

## Mycket allvarlig kritik mot två kommuner för domstolstrots i upphandlingsärenden

---

### Anmälan

I en anmälan till JO framförde chefsjuristen AA klagomål mot Simrishamns kommun och Tomelilla kommun. Han anförde följande.

Simrishamns kommun och Tomelilla kommun (Kommunerna) avropar för närvarande löpande och utan föregående offentligt upphandlingsförfarande tjänster för omhändertagande av avfall från Sydskaånes Avfallsaktiebolag (SYSAV). – Regeringsrätten har i domar av den 17 mars 2008 i målen 172–175-06 samt 176–179-06 (RÅ 2008 ref. 26) fastställt tidigare utslag av Länsrätten i Skåne län med innebörden att Kommunerna ska göra om de aktuella upphandlingarna av ifrågavarande tjänster som avser avfallshantering med tillämpning av bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling, LOU. – Trots att det numera har gått över ett år (drygt ett år och två månader) sedan Regeringsrättens lagakraftvunna avgöranden har Kommunerna ännu inte ens påbörjat några upphandlingar enligt LOU. [– – –]

### Utredning

Simrishamns kommun och Tomelilla kommun anmodades att yttra sig över anmälan.

Som sitt remissvar ingav respektive kommun ett yttrande av förbundsjuristen vid Sveriges Kommuner och Landsting BB. I yttrandet anförde BB sammanfattningsvis att kommunerna enligt hans bedömning hade rätt att utan upphandling köpa tjänster från SYSAV för omhändertagande av hushållsavfall under förutsättning att kommunerna försäkrade sig om att SYSAV inte genom ”oskälig prissättning, konkurrensnedvridande korssubventionering etc. missbrukar den dominerande ställning som detta ger bolaget”.

BB grundade sin bedömning på ståndpunkten att Regeringsrättens domar i de s.k. SYSAV-målen inte var förenliga med EG-rätten på området. Han utvecklade skälen för sin ståndpunkt på ett utförligt sätt.

AA yttrade sig över remissvaren. Han begärde därvid att JO skulle inleda ett straffrättsligt förfarande mot berörda tjänstemän och ledamöter i kommunerna.

Simrishamns kommun och Tomelilla kommun inkom därefter med ytterligare handlingar (ett remissyttrande av Återvinningsindustrierna och ett rättsutlåtande upprättat av advokaten CC).

AA gav in en skrivelse, i vilken han uppgav att Europeiska kommissionen hade beslutat att i den aktuella frågan inleda ett s.k. överträdelseförfarande mot Sverige. Han bifogade en kopia av kommissionens underrättelse om ärendet till regeringen.

Kommunerna ingav därefter ytterligare handlingar, bl.a. kopior av kommunernas yttranden till Konkurrensverket med anledning av det ovannämnda överträdelseförfarandet (Konkurrensverkets dnr 128/2010).

### **Bedömning**

Av Regeringsrättens domar i de s.k. SYSAV-målen (RÅ 2008 ref. 26) framgår i huvudsak följande.

Mellan ett antal kommuner i Skåne län, däribland Simrishamns kommun och Tomelilla kommun, gäller ett konsortialavtal enligt vilket kommunerna förbundit sig att samverka inom avfallsområdet genom SYSAV. SYSAV ska bl.a. svara för den regionala återvinningen och avfallshanteringen för delägarkommunerna och driva regionala behandlingsanläggningar. Verksamheten ska drivas enligt affärsmässiga principer. Till grund för debiteringen ska ligga en taxa framtagen på närmare angivet sätt. Varje delägarkommun förbinder sig att till bolagets anläggningar avlämna allt avfall som kan tas emot i anläggningarna och som kommunen har ansvar för enligt lagstiftningen.

Under år 2004 begärde olika bolag i en ansökan hos Länsrätten i Skåne län överprövning och interimistiskt beslut av ett förfarande varigenom de i ärendet anmälda kommunerna under året lämnat i uppdrag åt SYSAV att löpande omhänderta respektive kommuns avfall. Bolagen yrkade att kommunernas förfaranden skulle göras om. Länsrätten, som fann att kommunernas förfarande var att bedöma som köp av tjänster genom direktupphandling, förordnade i domar som meddelades den 4 februari 2005 att kommunerna skulle ”göra om upphandlingen av ifrågakvarande tjänster som avser avfallshantering med tillämpning av bestämmelserna i LOU”.

Kommunerna överklagade länsrättens domar hos Kammarrätten i Göteborg. Efter att kammarrätten avslagit överklagandena i domar den 22 december 2005 fullföljde kommunerna sin respektive talan hos Regeringsrätten, som i domar den 17 mars 2008 avslog överklagandena.

Regeringen har i en lagrådsremiss föreslagit att nya bestämmelser införs i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) som innebär att statliga och kommunala myndigheter inte behöver tillämpa LOU när de anskaffar varor eller tjänster m.m. från en juridisk person (exempelvis ett aktiebolag, ett kommunalförbund eller en gemensam nämnd) som de innehar eller är medlemmar i. Bestämmelserna föreslås träda i kraft den 1 juli 2010.

Simrishamns kommun och Tomelilla kommun blev i och med Regeringsrättens domar den 17 mars 2008 skyldiga att följa länsrättens beslut om att upphandlingen av tjänster avseende avfallshantering ska göras om. Kommunerna har emellertid ännu inte genomfört nya upphandlingar utan låter, såvitt framkommit, alltjämt SYSAV svara för avfallshanteringen.

Att myndigheter inte respekterar domstolsavgöranden är allvarligt och strider mot grundläggande krav på offentliga organs uppträdande. Jag är mycket kritisk till det inträffade. Jag finner det anmärkningsvärt att kommunerna inte ens med anledning av JO-anmälan synes ha insett det olämpliga i sitt agerande utan i stället öppet hävdar att Regeringsrätten, landets högsta förvaltningsdomstol, har meddelat felaktiga domar. Det förhållandet att regeringen föreslagit ny lagstiftning på området påverkar inte min bedömning.

En förutsättning för att tjänstefel enligt 20 kap. 1 § brottsbalken ska anses föreligga är att någon vid myndighetsutövning har åsidosatt vad som gäller för uppgiften. Enligt vad som får anses vara en vedertagen uppfattning innefattar emellertid upphandling inte myndighetsutövning (se bl.a. JO 2007/08 s. 521, särskilt s. 529 f.). Ett straffrättsligt förfarande mot berörda tjänstemän och ledamöter i kommunen är därmed inte aktuellt. Jag får med hänsyn till detta stanna vid den mycket allvarliga kritik som ligger i det anförda.