upphandling av tjänster som avses i avdelning B i bilagan

till LOU överstiger de tröskelvärden som anges i 4 och 5 kap. skall den upphandlande enheten tillämpa vissa angivna bestämmelser i 1, 4 och 5 kap. i lagen samt i fråga om upphandling enligt 5 kap. lämna meddelande om att upphandlingen avslutats till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer. Beträffande de upphandlingar som grundas på nationella bestämmelser gäller ändå de grundläggande reglerna i EG-fördraget (se bl.a. Hentze och Sylwén s. 395 f. och EG-domstolens dom i målet Vestergaard [mål C-59/00]).

Av 7 kap. 1 § LOU framgår att en leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada på grund av att upphandlingsreglerna inte följts kan påkalla prövning hos länsrätten. Om den upphandlande enheten har brutit mot någon bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada skall rätten enligt 7 kap. 2 § första stycket LOU besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

#### Angående Upplands Väsby kommuns agerande

Kommunstyrelsen i Upplands Väsby kommun beslutade den 30 augusti 2004 att hyra ut Vilundaparkens sim- och badanläggning m.m. till ett simsällskap. Den 11 november 2004 beslutade Kultur- och fritidsnämnden i Upplands Väsby kommun att anta ett tilläggsavtal till hyresavtalet. I tilläggsavtalet reglerades bl.a. förutsättningarna för driften av simhallen. Genom beslut av Kommunfullmäktige i Upplands Väsby kommun den 29 november 2004 medgavs simsällskapet ett årligt driftsbidrag från kommunen.

En leverantör ansökte hos Länsrätten i Stockholms län om överprövning enligt LOU av kommunens upphandling. Länsrätten konstaterade i sin dom i målet den 25 februari 2005 att det varit fråga om en direktupphandling av tjänster på vilken bestämmelserna i 6 kap. LOU var tillämpliga. I domen antecknade domstolen att det totala driftbidraget till simsällskapet för år 2005 uppgick till 2 767 000 kr. Länsrätten fann att omständigheterna i målet inte var sådana att en direktupphandling hade fått användas samt fastslog att kommunen överträtt LOU. Länsrätten beslutade i domen att kommunens upphandling av tjänster avseende drift av verksamheten vid sim- och badanläggningen skulle göras om. Domen vann laga kraft.

Kommunstyrelsen i Upplands Väsby kommun tog vid ett sammanträde den 11 april 2005 upp frågan om upphandling av driften av simhallen och beslutade att upphandling inte skulle ske.

Av kommunstyrelsens remissyttrande framgår att kommunen inte har ändrat sitt ställningstagande att inte göra om upphandlingen med anledning av länsrätts dom. Kommunen har således inte följt domen.

Det är av intresse i sammanhanget att beröra frågan huruvida den aktuella upphandlingen omfattades av EG-direktiv. Upphandlingen avsåg sådana tjänster som anges i avdelning B i bilagan till LOU (kategori 26, tjänster inom kultur-,

fritids- och idrottsverksamhet) och var därmed en upphandling enligt 6 kap. LOU. Av uppgifterna i länsrättens dom i överprövningsmålet kan dras slutsatsen att värdet av upphandlingen översteg det tröskelvärde som anges i 5 kap. LOU och att bestämmelserna i 6 kap. 16 § LOU var tillämpliga på upphandlingen. Upphandlingen omfattades således av EG-direktiv.

Kommunstyrelsen har som skäl för sitt ställningstagande att inte följa länsrättens dom anført i huvudsak att hyresavtalet och tilläggsavtalet med simsällskapet var civilrättsligt bindande avtal som kommunen inte kunde bryta utan att drabbas av en uppenbar risk för skadestånd. Jag gör inte någon prövning av om dessa avtal var civilrättsligt bindande utan behandlar i det följande endast om den invändning som kommunen har framfört var ett godtagbart skäl för att inte följa länsrättens dom.

När det gäller utformningen av den svenska upphandlingslagstiftningen kan konstateras att det utöver föreskrifterna i 7 kap. 2 § LOU om att domstolen kan besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts inte finns några särskilda bestämmelser om vilka konsekvenser en domstols avgörande har för en upphandlande enhet. Det finns inte heller någonstans i den nationella lagstiftningen föreskrifter som reglerar vilka effekter en företagen överprövning enligt LOU kan ha i avtalsrättsligt hänseende. Här kan också nämnas att i svensk nationell rätt saknas genomgående författningsföreskrifter som uttryckligen anger att en överprövande myndighets beslut skall följas av underinstanser som berörs av beslutet. Detta har uppenbarligen ansetts självklart.

Regelverket i LOU bygger på att upphandlingen skall avslutas med ett upphandlingskontrakt. Vid en annan upphandling än direktupphandling får enligt 7 kap. 1 § tredje stycket LOU en ansökan om överprövning inte prövas efter den tidpunkt då ett upphandlingskontrakt föreligger. Den får dock prövas till dess att tio dagar gått från det att den upphandlande enheten lämnat upplysningar som avses i 1 kap. 28 § första stycket, eller rätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet. I motiven till dessa bestämmelser uttalades beträffande frågan om civilrättslig bundenhet av avtal bl.a. följande (prop. 2001/02:142 s. 78).

Till skillnad från kommitténs förslag medför regeringens förslag att parterna kan vara civilrättsligt bundna av ett avtal trots att detta avtal inte är ett upphandlingskontrakt och därför inte avslutar upphandlingen enligt reglerna i LOU. Det innebär att den allmänna förvaltningsdomstolen vid överprövning av upphandlingen skall bortse från ett avtal som kan vara civilrättsligt bindande om avtalet inte utgör ett upphandlingskontrakt. — — —

Om civilrättslig avtalsbundenhet uppstått innan upphandlingen avslutas riskerar en upphandlande enhet 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.

Motivuttalandena visar enligt min mening på distinktionen mellan den förvaltningsrättsliga, offentlighetsrättsliga, regleringen i LOU och den avtalsrättsliga aspekten av ett upphandlingsförfarande. Uttalandena talar för att den omständigheten att ett civilrättsligt avtal kan föreligga inte skall påverka de upphandlande enheternas skyldighet att följa domstolarnas avgöranden i mål om överprövning enligt LOU.

NOU har i sitt yttrande, huvudsakligen mot bakgrund av den EG-rättsliga reglering som aktualiseras vid tillämpning av LOU, diskuterat olika aspekter beträffande frågor som är aktuella i ärendet. NOU har anfört att det enligt svensk lagstiftning inte finns någon uttalad skyldighet att säga upp ett avtal även om en förvaltningsdomstol i ett avgörande i mål om överprövning har konstaterat att avtalet ingåtts utan tillämpning av ett korrekt upphandlingsförfarande enligt LOU och domstolen beslutat att upphandlingen därför skall göras om. Nämnden har i detta hänseende pekat på att enligt art. 2.6 i det s.k. klassiska rättsmedelsdirektivet (89/665/EEG) skall verkan av den nationella domstolens beslut på ett redan slutet avtal regleras i nationell rätt. Enligt NOU är i dag utgångsläget för denna bedömning tillämpning av den civilrättsliga grundregeln att avtalet skall hållas. Nämnden har också anfört att enligt artikel 2.7 i det nyss nämnda direktivet är varje medlemsstat skyldig att ha bestämmelser som garanterar att den allmänna förvaltningsdomstolens beslut åtlöds. Vidare har NOU anfört bl.a. att mot bakgrund av uttalanden i avgöranden av EG-domstolen synes det i Sverige finnas brister i nuvarande lagstiftning såvitt avser sanktionsmöjligheter vid otillåtna upphandlingsförfaranden och felaktigt ingångna avtal.

Direktiv 89/665/EEG innehåller bl.a. följande.

#### Artikel 1.1

Medlemsstaterna skall vidta nödvändiga åtgärder för att garantera, att en upphandlande myndighets beslut prövas effektivt, vad beträffar upphandling inom ramen för direktiv 71/305/EEG och 77/62/EEG. I synnerhet skall prövningar göras skyndsamt enligt reglerna i följande artiklar, där särskilt uppmärksammas artikel 2.7 för de fall upphandlingsbeslut innefattar överträdelse av gemenskapsrätten för offentlig upphandling eller nationella bestämmelser om införande av sådan lag.

#### — — — Artikel 2.1

Medlemsstaterna skall se till att införda bestämmelser om prövning enligt artikel 1 innefattar behörighet att

- a) så tidigt som möjligt vidta interimistiska åtgärder för att rätta påstådda överträdelser eller förhindra ytterligare skada för berörda intressen, inklusive åtgärder för att uppskjuta eller garantera uppskjutandet av upphandlingsförfarandet liksom att förhindra verkställighet av den upphandlande myndighetens beslut,
- b) antingen åsidosätta eller garantera åsidosättande av olagliga beslut, vilket innefattar undanröjandet av diskriminerande tekniska, ekonomiska eller finansiella specifikationer i anbuds- eller kontraktshandlingarna eller i varje annat dokument som har samband med upphandlingen — — —



#### Artikel 2.6

Verkan av att behörighet har utövats enligt punkt 1 på ett redan slutet avtal om upphandling skall regleras i nationell lag.

Medlemsstaterna får dessutom bestämma att, utom i fall där ett beslut måste undanröjas innan ersättning ges ut, prövningsorganets behörighet sedan ett upphandlingsavtal genomförts skall begränsas till att lämna ersättning till den som lidit skada av överträdelsen.

#### Artikel 2.7

Medlemsstaterna skall se till att införa bestämmelser, som garanterar, att granskningsorganens beslut verkligen åtlyds.

EG-domstolen har, som NOU berört i sitt yttrande, i mål angående upphandlingsförfaranden gjort uttalanden rörande frågan om civilrättslig avtalsbundenhet (dom den 10 april 2003 C-20/01 och C-28/01, Kommissionen mot Tyskland REG 2003 s. I-3609). Det är enligt min mening inte klart hur långtgående slutsatser som kan dras av uttalandena i domen när det gäller den situation som är aktuell i detta ärende.

Mot den angivna bakgrunden föranleder kommunens handlande följande uttalanden.

Länsrätten har vid sin prövning av upphandlingsmålet beslutat att kommunens upphandling skulle göras om. Domstolen har uppenbarligen ansett att det inte till följd av de avtal som ingåtts fanns några hinder för att pröva målet i sak och besluta att upphandlingen skulle göras om. Om kommunen av något skäl inte kunde acceptera länsrättens dom skulle kommunen givetvis ha överklagat den för att försöka åstadkomma en ändring av domen. Kommunen överklagade inte domen, som därför vann laga kraft.

Regelverket om offentlig upphandling innehåller krav på upphandlande enheters handläggning vid upphandling. Det måste förutsättas att de upphandlande enheterna har kunskap om dessa regler och de skyldigheter som därigenom åligger dem. Ingåendet av ett avtal mellan en upphandlande enhet och en leverantör kräver en gemensam partsavsikt och således någon form av aktivt agerande från den upphandlande enhetens sida. Om man skulle ha den uppfattningen att ingåendet av ett civilrättsligt bindande avtal medför att den upphandlande enheten inte är skyldig att följa domstolens avgörande skulle man samtidigt acceptera att den upphandlande enheten genom möjligheten att ingå ett sådant avtal tillåts förfoga över skyldigheten att följa domstolsavgörandet. Detta framstår givetvis som helt orimligt.

Kravet i artikel 1.1 i direktiv 89/665/EEG att en upphandlande myndighets beslut skall kunna prövas effektivt måste rimligen innebära att denna prövning skall ges rättslig verkan.

Sammantaget anser jag sålunda att Upplands Väsby kommun varit skyldig att följa länsrättens beslut om att upphandlingen skulle göras om.

AA har begärt att JO skall inleda ett straffrättsligt förfarande mot ledamöterna i kommunstyrelsen och anført att myndighetens underlåtenhet att följa länsrättens avgörande varit att betrakta som tjänstefel enligt 20 kap. 1 § brottsbalken. En förutsättning för att tjänstefel skall anses föreligga är att någon *vid myndighetsutövning* har åsidosatt vad som gäller för uppgiften. AA har anført att beslut i upphandlingsärenden får anses utgöra myndighetsutövning och till stöd för detta åberopat ett rättsutlåtande.

Jag har i ett tidigare ärende, i vilket jag konstaterade att en kommun hade trotsat en förvaltningsdomstols avgörande i ett mål om överprövning enligt LOU, gjort bedömningen att upphandling inte innefattar myndighetsutövning (JO 2002/03 s. 446). Detta får också anses vara en vedertagen uppfattning (se bl.a. prop. 2001/02:142 s. 61 och 65, Hellners och Malmqvist, Förvaltningslagen med kommentarer, 2 u. 2007 s. 25, Hentze och Sylwén s. 478, samt prop. 2006/07:128 del 1 s. 142 f. och 240 och del 2 s. 598). De nu angivna hänvisningarna rör uttalanden som närmast synes avse huruvida upphandling skall anses som myndighetsutövning vid tillämpningen av bestämmelser i förvaltningslagen (1986:223). Detta påverkar dock inte min nyss redovisade uppfattning. Jag har sålunda redan med hänsyn till min inställning om huruvida myndighetsutövning föreligger bedömt att ett straffrättsligt förfarande inte hade kunnat bli aktuellt i ärendet. Eftersom förtroendevalda inte heller omfattas av något lagreglerat eller kollektivavtalsreglerat disciplinansvar kan ett disciplinärt förfarande gentemot ledamöterna i kommunstyrelsen inte heller komma i fråga. Jag får med hänsyn till detta stanna vid den mycket allvarliga kritik som ligger i det förut anförda.

NOU har, som nämnts i det föregående, med hänvisning till artikel 2.7 i rättsmedelsdirektiven och avgöranden i EG-domstolen anført att det i Sverige synes finnas brister i lagstiftningen när det gäller sanktionsmöjligheter vid otillåtna upphandlingsförfaranden. Även om jag anser att frågan huruvida Sverige har brustit i sina skyldigheter att införliva direktiven inte är av betydelse för bedömningen av kommunens agerande i detta ärende kan jag konstatera att mer ingripande sanktioner inte kan bli aktuella i fall som det förevarande. Som nämnts har jag också i ett tidigare ärende funnit att en kommun trotsat ett domstolsavgörande i ett mål enligt LOU. Jag kritiserade kommunen men fann liksom i detta ärende inte förutsättningar att driva saken vidare. Mina erfarenheter talar för att finns ett behov av ytterligare sanktionsmöjligheter på området. Jag översänder därför en kopia av detta beslut till Regeringskansliet, Finansdepartementet.

Ärendet avslutas.