

## KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO 04-032

PM 2 2004-09-15 SLUTLIG BEDÖMNING

### **Fråga om snedvridning av konkurrensen genom bristande affärsmässighet vid offentlig upphandling (otillåten direktupphandling).**

*Upplands Väsby kommun har beslutat teckna avtal med en lokal förening om köp av tjänster för driften av kommunens simhall, utan att någon föregående infordran av konkurrerande anbud har genomförts.*

Kommunstyrelsen i Upplands Väsby har genom beslut den 30 augusti 2004 antagit ett mellan kommunen och en lokal förening (nedan angiven som Simsällskapet) upprättat förslag till avtal avseende Vilundaparkens simhall under perioden den 1 januari 2005 till och med den 31 december 2008, således med giltighet fyra år framåt i tiden samt automatisk, s.k. tyst förlängning, med ett år i taget efter utebliven uppsägning sex månader i förväg (dnr. 2004.099 293).

Av förslaget till avtal, angivet som ”UTKAST!”, framgår bl.a. följande förutsättningar: Simsällskapet skall från kommunen hyra de lokaler inom Vilundaparken som är avsedda för bad- och simverksamhet och därmed sammanhängande verksamhet samt receptions- och personalutrymmen i anslutning till dessa, enligt särskilt upprättat hyreskontrakt med bilagor.

Simsällskapet skall under hyresförhållandet förbinda sig ansvara för (1) att inriktningen av verksamheten i lokalerna bygger på kommuninvånarnas behov och önskemål, (2) att verksamheten utvecklas inom ramen för det driftbidrag kommunen erlägger, (3) att personalens utbildning och kompetens svarar mot gällande bestämmelser och behov, (4) att skolans och barnomsorgens behov av tid i anläggningen tillgodoses i den omfattning som följer av gällande läroplaner och skolans och barnomsorgens mål och riktlinjer, (5) att den del av allmänheten som inte deltar i planlagda grupp- eller föreningsaktiviteter erbjuds tillträde till anläggningen i samma utsträckning som tidigare, (6) att gymnasieskolans behov av anläggningen för undervisning och praktikplatser tillgodoses, samt (7) att olika föreningar tillförsäkras tillgång till anläggningen.

Taxor och avgifter skall enligt hyresavtalet regleras i särskild överenskommelse med Kommunen som även skall beredas tillträde till anläggningen för bl.a. kontroll, uppföljning och utvärdering av att avtalet följs. Kommunen skall vidare försäkras erforderlig statistik över verksamheten samt medges rätt att granska Simsällskapets ekonomiska redovisning avseende den verksamhet som omfattas av avtalet.

Vilken hyra som skall betalas av Simsällskapet framgår inte av förslaget till avtal, däremot anges att kommunen till Simsällskapet skall betala ett årligt driftsbidrag på ”såochsåmånga hundratusentals kronor”<sup>14</sup> vilket skall räknas upp med KPI och erläggas månadsvis i förskott. Det av kommunen lämnade driftsbidraget skall uteslutande få användas av Simsällskapet för verksamhet som omfattas av avtalet.

Närmare bestämmelser avseende hyresförhållandet skall särskilt regleras genom ett separat mellan parterna upprättat ”hyresavtal”. Därtill skall kommunstyrelsekontoret i samverkan med kultur- och fritidsförvaltningen utforma ett tillägg till hyreskontraktet som reglerar verksamheten i anläggningen enligt beskrivningen i avtalet.

Av kommunstyrelsekontorets motiverade förslag till beslut framgår bl.a. följande:

”Det finns, sedan flera år, ett uttalat intresse från Simsällskapet om en längre gående samverkan med kommunen när det gäller Vilundaparkens bad- och simverksamhet. Olika entreprenadlösningar och alternativa driftformer har diskuterats och prövats när det gäller idrottsanläggningar runt om i landets kommuner. Det har visat sig att valet av organisationsform för verksamheten - allt ifrån egen regi genom

kommunal förvaltning eller aktiebolag, samarbetsavtal med förening (motsvarande), gemensamt aktiebolag med ansvar för driften, upphandlad fristående driftentreprenör - inte har en avgörande betydelse för om verksamheten är framgångsrik eller ej. Bedömningarna om mest lämplig driftform varierar kraftigt från anläggning till anläggning och mellan kommunerna och deras samverkan med föreningslivet. Stor inverkan på val av driftorganisation har det syfte som ligger bakom kommunens beslut till alternativ drift. Är det främsta syftet effektivisering eller rationalisering är troligen en upphandling i konkurrens att föredra. Om syftet, emellertid, är att utveckla verksamheten och bygga på deltagande och engagemang från en förening eller från kommuninvånarna är troligen ett ömsesidigt samarbetsavtal att föredra.

Avsikten med den form av föreningsdrift som föreslås är att öka aktiviteten i verksamheten, öka beläggningen (lokalutnyttjande, i anläggningen, m.m). Driftkostnaderna kommer i princip vara desamma som nu, eller högre vid en högre beläggning. Kommunfullmäktige skall även i framtiden fastställa taxor och avgifter. Nämnden skall säkerställa att allmänheten, övrigt föreningsliv och inte minst skolan får tillgång till anläggningen på samma sätt som nu. Intäkterna från verksamheten och från sidoordnad verksamhet – servering, kiosk, m.m.) tillfaller föreningen och ingår i de återkommande förhandlingarna om kostnaderna för driften och storleken på kommunens driftbidrag. Kommunen och VSS föreslår en avtalsmodell likartad den som tillämpas i t.ex. Helsingborgs stad. Den innebär att kommunen fortsatt äger anläggningen/lokalerna och hyr ut den till föreningen. Kommunen är sålunda fastighetsägare och har ansvaret som hyresvärd. En tydlig lista har upprättats som anger var gränsen går mellan hyresgästens ansvar och hyresvärdens ansvar. Hyresgästen svarar för all verksamhet i anläggningen under dygnets alla timmar.

Det hyreskontrakt som upprättas mellan fastighetsägaren och föreningen är sålunda basen för samverkan. Utan hyreskontrakt ingen samverkan. Verksamheten regleras sålunda som ett tillägg till hyreskontraktet. Regleringen av verksamheten utgår från ett ömsesidigt förtroende. Föreningens verksamhetsplan och vision skall ha en tydlig koppling till kommunens verksamhetsplan och vision. Parterna har valt bort möjligheten att i avtalet reglera detaljer och rutiner i verksamheten. Avtalet skall säkerställa att driftbidraget enbart används för avsett ändamål och även säkerställa kommunens krav på insyn och kontroll av verksamheten samt uppfylla kommunens önskemål om löpande redovisning och statistik.”

Enligt tillgängliga uppgifter uppgick kostnaderna för driften av simhallen under 2003 till mellan 3 och 3,4 miljoner kronor. Intäkterna under samma period uppgick till c:a 650.000 kronor.<sup>[2]</sup> Därtill kommer kostnaden för driften av reception och tillsynstjänsten med c:a 1,070 miljoner vilket skall jämföras med intäkterna från denna verksamhet som uppgår till c:a 620.000 kronor.<sup>[3]</sup> Det samlade underskottet av verksamheten, som således behöver täckas genom antingen det beslutade driftsbidraget eller genom att Simsällskapet medges subventionerad hyra, belöper sig således till mellan 2,8 och 3,2 miljoner kronor per år.

#### Gällande rätt

All offentlig upphandling regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU. Med upphandling avses enligt lagens 1 kap. 5 § bl.a. leasing, hyra eller hyrköp av varor. Av samma kapitel 2 § framgår vidare att dess bestämmelser omfattar upphandlingar som görs av bl.a. kommuner. De som är skyldiga att upphandla enligt lagens bestämmelser benämns upphandlande enheter.

Lagens bestämmelser omfattar alla överenskommelser mellan upphandlande enheter och från enheterna fristående personer, där överenskommelsen innefattar utbyte av prestationer mot ersättning.<sup>[4]</sup>

Något undantag från lagens tillämpning eller för överenskommelser med ideella föreningar eller andra icke vinstdrivande rättssubjekt föreligger för närvarande inte. Den av regeringen sammankallade Upphandlingskommittén anförde i sitt slutbetänkande vissa resonemang avseende offentlig bidragsgivning, där det bl.a. framgår vissa principiella riktlinjer för när bidragsgivning kan vara möjlig istället för upphandling: Bland annat får kommunen eller landstinget inte ha tagit initiativ till verksamheten utan denna skall bedrivas huvudsakligen i syfte att tillgodose, anordnarens eget behov av den verksamhet som bedrivs. Anordnaren skall vidare inte vara primärt underordnad kommunens eller landstingets styrning och beslutsrätt men kan stå under offentligrättsligt reglerad tillsyn, den private anordnaren och kommunens eller landstingets inbördes relation är inte reglerad genom ett avtal, utan styrs i regel av en offentligrättslig reglering, den private anordnaren förutsätts inte genomföra sitt uppdrag mot ersättning för avtalad prestation utan erhåller istället ett bidrag till egenfinansiering, som kan vara förknippat med vissa villkor.<sup>[5]</sup>

Frågan huruvida kommunala ”hyresavtal” med ömsesidiga och blandade prestationer skall utgöra upphandling i upphandlingslagens mening har i tidigare bedömts i praxis i flera avgöranden avseende avtal som ett privat gymföretag har tecknat avseende driften av gym

och solarier i kommunala simhallar. Domstolarna har därvid konstaterat att det ”hyresavtal” varom fråga var i målen innefattade, förutom hyresförhållande, även köp av varor och tjänster. Härigenom utgjorde de aktuella affärssuppgörelserna med gymföretaget inte renodlade hyresavtal, vilket är undantaget från lagens reglering<sup>[6]</sup>, utan upphandlingar på vilken lagens om offentlig upphandling bestämmelser bedömdes äga tillämpning.<sup>[7]</sup> I sammanhanget förtjänar framhållas även ett från principiell utgångspunkt intressant avgörande från Kammarrätten i Stockholm:

Kulturnämnden i Uppsala kommun hade beslutat att till ett företag överföra den teaterverksamhet som vid den s.k. Skandiascenen tidigare hade bedrivits kommunal regi. Kulturnämndens beslut innefattade bl.a. direktiv till kulturkontoret att återkomma med förslag till slutlig överenskommelse med de berörda privatpersonerna med innebörd att kommunen upplät befintliga lokaler samt erlade ett årligt ”kulturbidrag” till täckande av kostnaderna för driften av teaterverksamheten. Av det sedermera framtagna förslaget till avtal framgick att bidrag skulle utgå med c.a. 1,060 miljoner kronor samt att kommunen därjämte skulle ställa erforderliga lokaler kostnadsfritt till förfogande. Kommunen skulle vidare tillförsäkras visst inflytande över verksamheten, bland annat skulle denna vända sig till allmänheten, varvid barn och ungdom angavs som en särskilt prioriterad publik.

Länsrätten i Uppsala, vars avgörande sedermera fastställdes av Kammarrätten i Stockholm, förordnade att upphandlingen skulle göras om. Till stöd härför anfördes bl.a. följande: Av förslaget till avtal framgår att företaget Skandia Teater skall bedriva teaterverksamhet som tidigare bedrivits i kommunens egen regi. Kommunen skall ersätta företaget med vad som i avtalet benämns som bidrag. 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 köp av tjänster. Avtalet innefattar därmed en upphandling av tjänster på vilken LOU är tillämplig. Rätten finner emellertid inte att omständigheterna i målet är sådana att direktupphandling får användas.<sup>[8]</sup>

Upphandling av tjänster inom kultur, fritids- och idrottsverksamhet omfattas av bilaga B till LOU (kategori 26) och skall oavsett kontraktsvärdet handläggas enligt bestämmelserna i 6 kap. LOU<sup>[9]</sup>.

Enligt 1 kap. 4 § LOU gäller som huvudregel att all upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn. I förarbetena till LOU motiveras huvudregeln om affärsmässighet bl.a. av hänsyn till principen om icke diskriminering<sup>[10]</sup> (jfr. art. 6 i EG / Romfördraget). Regeln är bl.a. utformad i syfte att försvåra möjligheterna att gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt. Lagens bestämmelser medför därmed att skattebetalarna skyddas mot onödigt höga kostnader.

Förekommande upphandlingar skall enligt 6 kap. 2 § LOU kungöras genom annons som leder till en effektiv konkurrens.<sup>[11]</sup>

Enligt 6 kap. 12 § LOU skall den upphandlande enheten vidare anta det anbud som i beaktande av vissa i förväg angivna omständigheter är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller som har lägst pris.

Undantag från skyldigheten att infordra konkurrerande anbud genom annons eller skrivelser föreligger enligt 6 kap. 2 och 2b §§ LOU enbart om varorna som skall upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan produceras av endast en viss leverantör, om det på grund av synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller kan hänföras till den upphandlande enheten är nödvändigt att genomföra upphandlingen utan onödigt dröjsmål eller om det som skall upphandlas är av så *lågt värde* att kostnaden för ett mer formbundet förfarande inte står i rimlig proportion till detta låga värde<sup>[12]</sup>.

Enligt EG-Romfördraget gäller vidare en allmän princip om likabehandling. Fördraget har genom 2 § lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen, giltighet som svensk lag. 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*"<sup>[13]</sup>. Den allmänna likabehandlingsprincipen 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.

#### Yttrande

Upplands Väsby kommun har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anført följande: Enligt kommunstyrelsekontorets bedömning ger promemorian i allt väsentligt en relevant bild av sakförhållandena utom i följande avseenden: (1) Kommunstyrelsen (som är fastighetsägare och hyresvärd för samtliga kommunens lokaler) hyr ut sim och badanläggningen mm till Väsby Simsällskap - det avtal som beslutats av kommunstyrelsen utgör således ett hyreskontrakt. (2) Till hyreskontraktet skall upprättas ett tillägg som reglerar hur hyresgästen (Simsällskapet) skall förhålla sig i de förhyrda lokalerna. Kommunen har vissa krav som därvid skall uppfyllas. Utöver dessa krav - och vad som generellt gäller inom kommunen - står det Simsällskapet fritt att disponera lokalerna. Detta tillägg till avtalet skall föreläggas kultur- och fritidsnämnden för beslut. (3) Uppgifterna om kostnader och intäkter i promemorian överensstämmer inte fullständigt med kommunens siffror. Detta påverkar i och för sig inte det principiella resonemanget i promemorian.

#### Bedömning

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

I det aktuella ärendet har Upplands Väsby kommun beslutat ingå avtal med en förening (Simsällskapet) om att denna skall ta över driften av den kommunala simhallen m.m.

Avtalet mellan kommunen och Simsällskapet anges som "hyresavtal", men avser i själva verket tillhandahållandet av tjänsten att driva den aktuella simhallsverksamheten, vilken huvudsakligen sker i kommunens intresse av att tillhandahålla medborgarna service. Nettobehållningen av parternas prestationer enligt avtalet måste, med ledning av hur intäkterna har fördelat sig tidigare år (när förekommande eventuell hyra dragits mot avtalat driftsbidrag) vidare innebära ett nettotillskott från kommunen till Simsällskapet i icke obetydlig omfattning.

Simhallsverksamheten utgör en kommunal angelägenhet som riktar sig till samtliga innevånare i kommunen och som kommunen ursprungligen tagit initiativ till och tidigare drivit i egen regi. Som villkor för övertagandet uppställs detaljerade riktlinjer om simhallens inriktning och tillgänglighet för allmänheten. Bland annat skall Simsällskapet vara underordnad kommunens styrning och beslutsrätt på så sätt att förekommande taxor och avgifter skall fastställas efter särskild överenskommelse med Kommunen, som även skall

beredas rätt att granska Simsällskapets ekonomiska redovisning samt tillträde till anläggningen för bl.a. kontroll, uppföljning och utvärdering.

Förekommande ersättning skall vidare utgå med ett i förväg fastställt belopp för avtalad prestation som Simsällskapet inte får utnyttja för egenfinansiering av sin verksamhet i övrigt.

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. Tildelning skall dock alltid ske till den anbudsgivare som lämnat det i enlighet med upphandlingsförutsättningarna 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 förutsättningar 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 förutsättningarna för konkurrensen därmed riskerat att snedvridas.

<sup>[1]</sup> Kommunstyrelsen ger i beslutet kommunstyrelsekontoret i uppdrag att återkomma senast under oktober 2004 med förslag till driftbidrag för budgetåret 2005.

<sup>[2]</sup> Simhallens driftkostnader uppgick under 2003 till följande belopp: personalkostnader 750 tkr, förbrukningsmaterial: 150 tkr, samt lokallhyra: c:a 2 - 2,5 Mkr (Vilundaparkens totala hyra inkl. kostnader för el, värme och VA uppgick 2003 till 7,562 Mkr, vilket uppskattningsvis skall fördelas enligt följande: ishallen: 2,5 Mkr samt sport och simhallen med reception och administration: 2,5 Mkr). Intäkterna under motsvarande period bestod av: inkomst av badentré: 550 Tkr samt externa lokallhyresintäkter på 100 Tkr. Underskottet av verksamheten uppgår således till mellan 2,35 och 2,75 Mkr.

<sup>[3]</sup> De redovisade särkostnaderna för driften av receptions- och tillsynstjänsten uppgick under 2003 till följande belopp: personalkostnader 720 tkr, inköp för serveringen: 225 tkr, samt inköpt material: c:a 125 tkr. Särintäkterna under motsvarande period bestod av: inkomst från servering: 400 Tkr, inkomst från solarier: 170 Tkr samt övriga intäkter på 50 Tkr. Underskottet av verksamheten uppgår således till 450 Tkr.

<sup>[4]</sup> Principen om att upphandlingslagens bestämmelser omfattar alla överenskommelser mellan s.k. upphandlande enheter och från enheten fristående personer framgår bl.a. av Länsrätten i Stockholms län, dom i mål 21659-02 / 21819-02, meddelad den 12 december 2002 samt fastställd av Kammarrätten i Stockholm i mål nr. 76-03 / 77-0, meddelad den 10 februari 2003. Se även Länsrätten i Skåne län, dom i mål nr. 5363-02 meddelad den 22 augusti 2002 samt fastställd av Kammarrätten i Göteborg i dom imål nr. 4851-2002, meddelad den 7 april 2003.

<sup>[5]</sup> Se slutbetänkandet "Mera värde för pengarna" (SOU 2001:31) sid 209 f.

<sup>[6]</sup> Se 5 kap. 1 § andra stycket punkten 1 LOU.

<sup>[7]</sup> Se Länsrätten i Skåne län, dom i mål nr. 214-98, meddelad i Lund den 26 februari 1998; se även Länsrätten i Västmanlands län, dom i mål nr. 2044-03, meddelad den 17 mars 2003.

<sup>[8]</sup> Länsrätten i Uppsala län, dom i mål nr. 2446-03, meddelad den 27 januari 2004 samt Kammarrätten i Stockholm, dom i mål 862-04, meddelad den 3 maj 2004.

<sup>[9]</sup> Vilken även inbegriper 1 kap. 1-6 §§ och 12 § andra stycket samt 27 och 28 §§ LOU.

<sup>[10]</sup> Prop 1992/93:88, sid. 59-60.

<sup>[11]</sup> Antingen genom annons i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT), genom annons i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig, eller genom annons i annan form som leder till effektiv konkurrens.

<sup>[12]</sup> För tolkningen av vad som i 6 kap. 2 § LOU avses med *synnerlig brådska* hänvisar bestämmelsens förarbeten till tidigare bestämmelser enligt Riksrevisionsverkets föreskrifter till 4 § upphandlingsförordningen (1986:366) samt anvisningarna till 7 § normalreglementet för kommunal upphandling. Enligt dessa bestämmelser anses *synnerlig brådska* föreligga endast vid eldsvåda, översvämning eller annan sådan katastrof samt där annat skäl föreligger för att myndighet skall undvika avsevärd ekonomisk eller annan skada. För en normal upphandlande enhet har Nämnden för offentlig upphandling (NOU) vid upphandling av varor angivit ett basbelopp enligt 1 kap 6 § lagen (1962:381) om allmän försäkring eller *c:a 38.000 kronor* som riktmärke för ett sådant *lågt värde* under vilket ett mer formaliserat upphandlingsförfarande inte behöver genomföras utan direktupphandling istället kan tillämpas.

<sup>[13]</sup> Se prop. 1994/95:19 Del 1 sid 478.

---