

PM 2 2005-10-19 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom (I) kommunal verksamhet på den allmänna marknaden utanför den kommunala kompetensen (förbudet mot interkommunala entreprenadlösningar) samt genom individuellt inriktat kommunalt stöd till enskild näringsidkare i form av dels (II) kommunal borgen, dels (III) otillåten direktupphandling.

Bodens kommun har tecknat avtal med Norrbottens läns landsting avseende leverans av tvätteri-tjänster. Kommunen har även beviljat en viss leverantör kommunal borgen samt från denna leverantör direktupphandlat aktuella tvätteri-tjänster i underentreprenad.

Kommunfullmäktige Boden beslutade vid sammanträde den 26 november 2004 (KF § 210/04) att godkänna bildandet av ett bolag med firma Tvätten i Boden AB i avsikt att detta bolag skulle teckna avtal med Norrbottens läns landsting om tillhandahållande av tjänster för textil-service.

Landstinget hade tidigare upphandlat aktuella tvätteri-tjänster i ett offentligt upphandlingsförfarande och genom beslut den 13 oktober 2004 (LS § 155/04) tilldelat uppdraget till det finska tvätteriföretaget Oulun Keskuspesula OY. Mot detta tilldelningsbeslut klagade ett konsortium av två företag^[1], vilka hade deltagit i upphandlingen under den gemensam firman "Tvätteriet AB under bildande"^[2] men fått sitt anbud förkastat såsom orent. Överklagandet avslogs emellertid genom lagakraftvunnet avgörande av Länsrätten i Norrbottens län.^[3]

Tvätten i Boden AB^[4] (nedan Tvätteribolaget) registrerades i november 2004 med ett aktiekapital på 100.000 kronor. Samtliga aktier innehades av Bodens kommun.

Den 30 november 2004 (LS § 225/04) beslutade Norrbottens läns landsting att avbryta upphandlingen av textilservice, trots att tilldelning redan hade skett. Som motivering anfördes att "Under upphandlingsförfarandets slutskede har samtal förts mellan Bodens kommun och landstinget. Detta har resulterat i att kommunen förklarar sig beredd att ingå överenskommelse med landstinget om textilservice". Beslutet från den 13 oktober 2004 att tilldela uppdraget till det finska tvätteriföretaget Oulun Keskuspesula OY upphävdes samtidigt.

Därförinnan, den 23 november 2004, hade företrädare för Bodens kommun respektive Norrbottens läns landsting undertecknat ett som "överenskommelse" rubricerat avtal av vilket framgår att Bodens kommun skulle ikläda sig samtliga förpliktelser gentemot landstinget i enlighet med tidigare tilldelningsbeslut och avtal med Oulun Keskuspesula OY.^[5] Denna "överenskommelse" kom genom ett kontrakt den 6 december 2004 samt ett tilläggskontrakt den 7 och 9 februari 2005 att ersättas av ett mer omfattande avtal av vilket framgår att Bodens kommun under perioden den 1 mars 2005 till och med den 28 februari 2010, med möjlighet till förlängning i två år (5 + 2), skall tillhandahålla Norrbottens läns landsting med "textilservice samt distribution till landstingets samtliga verksamheter i länet". Av avtalet framgår även att villkoren är desamma som tidigare överenskommit med Oulun Keskuspesula OY samt att Bodens kommun kan komma att sätta annan (underleverantör) i sitt ställe. Överlåtelse (substitution) av avtalet kan däremot inte ske.

Strax efteråt tecknande kommunen ett (odaterat) avtal med Tvätteribolaget^[6] om att bolaget skall tillhandahålla Norrbottens läns landsting aktuella tvätteri-tjänster som kommunens underleverantör. Tvätteribolaget innehade vid denna tidpunkt inte någon erforderlig tvätterianläggning eller annan utrustning för att uppfylla det aktuella tvätteriåtagandet. I samband med underentreprenadavtalet överlät Bodens kommun mot en köpeskilling av

100.000 kronor^[2] samtliga aktier i Tvätteribolaget till de privata företagen CWO Affärsutveckling AB och Lagerkvist & Söner AB, vilket var samma konsortium som tidigare deltagit i landstingets sedermera avbrutna upphandling, och där fått sitt anbud förkastat såsom orent.^[8]

Vid sammanträde den 21 februari 2005 (KF § 25/05) beslutade kommunfullmäktige i Boden att tillstyrka kommunal borgen för ett lån på maximalt 25 Mkr till Tvätteribolaget, vilket vid tidpunkten hade bytt namn (firma) från Tvätten i Boden AB till Textilservice i Boden AB.^[9] Det uppgivna syftet med borgensåtagandet var att möjliggöra för bolaget att förvärva en på orten befintlig tvätterianläggning.^[10]

Gällande rätt

Kommunernas befogenheter i här aktuella avseenden regleras enligt nationell rätt genom kommunallagen (1991:900) - KL samt genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling - LOU. I gemenskapsrättsligt hänseende gäller även de förbud och principer som kommer till uttryck genom EG-Romfördraget (nedan EG-fördraget).

Kommunal och landstingskommunal verksamhet har länge omgärdats av ett antal rättsliga grundprinciper. De flesta har vuxit fram genom rättspraxis. En del av dessa har under årens lopp kommit att lagfästas och då framför allt i kommunallagen. Principerna har vuxit fram i syfte att begränsa den kommunalrättsliga kompetensen. Tanken bakom de kommunalrättsliga principerna är, förutom att begränsa den rättsliga kompetensen, att kommuner och landsting skall dimensionera sina resurser så att de kan producera den mängd tjänster som de egna innevånarna (kommunmedlemmarna) har behov av. Kommunal eller landstingskommunal verksamhet får således inte dimensioneras i syfte att skapa utrymme för att kunna sälja tjänster till andra. Kommunerna får inte heller utan synnerliga skäl lämna ekonomiskt eller annat stöd åt enskilda företag. Såsom synnerligt skäl för enskilt inriktat ekonomiskt stöd anses som regel inte arbetsmarknadspolitiska behov.

Samtliga kommunala myndigheter samt beslutande kommunala församlingar utgör sådana ”upphandlande enheter” som vid köp av varor, tjänster eller byggtreprenader från fristående juridiska personer är tvungna att följa bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling.^[11]

(I) Enligt 2 kap. 1 § kommunallagen (KL) skall kommuner och landsting ta hand om sådana angelägenheter av allmänt intresse som har anknytning till kommunens eller landstingets område eller dess medlemmar och som inte skall handhas enbart av staten, en annan kommun, ett annat landsting eller annan. Bestämmelsen ger bl.a. uttryck, dels för den s.k. *näringsprincipen*, att kommuner och landsting inte skall ägna sig åt verksamheter som skall bedrivas av andra.^[12] Dels för den s.k. *lokaliseringsprincipen* enligt vilken en kommun eller ett landsting inte får engagera sig i verksamheter som riktar sig till andra än de egna kommun- eller landstingsmedlemmarna.^[13]

Lokaliseringsprincipen uppställer därigenom vissa hinder mot att kommuner och landsting säljer tjänster till varandra. En kommun eller ett landsting kan som huvudregel således inte ägna sig åt interkommunal entreprenadverksamhet i syfte att bibehålla viss sysselsättning eller för att expandera verksamheten utöver det egna behovet

Någon generellt giltig måttstock för vad som kan vara att betrakta som tillåten kommunal entreprenadverksamhet finns emellertid inte och stor restriktivitet skall som regel iakttas vid överträdelser av det s.k. näringsförbudet.

Några motsvarande undantag från lokaliseringsprincipen finns inte. För att kommuner skall få vara verksamma utanför det egna området och sälja tjänster till bl.a. landsting fordras uttryckligt lagstöd.^[14] Så kallade interkommunala entreprenadlösningar, där kommuner och landsting köper och säljer exempelvis tjänster till varandra genom civilrättsliga avtal, fordrar således stöd av lag. Av prop. 1996/97:105 framgår under rubriken ”Rättsliga gränser för samverkan” bl.a. följande:

”Kommunal verksamhet har länge omgärdats av ett antal rättsliga principer. De flesta har vuxit fram i rättspraxis. En del av dessa har under årens lopp kommit att lagfästas och då framför allt i kommunallagen (1991:900). En av dessa principer är lokaliseringsprincipen som i dag finns intagen i 2 kap. 1 § kommunallagen. Principen ställer upp vissa hinder både mot att kommuner och landsting säljer tjänster till varandra och mot att de samverkar och erbjuder varandra sin kompetens i fråga om myndighetsutövning. Lokaliseringsprincipen innebär att den verksamhet som en kommun eller ett landsting bedriver skall ha en anknytning till det egna geografiska området eller till de egna medlemmarna. I praktiken innebär lokaliseringsprincipen formella begränsningar för kommunernas maktbefogenheter, beslutanderätt och inflytande” (KKO:s understrykning).^[15]

I några fall, bl.a inom socialtjänsten^[16], har lagstiftningsvägen medgivits undantag från förbudet mot interkommunala entreprenadlösningar I andra fall har lokaliseringsprincipen kommit att utvidgas genom rättspraxis.^[17] Något motsvarande undantag avseende tvättertjänster föreligger emellertid inte, vare sig i lag eller i praxis.

Lokaliseringsprincipens förbud mot interkommunala entreprenader har även utretts inom ramarna för den statliga ”Samverkansutredningen”. Av utredningens slutbetänkande, ”Samverkan – Om gemensamma nämnder på vård- och omsorgsområdet, m.m.” (SOU 2000:114), framgår att den grundläggande kompetensbestämmelsen i 2 kap. 1 § KL innefattar hinder för kommuner och landsting att utföra uppgifter eller sälja tjänster utanför sitt geografiska område.^[18]

För det fall två eller flera kommuner eller landstingskommuner önskar samverka kring vissa angelägenheter av gemensamt intresse har lagstiftaren istället möjliggjort inrättandet av s.k. kommunalförbund^[19], eller gemensamma nämnder^[20] inom vars ramar en viss utvidgning av den kommunala kompetensen torde kunna ske. Någon annan form för kommunal samverkan har, med undantag av vad som tidigare redovisats, emellertid inte anvisats av lagstiftaren.

II) Enligt 2 kap. 8 § första stycket kommunallagen (KL) får kommuner genomföra åtgärder för att allmänt främja näringslivet inom sitt område. Individuellt inriktat stöd till näringsidkare får enligt andra stycket samma paragraf, däremot lämnas enbart vid synnerliga skäl. Kommunallagen ger därmed uttryck för en princip om likabehandling av näringsidkare i kommunen samt ett förbud mot särskilt inriktat stöd till enskilda näringsidkare.

Kommunalt näringslivsstöd får således avse åtgärder som allmänt främjar näringslivet i kommunen eller som generellt vänder sig till viss bransch eller grupp av näringsidkare och motsvarande. Sådant stöd kan t.ex. bestå av infrastrukturella investeringar och markberedande åtgärder för industriell verksamhet. Individuellt stöd får dock inte förekomma så att en näringsidkare får förmåner som inte under motsvarande förhållanden kommer en annan näringsidkare till del.

Från huvudregeln om förbud mot understöd till enskild näringsidkare får undantag göras vid vad som kan bedömas utgöra ”synnerliga skäl”. Således tillåts i rena undantagsfall sådana stödåtgärder som annars skulle vara otillåtna. Som synnerliga skäl för stöd till enskild näringsidkare har i praxis bl.a. förekommit stöd till transportföretag och lanthandel i glesbygd^[21]. Vidare har t.ex. stöd till hotellrörelse tillåtits på orter där hotell annars har saknats.

I betänkandet med förslag till ny kommunallag föreslog Kommunallagskommittén att individuellt inriktat stöd till enskilda näringsidkare liksom tidigare^[22] skulle kunna få lämnas om det bedömdes nödvändigt för att motverka större arbetslöshet i kommunen eller landstinget och stödet kunde antas ha avsevärd betydelse för att motverka arbetslösheten eller om det förelåg andra ”särskilda skäl”^[23].

I propositionen till ny kommunallag (1990/91:117) godtog regeringen emellertid inte kommitténs förslag till utformning av bestämmelsen om individuellt inriktat stöd till enskilda näringsidkare. I propositionen^[24] uttalades istället att det är främst en statlig angelägenhet att

medverka till en från samhällelig synpunkt lämplig lokalisering av näringslivet^[25]. Föredragande departementschefen anförde bl.a. ”Det är av olika regionalpolitiska skäl inte heller lämpligt att kommunerna engagerar sig i enskilda företag med direkt stöd. De internationella överenskommelser som Sverige på senare år slutit ger ytterligare grund för att inte tillåta konkurrensnedvridande stödåtgärder till företag. Individuellt inriktat stöd bör få förekomma endast i undantagsfall. Detta bör i lagen komma till uttryck genom att det skall krävas synnerliga skäl för sådant stöd”. I specialmotiveringen till 2 kap. 8 § andra stycket,^[26] angavs som exempel på synnerliga skäl att verksamheten har en anknytning till befintlig kommunal verksamhet t.ex. stuveriverksamhet i kommunalägda hamnar, att understöd till enskilda näringsidkare kan vara nödvändigt för att garantera en minimistandard av kommersiell service för hushållen samt för att trygga tillgång till hotell i kommunen^[27]. Vad gäller arbetslöshet angav departementschefen följande: ”Tidigare åberopades ofta rådande eller befarad arbetslöshet som motiv för att tillåta kommunala ingripanden i det egentliga näringslivet. Regeringen har nyligen lagt fram en proposition om näringspolitik för tillväxt (prop. 1990/91:87). I denna framhålls bl.a. den fortsatta strukturomvandlingens betydelse för landets framtida ekonomiska resurser och att den typ av uppehållande företagsstöd som tillämpades under 1970-talet inte längre är lämpliga. Allmänt sett gäller alltså en restriktiv syn på kommunala stödinsatser gentemot enskilda företag. När det gäller avgränsningen av tillåtna insatser måste dock rättstillämpningen kunna anpassas till samhällsutvecklingen. Vad som skall ligga i begreppet synnerliga skäl kan således komma att förändras beroende på utvecklingen i samhället”.

Vid konstitutionsutskottets behandling av förslaget till ny kommunallag yrkade några motionärer att de i 2 kap. 8 § andra stycket KL föreslagna möjligheterna till individuellt stöd till enskilda näringsidkare skulle utgå. Som skäl härför anfördes bl.a. att ett sådant stöd kunde föra med sig olika negativa effekter och att därför kommunernas kompetens på detta område borde inskränkas. Utskottet fann dock ej skäl att frångå propositionsförslaget i denna del och anslöt sig därvid till att de i förslaget uppställda kraven på ”synnerliga skäl” istället för ”särskilda skäl” på ett godtagbart sätt fick anses återspegla den restriktiva synen på detta område^[28].

Avseende tolkningen i senare rättspraxis av begreppet ”synnerliga skäl” kan nämnas följande avgörande av Regeringsrätten, vilket bland annat innefattar förbud mot kommunal borgen av sysselsättningspolitiska skäl:

RÅ 1993 ref. 98: Konkursförvaltaren i Boro Hjärtevadshus AB i konkurs hade föreslagit att konkursbolagets inkräm skulle förvärfvas av Smålandsbostäder AB i samarbete med tre andra företag. Den redovisade företagskonstruktionen förutsatte att Eksjö kommun medverkade med ett borgensåtagande om maximalt 3 miljoner kronor. Formellt övertagande av husfabriken i Hjärtevad, Eksjö kommun, skulle därefter ske omgående och det nya företagets namn skulle bli Hjärtevadshus AB.

Kommunfullmäktige i Eksjö kommun beslutade att teckna borgen såsom för egen skuld för Smålandsbostäder Invest AB:s förpliktelser avseende lån i bankinstitut på 3 miljoner kronor⁽¹⁶⁾. Som grund för beslutet om kommunalt stöd anfördes att sysselsättningsläget inom kommunen hade under det senaste året avsevärt försämrats. Om den aktuella trähusfabriken i Hjärtevad (med c:a 500 innevånare) lades ned blev arbetslöshetssituationen i kommunen mycket besvärande och företagets totalt 85 anställda riskerade att friställas. Enligt kommunens mening måste förhållandena i detta fall - sammantaget med sysselsättningsläget - anses vara sådana att risk för omfattande arbetslöshet förelåg. Detta motiverade ett kommunalt engagemang i den omfattning som beslutats.

Kammarrätten i Jönköping, vars beslut fastställdes av Regeringsrätten, konstaterade att det enligt gällande lag krävs synnerliga skäl för att individuellt inriktat stöd till enskilda näringsidkare skall tillåtas. Med hänsyn härtill och att det av relevanta förarbetsuttalanden på ett mycket tydligt sätt har klargjorts att kommunalt stöd till enskild näringsidkare, i vart fall för att motverka arbetslöshet, ej kan godtas annat än i rena undantagsfall fann kammarrätten att Eksjö kommun, trots en besvärande arbetslöshetssituation inte hade visat att ifrågavarande kommunala stödåtgärd kan ha sådan betydelse för motverkande av arbetslösheten inom kommunen, att kravet på synnerliga skäl är uppfyllt. Kammarrätten, och senare

Regeringsrätten, upphävde därför kommunfullmäktiges beslut om kommunal borgen såsom stridande mot kommunallagens förbud mot stöd till enskild näringsidkare.

Enligt artikel 92.1 i EG-Romfördraget är stöd som ges av stater eller med hjälp av allmänna medel, av vilket slag det än är, som snedvrider eller hotar att snedvrída konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion, oförenliga med den gemensamma marknaden, i den utsträckning de påverkar handeln mellan staterna och mellan de avtalsslutande parterna.

Frågor kring offentliga stödåtgärders förenlighet med EG-Romfördraget prövas i första hand av Europeiska kommissionen. Skulle viss stödåtgärd befinnas oförenlig med den gemensamma marknaden har kommissionen i enlighet med bestämmelserna i artikel 93.2 i EG-fördraget vilket EG-domstolen har bekräftat i sin praxis, möjlighet att förelägga medlemsstaten att kräva att stödet återbetalas på ett sätt som återupprättar status quo och därmed undanröjer de ekonomiska fördelar som mottagaren av det olagliga stödet orättmätigt kan ha åtnjutit sedan det datum då stödet gavs.^[29]

III) Upphandling av tvätteritjänster skall, oavsett avtalets värde, handläggas enligt de i första hand nationellt betingade bestämmelser som finns införda i 1 kap. och 6 kap. lagen om offentlig upphandling - LOU.

Enligt 1 kap. 4 § LOU gäller som huvudregel att upphandlingarna skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn. Upphandlingslagen bygger därvid på ett antal grundläggande gemenskapsrättsliga principer, bland annat den s.k. *likabehandlingsprincipen*, som har sitt ursprung i EG-fördraget^[30].

Enligt 6 kap. 2b § LOU kan den upphandlande enheten undantagsvis tillämpa förenklad upphandling utan föregående annonsering. Undantag föreligger i så fall från skyldigheten att offentliggöra upphandlingen om (1) det vid en annonserad upphandling inte har lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud, (2) varorna framställs enbart för forskning, utveckling, experiment eller studier, under förutsättning att framställningen inte sker i vinstsyfte eller för att täcka forsknings- och utvecklingskostnader, (3) varorna av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras av endast en viss leverantör eller (4) om upphandlingen avser ytterligare leveranser från den ursprungliga leverantören, avsedda antingen som delersättning för eller tillägg till tidigare leveranser och ett byte av leverantör skulle medföra oskäliga tekniska eller ekonomiska olägenheter.

Skulle upphandlingens värde vara lågt^[31] eller föreligger andra synnerliga skäl får upphandlingen enligt 6 kap. 2 § andra stycket LOU, undantagsvis handläggas enligt bestämmelserna för *direktupphandling*. Skriftliga anbud behöver i sådant fall inte infordras, utan det räcker med en formlös anbudshandläggning. Åberopas synnerlig brådska till stöd för att tillämpa direktupphandling måste denna emellertid hänföras till omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller kan hänföras till den upphandlande enheten (jfr. 5 kap. 17 § LOU).^[32]

Otillåten direktupphandling, d.v.s. där en upphandling felaktigt har genomförts utan något formaliserat anbudsförfarande, kan föranleda att en förfördelad leverantör med stöd av 7 kap. 2 § LOU väcker talan om s.k. överprövning i allmän förvaltningsdomstol (länsrätt) i syfte att tvinga fram ett korrekt upphandlingsförfarande. Av 7 kap. 2 § LOU framgår att andra upphandlingar än direktupphandlingar kan överprövas fram till den tidpunkt då ett ”upphandlingskontrakt” föreligger.^[33] Med ”upphandlingskontrakt” avses enligt legaldefinitionen i 1 kap. 5 § LOU ”...skriftliga avtal som en upphandlande enhet ingår avseende upphandling enligt denna lag”. En upphandling kan således överprövas i domstol fram till den tidpunkt då det (1) föreligger ett kontrakt grundat på en lagligen genomförd upphandling samt (2) tio dagar har förflutit från det att ett meddelande om tilldelningsbeslut enligt 1 kap. 28 § LOU

har lämnats^[34]. Även talan om skadestånd skall anhängiggöras inom samma frist (se 7 kap. 8 § LOU).

Otillåten direktupphandling kan även medföra skadeståndsskyldighet. Enligt 7 kap. 6 § LOU skall en upphandlande enhet som inte har följt lagens bestämmelser ersätta därigenom uppkommen skada för leverantör. Med "*uppkommen skada*" avses enligt lagens förarbeten inte bara onödiga kostnader m.m. (*damnum emergens*) utan även utebliven vinst på grund av att leverantören gått miste om den intäkt som uppdraget skulle ha medfört (*lucrum cessans*)^[35]. Talan om skadestånd kan enligt samma kapitel 8 § väckas av leverantör vid allmän domstol.

Yttrande

Bodens 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 sammanblanda myndighetsutövning med annan verksamhet, snedvrider konkurrensen.

Som framgår av utredningen i ärendet har Bodens kommun (I) ingått avtal om att under en period av maximalt 7 år löpande tillhandahålla Norrbottens läns landsting med tjänster för tvätt- och textilservice. Kommunen har (II) även beviljat kommunal borgen åt Tvätteribolaget, som är ett privatägt företag samt (III) från detta företag direktupphandlat aktuella tvätteritjänster i underentreprenad. Detta föranleder följande kritiska kommentarer.

(I) Som framgår av redovisad rättspraxis har kommuner bara i undantagsfall befogenhet att erbjuda tjänster och produkter på den allmänna marknaden och där konkurrera med det enskilda näringslivet. Kommunernas verksamhet får dessutom inte inriktas på att täcka andra behov än sådana som avser de egna kommunmedlemmarna.

Av utredningen framgår att det nu aktuella avtalet avser betydande volymer och att Bodens kommun saknat egna resurser för att fullfölja avtalet med Norrbottens läns landsting. Kommunen har därför varit tvunget att teckna underentreprenadavtal med en privat leverantör.

Avtalet innebär en beaktansvärd affärsrisk för Bodens kommun, utan att medföra någon ekonomisk nytta för kommunen, genom att kommunen exempelvis har kunnat utnyttja en tillfällig överkapacitet. Eftersom verksamheten avser landstingets verksamhet i hela Norrbottens län innebär avtalet även överträdelse av den s.k. lokaliseringsprincipen.

Bodens kommuns avtal med Norrbottens läns landsting innebär således överträdelse av den kommunala kompetensen. Frågan om lagligheten enligt kommunallagen avgörs ytterst av allmän förvaltningsdomstol.

Härutöver riskerar konkurrensen att snedvridas genom att en skattefinansierad aktör som kommunen erbjuder sig att entreprenadvägen bedriva kommersiellt betingad verksamhet på den allmänna marknaden och därvid slår ut den privata aktör som redan tilldelats uppdraget i en offentlig upphandlingstävling.

(II) Kommunalt stöd till enskilda näringsidkare i form av borgen, lån eller andra försträckningar är normalt inte förenligt med den kommunala kompetensen enligt gällande lag. Sådant stöd är dessutom generellt sett ägnat att snedvrider förutsättningarna för konkurrensen mellan olika företag samt inbjuder till osund konkurrens och drar ofta förluster över skattebetalarna. Enbart generella stödåtgärder som på lika villkor kan komma företagen allmänt till del har i praxis ansetts förenliga med kommunallagens principer och kravet på konkurrensneutralitet inom näringslivet.

I det aktuella fallet har Bodens kommun beslutat att godkänna en borgen på 25 miljoner kronor till det privata företaget Textilservice i Boden AB (tidigare Tvätteriet i Boden AB) för att möjliggöra ett förvärv av en på orten befintlig industrianläggning. Bolaget har ett eget kapital på 100.000 kronor, varför investeringen och den därmed följande borgensåtagandet kan anses innebära en betydande affärsrisk för kommunen och skattebetalarna i Boden.

Såvitt utredningen visat synes kommunens åtgärder ha motiverats av en önskan om bibehållen sysselsättning på orten. Huruvida detta innefattar synnerliga skäl enligt 2 kap. 8 § KL ankommer ytterst på allmän förvaltningsdomstol att bedöma. Av de förarbetsuttalanden som föregått nu gällande kommunallag samt den rättspraxis som redovisats i anslutning till denna framgår emellertid att domstolarna skall iaktta restriktiv attityd i detta avseende. Liknande sysselsättningsstöd i form av kommunal borgen har bl.a. i ett tidigare avgörande i Regeringsrätten inte ansetts förenligt med vad en kommun skall befatta sig med. Bodens kommuns sammanlagda investeringar och därmed sammanhängande ekonomiska risktagande uppgår dessutom till betydande belopp jämfört med det refererade regeringsrättsavgörandet (25 mkr att jämföra med c:a 3,4 mkr^[26]). Aktuella förarbetsuttalanden och jämförande rättspraxis ger således knappast stöd för att det beslutade borgensåtagandet kan anses förenligt med den kommunala kompetensen för Bodens kommun.

Genom de således beslutade åtgärderna till stöd för ett enskilt företag menar Konkurrenskommissionen att Bodens kommun har överskridit sin kompetens och därmed skadat förutsättningarna för konkurrensen inom näringslivet.

Den aktuella åtgärden att bevilja ett enskilt företag borgen med allmänna medel riskerar även att strida mot EG-fördragets förbud mot otillåtet statsstöd. Bodens kommun riskerar således att tvingas låta det aktuella stödet till Tvätteribolaget gå åter på ett sätt som återställer status quo samt undanröjer de ekonomiska fördelar som bolaget därmed orätmätigt kan ha åtnjutit.

(III) Upphandling direkt från viss leverantör får komma ifråga enbart om vissa i lagen om offentlig upphandling (LOU) föreskriva förutsättningar är uppfyllda, bland annat om upphandlingens värde är lågt eller det föreligger synnerliga skäl såsom synnerlig brådska som inte har kunnat förutses och inte heller kan hänföras till den upphandlande enheten.

Något akut eller oförutsett behov har emellertid inte förelegat utan den eventuella brådska som kan ha uppkommit får uteslutande hänföras till kommunens eget agerande och bristande planering genom att i november 2004, utan att i något avseende besitta erforderliga tekniska resurser, på angivna villkor åta sig att tre månader senare (mars 2005) leverera aktuella tvätteritjänster till landstinget.

Något annat undantag från skyldigheten att offentliggöra upphandlingen, såsom att det vid en annonserad upphandling inte har lämnats några anbud eller några lämpliga anbud, att tvätteritjänsterna framställs enbart för forskning, utveckling, experiment eller studier, att tjänsterna av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras endast av Tvätteribolaget eller att upphandlingen skulle avse en tilläggsbeställning, har inte påståtts och än mindre visats.

Laglig förutsättning för att tillämpa undantagsförfarandet för s.k. direktupphandling eller förhandlad upphandling utan föregående annonsering har således inte förelegat utan Bodens kommun skulle istället ha infordrat skriftliga anbud genom ett offentligt förfarande där även andra leverantörer än Tvätteribolaget skulle ha beretts möjlighet att konkurrera om tvätteriuppdraget.

Genom att vid sidan om ett offentligt upphandlingsförfarande köpa de aktuella tvätteritjänsterna till ett sammanlagt värde som inte framstår som ringa har Bodens kommun åsidosatt kravet på affärsmässighet enligt lagen om offentlig upphandling samt

EG-Romfördragets bestämmelse om likabehandling av företag. Konkurrensen på marknaden för tvätteritjänster har därvid snedvridits på ett sätt som även rubbat förutsättningarna för konkurrensen mellan medlemsstaterna.

Bodens kommun har alltså med stöd av allmänna medel, på ett anmärkningsvärt sätt åsidosatt flertalet regler som syftar till att värna konkurrensen på lika villkor för marknadens aktörer.

- [11] De båda företagen var Avstampet 8061 AB under namnändring till CWO Affärsutveckling AB samt Lagerkvist & Söner AB.
- [12] Det är emellertid oklart om någon bolagsbildning i "Tvätteriet AB under bildande" faktiskt hade inletts vid den aktuella tidpunkten. Någon sådan åtgärd fördras heller inte enligt gällande rätt. Enligt 1 kap. 23 a § LOU har grupper av leverantörer rätt att lämna anbud och förhandla. Den upphandlande enheten får i förekommande fall inte föreskriva att sådana grupper skall anta en bestämd juridisk form för att få lämna anbud eller förhandla. Enheten får dock föreskriva att den utsedda gruppen skall anta en viss juridisk form när den blivit tilldelad kontraktet, om det krävs för att kontraktet skall kunna fullföljas korrekt.
- [13] Se Länsrätten i Norrbottens län, dom den 9 november 2004 i mål nummer 2279-04E.
- [14] Tvätten i Boden AB med organisationsnummer 556671-1577, bildades den 18 oktober 2004 och registrerades av Bolagsverket den 24 november 2004; Nu gällande bolagsordning antogs den 28 januari 2005 varvid ny firma, Textilservice i Boden AB, beslutades och registrerades den 18 februari 2005. Bolagets registrerade aktiekapital uppgår till 100.000 kronor fördelat på 1.000 aktier à 100 kronor. Bolaget har enligt gällande bolagsordning till föremål för sin verksamhet att "bedriva tvätteriverksamhet samt uthyrning och försäljning av textilier med inriktning mot företag, kommuner och landsting. Bolaget skall ävensom förvalta fast egendom, värdepapper samt idka annan därmed förenlig verksamhet".
- [15] Landstinget har genom en separat överenskommelse "Förlikningsavtal" av den 10 december 2004 medgivit att utge ersättning med 475.000 euro (c:a 4,3 miljoner kronor) till Oulun Keskuspesula OY för den skada beslutet att upphäva tilldelningen kommit att medföra för bolaget.
- [16] Tvätteribolaget, vilket vid den aktuella tidpunkten fortfarande hette Tvätten i Boden AB, anges i avtalet genomgående som "Textilservice AB".
- [17] Kommunens kostnader för Tvätteribolaget angavs som sammanlagt 107.925, innefattande 100.000 kronor i aktiekapital jämte kostnader för bolagsbildningen på 7 925 kronor, varav 3 100 kronor avser registreringsavgifter.
- [18] Avtalen mellan Bodens kommun och Norrbottens läns landsting respektive mellan Bodens kommun och Tvätteribolaget godkändes genom beslut av kommunfullmäktige i Boden den 21 februari 2005 (KF § 25/05). Avtalet om överlåtelse av aktier godkändes av kommunfullmäktige genom beslut den 17 januari 2005 (KF § 12/05).
- [19] I kommunfullmäktiges protokoll finns Tvätteribolaget angivet som "Textilservice AB".
- [100] Bodens kommun hade genom två separata utfästelser den 9 februari 2005 borgat för Tvätteribolagets lån i Föreningssparbanken, dels på 20 miljoner kronor, dels på 5 miljoner kronor.
- [111] Se 1 kap. 6 § LOU samt legaldefinitionen i 1 kap. 5 § samma lag.
- [121] När det gäller den s.k. näringsprincipen (eller förbudet mot spekulativ näringsverksamhet) har i praxis bl.a. godtagits vissa undantag - se bl.a. RÅ 1993 ref. 12 där dåvarande Älvsborgs läns landsting (vilket numera gemensamt med andra landsting uppgått i Västra Götalandsregionen) år 1978 hade beslutat att godkänna ett avtal där landstinget åtog sig att utföra tvätteritjänster åt SAAB SCANIA AB i Trollhättan. Mot detta beslut anfördes laglighetsbesvär, innebärande att landstinget överskridit sin befogenhet enligt den s.k. näringsprincipen. Lokaliseringsprincipen åberopades aldrig eftersom Alingsås och Trollhättan båda låg inom dåvarande Älvsborgs läns landstings område. I målet anförde landstinget bl.a. att tvätteriet p.g.a. plötsligt ändrade förhållanden fått en betydande överkapacitet, men att en fortlöpande anpassning av tvätteriets verksamhet pågick. För att undvika kapitalförstöring var det dock under en övergångsperiod nödvändigt att söka nya kunder. Det aktuella avtalet med SAAB SCANIA AB motsvarade mindre än 1,5 procent av produktionen och innebar ingen affärsrisk. Kammarrätten i Göteborg, vars avgörande senare fastställdes av Regeringsrätten, avslag talan om laglighetsbesvär. Till grund härfor anfördes bl.a. följande: "Landstingskommuner har bara i undantagsfall befogenhet att gå ut med sina interna tjänster och produkter på den allmänna marknaden och där konkurrera med det enskilda näringslivet. Tvätteristyrelsens beslut innebär därför att tvätteriet inlåter sig på verksamhet som normalt faller utanför den kommunala kompetensen. - Tvätteriets verksamhet är emellertid till helt övervägande del inriktad på att tillgodose det egna landstingets och Skaraborgs läns landstings behov och avtalet med SAAB SCANIA AB innebär att endast en ringa del av produktionen riktas mot den allmänna marknaden. Tvätteriverksamhet är dessutom en sådan etablerad och erkänd verksamhet som ett landsting får ta befattning med. Det får därför anses naturligt att tvätteriet, bl.a. för att undvika onödig kapitalförstöring, under en övergångsperiod och vid tillfällig överkapacitet i mindre omfattning konkurrerar på den allmänna marknaden. Det är inte heller visat att avtalet med SAAB SCANIA AB skulle innebära någon beaktansvärd affärsrisk eller utgöra ett brott mot lokaliseringsprincipen. - Med hänsyn till det anförda finner kammarrätten vid en sammantagen bedömning att det klandrade beslutet inte innebär att tvätteristyrelsen överskridit sin befogenhet. Inte heller i övrigt har det visats att beslutet är olagligt i något av de hänseenden som anges i ... kommunallagen". Av det refererade avgörandet framgår tydligt att som huvudregel gäller att kommuner och landsting inte skall inlåta sig på den aktuella typen av affärsverksamhet. Orsaken till att kontraktet med SAAB SCANIA AB ändå godkändes var att det rörde sig om endast en ringa del av tvätteriets totala omsättning, undantagsvis under en övergångsperiod vid tillfällig överkapacitet i syfte att undvika onödig kapitalförstöring. Domstolen konstaterade vidare att det inte var visat i målet att förfarandet innefattade någon beaktansvärd affärsrisk eller innebar överträdelse av lokaliseringsprincipen. Detta ger anledning att anta att utgången hade kunnat bli den motsatta om förfarandet innefattat överträdelser i angivna avseenden, exempelvis genom större volymer och / eller försäljning utanför landstingets område (lokaliseringsprincipen).
- [131] Lokaliseringsprincipen har i rättspraxis försetts med vissa modifieringar som hänger samman med befolkningens rörlighet och ofullkomligheter i kommunindelningen.
- [141] Se RÅ 2003 ref. 98, där Rättningsnämnden i Malmö hade lämnat anbud (och sedermera tecknat avtal) om att för landstingets Region Skåne:s räkning utföra vissa sjuktransporter (Ambulanstransporter) i det egna och kringliggande kommuners område. Regeringsrätten konstaterade i sitt avgörande att ambulanstransporter är en uppgift som landstinget har att utföra och att det faller utanför den kommunala kompetensen för en primär kommun att handha driften av sådana transporter för landstingets räkning. Detta oaktat att

- landstinget bestred det fulla kostnadsansvaret för verksamheten och att Malmö kommuns åtagande begränsade sig till att avse ett rent entreprenadåtagande. Rättningsnämndens beslut upphävdes.
- [15] Se prop. 1996/97:105, avsnitt 4.3 ”Rättsliga gränser för samverkan” (sid. 32).
- [16] Enligt 2 kap. 5 § socialtjänstlagen (2001:453) får kommuner exempelvis sluta avtal om att tillhandahålla varandra tjänster inom socialtjänsten. I förarbetena - prop. 1996/97:124 ”Ändring i socialtjänstlagen” (författningskommentaren till 2 kap. 5 §) - motiveras undantaget med att kommunerna därmed medges möjlighet att överskrida den kommunala behörigheten enligt kommunallagen och att detta undantag motiveras av att öka möjligheterna för kommunerna att överlämna vissa arbetsuppgifter till varandra, om detta sett i ett kvalitetsperspektiv bedöms vara lämpligt.
- [17] Se bl.a. RÅ 1977 ref. 77 (vägtrafik), RÅ 1974 A 2082 (flygtrafik), RÅ 1976 Ab 236 (eldistribution) samt RÅ 1972 C 143 (vattenförsörjning och avloppsrening m.m.). Av samtliga dessa avgöranden framgår att utvidgningen motiveras av befolkningens rörlighet eller ofullkomligheter i kommunindelningen. Dessutom framgår av praxisavgörandena att det i vart fall fordras något slags anknytning till kommunens område eller dess medlemmar
- [18] Se den statliga samverkansutredningens slutbetänkande ”Samverkan – Om gemensamma nämnder på vård- och omsorgsområdet, m.m.” (SOU 2000:114), sid. 204.
- [19] Enligt 3 kap. 20 § kommunallagen får kommuner och landsting bilda s.k. kommunalförbund i syfte att till dessa lämna över vården av vissa gemensamma kommunala angelägenheter. Av bestämmelsens förarbeten framgår att denna möjlighet tillkommit för att underlätta kommunernas och landstingens möjligheter att samarbeta och utnyttja sina resurser på ett effektivt sätt. Bildandet av kommunalförbund innefattar emellertid en mängd formella åtgärder som måste iaktas, bland annat skall en för de ingående kommunerna och/eller landstingen gemensam nämnd inrättas. Vidare skall det finnas ett nämndreglemente, vilket närmare skall reglera formerna för samverkan, bland annat den gemensamma nämndens behörighet och befogenhet.
- [20] Enligt 3 kap. 3 a – 3 c § § kommunallagen får kommuner och landsting även bilda s.k. gemensam nämnd för att fullgöra uppgifter för vilka det enligt särskilda författningar skall finnas en eller flera nämnder i varje kommun eller landsting. En gemensam nämnd tillsätts i någon av de samverkande kommunerna eller landstingen och ingår i denna kommuns eller detta landstings organisation. Nämndens behörighet och befogenhet skall närmare preciseras i en överenskommelse mellan de berörda kommunerna och landstingen. I övrigt gäller samma bestämmelser för gemensam nämnd som för övriga kommunala och landstingskommunala nämnder.
- [21] Rättsfallen RÅ 1968, K 283, RÅ 1979 AB 538 (stöd till taxirörelse) RÅ 1979 AB 12 (stöd till rederi) samt RÅ 1970 C 260 (stöd till lanthandel).
- [22] SOU 1990:24 sid. 67.
- [23] SOU 1990:24 sid. 16, specialmotiveringen till 2 kap. 7 § andra meningen i Kommunallagskommitténs lagförslag.
- [24] Se prop. 1990/91:117 sid. 34 f.
- [25] Äldre praxis på området har under vissa förutsättningar godkänt kommunala engagemang i form av företagsförvärv i sysselsättningsuppehållande syfte. Så länge kommunen har haft ett ägareintresse har kommunen även haft befogenhet att göra vissa räddningsaktioner för företaget. Någon rätt till i verklig mening aktiv förvaltning synes emellertid inte tillerkännas av rättslämningen, se RÅ 1974 A 877. Någon motsvarande möjlighet för kommuner att ekonomiskt bidra till företag i vilka kommunen inte har något tidigare ägarintresse känner praxis inte heller.
- [26] Se prop. 1990/91:117 sid. 154.
- [27] Rättsfallen RÅ 1968, K 283, RÅ 1979 AB 538 (stöd till taxirörelse) RÅ 1979 AB 12 (stöd till rederi) samt RÅ 1970 C 260 (stöd till lanthandel).
- [28] Se utskottsbetänkandet 1990/91:KU38 sid. 21 och 23 ff.
- [29] Se EG-domstolens avgöranden den 12 juli 1973 i mål C-70/72 (Europeiska kommissionen mot Tyskland) samt den 24 februari 1987 i mål C-310/85 (Deufil mot Europeiska kommissionen). Se även Europeiska kommissionens beslut av den 26 juli 1995 om det stöd som den flamländska regionen har beviljat det belgiska bolaget Vlaamse Luchttransportmaatschappij NV (95/466/EG) – publ. i Europeiska gemenskapernas officiella tidning nr L 267, 09/11/1995 s. 0049 – 0054.
- [30] EG-Romfördraget har genom 2 § lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen, giltighet som svensk lag. Den genom fördraget uppställda likabehandlingsprincipen uppställer en allmän grundsats om att samtliga tänkbara leverantörer vid offentligt finansierad handel inom Europeiska unionen skall behandlas på ett likvärdigt sätt. 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 vidare slagit fast att det inom gemenskapsrätten gäller en allmän likabehandlingsprincip, utöver de uttryckliga bestämmelser som återfinns i fördragen*”.^[30] Principen får förstås så, att en medlemsstats myndigheter över huvud taget inte får särbehandla eller otillbörligt gynna vissa leverantörer framför andra vid handel inom den offentliga sektorn.
- [31] Som riktvärde för ett sådant *lågt värde* under vilket ett mer formaliserat upphandlingsförfarande inte behöver genomföras, utan direktupphandling istället kan tillämpas, har Nämnden för offentlig upphandling (NOU) för en normal upphandlande enhets upphandling av varor angivit en generell övre gräns motsvarande ett (1) basbelopp (numera: ”prisbasbelopp”) enligt 1 kap. 6 § lagen (1962:381) om allmän försäkring. Vid tidpunkten för den nu aktuella upphandlingen uppgick gällande prisbasbelopp till c:a 39.300 kronor (Se vidare Nämnden för offentlig upphandling, NOU-info, årssammanställningen för år 1993-95, sid. 57. Nämnden har enligt 7 kap. 9 § LOU samt förordningen (1993:98) med instruktion för Nämnden för offentlig upphandling, att utöva tillsynen över lagens efterlevnad).
- [32] Se vidare Hentze och Sylvén, Lagbokscommentaren till LOU, Norstedts, andra upplagan, 1998, sid. 312: ”*Synnerliga skäl. Härmed avses framför allt synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande enheten. Direktupphandling kan sålunda användas för att t.ex. förhindra stora skador och stora kostnader som annars skulle bli följden av ett utdraget upphandlingsförfarande. Det är således fråga om akuta och oförutsedda behov. Det är inte tillåtet att använda direktupphandling om brådskan beror på enheten, t.ex. bristande planering*”.
- [33] Se prop. 2001/02:142 sid. 101 –102, av specialmotiveringen i propositionen till nuvarande 7 kap. 2 § LOU framgår att ”*en ansökan om överprövning vid annan upphandling än direktupphandling får prövas fram till den tidpunkt då ett upphandlingskontrakt föreligger*” samt att ”*Det gäller även i den situationen att det föreligger synnerlig brådska*” samt att ”*Om förutsättningar för direktupphandling inte föreligger gäller såväl bestämmelsen i 1 kap. 28 § som tredje stycket i den här aktuella bestämmelsen. 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*”
- [34] Av aktuella lagförarbeten (prop. 2001/02:142 sid. 102) framgår därför 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*”.
- [35] Se Prop. 1992/93:88, sid. 103.
- [36] 3.000.000 kronor i 1993 års penningvärde motsvarade omräknat i 2005 års penningvärde (februariindex) 3.444.132 kronor. (Källa SCB, beräkningen framskriven med utifrån konsumentprisindex, basår 1980, fastställda tal (multiplikation med faktorn 14,8).

