

**LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN**

BESLUT
2008-02-25
Meddelat i Stockholm

Mål nr
17584-06
Rotel 225

SÖKANDE

1. Hela Människan Botkyrka/Salem
Mats Wähleman
Gärdesvägen 9
147 41 Tumba

2. SV Botkyrka/Salem
Marina Carlsson
SV Botkyrka/Salem Falvägen 42
14732 TUMBA

3. Botkyrka Vi Unga
Elena Andersson
Botkyrka Vi unga, Falkvägen 42,
147 32 TUMBA

MOTPART

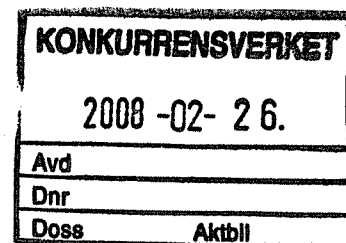
Botkyrka kommun
147 85 Stockholm

SAKEN

Tillämpligheten av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU

BESLUT

Länsrätten avvisar ansökningarna om överprövning enligt LOU.



Dok.Id 204716

Postadress
Box 17106
104 62 Stockholm

Besöksadress
Krukmakargatan 19

Telefon
08-720 90 00
E-post: lansrattenistockholm@dom.se

Telefax
08-720 93 00

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-15:00

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Kultur- och fritidsnämnden i Botkyrka kommun (nedan nämnden) beslutade den 15 maj 2006 (§ 40) att Byggnadsföreningen Heijmdal (Tumba Folkets Hus) skulle få i uppdrag att driva en ny fritidsgårdsverksamhet för ungdomar i Tumba under förutsättning att kommunfullmäktige beslutade att tillskjuta erforderliga medel för detta ändamål.

Tre andra föreningar - Hela Människan Botkyrka/Salem, Botkyrka Vi Unga och SV Botkyrka/Salem - som liksom Tumba Folkets Hus hade anmält sitt intresse för att driva ovannämnda verksamhet, vände sig i anledning av nämndens beslut till länsrätten med en ansökan om överprövning enligt LOU och yrkade därtill att beslutet skulle inhiberas.

I beslut den 21 juni 2006 (mål 12613-06) avvisade länsrätten yrkandena om överprövning. Som skäl för detta angavs att någon upphandling som kunde bli föremål för överprövning inte ansågs föreligga eftersom nämndens beslut var villkorat av att kommunfullmäktige beslutade att tillskjuta erforderliga medel. Kommunfullmäktige beslutade den 20 juni 2006 (§ 128) att tillskjuta medel för den ifrågavarande fritidsverksamheten.

Länsrättens beslut av den 21 juni 2006 överklagades inte. Däremot kom två nya skrifter in till länsrätten den 30 juni 2006 respektive den 5 juli 2006.

I den första skriften överklagade Mats Wähleman ensam såväl nämndens beslut av den 15 maj 2006 som kommunfullmäktiges beslut den 20 juni 2006 och yrkade att besluten skulle laglighetsprövas enligt 10 kap. 8 § första stycket 4. KL samt inhiberas. Till stöd för sin talan anförde han bl.a. följande. De överklagade besluten stred mot LOU. Han hänvisade därvid till "en tidigare överklagan med mål nr 12613-06". Han citerade det ifrågavarande beslutet av kommunfullmäktige men anförde inte i övrigt något ytterligare

till stöd för sin talan vad gäller detta beslut. Vad beträffar nämndens beslut anförde han att det ifrågavarande beslutet avsåg en direktupphandling enligt LOU men att en sedvanlig upphandling med anbud enligt 6 kap. LOU istället borde ha gjorts.

I den andra skriften yrkade Mats Wähleman tillsammans med Marina Carlsson och Elena Andersson (Wähleman m.fl.) i första hand överprövning enligt LOU av nämndens respektive kommunfullmäktiges tidigare angripna beslut och i andra hand, för det fall en prövning inte kunde göras enligt LOU att en laglighetsprövning skulle göras enligt 10 kap. 2 § 1 KL. De anförde i huvudsak samma sakomständigheter som Mats Wähleman gjort i sitt tidigare överklagande.

I beslut den 16 augusti 2007 (mål 14334-06E) avvisade länsrätten överklagandena av såväl nämndens som kommunfullmäktiges beslut i de delar de avsåg begäran om en laglighetsprövning enligt KL. Beträffande yrkandena om överprövning enligt LOU tog länsrätten inte ställning till dessa utan föranstaltade istället att de skulle bli föremål för prövning i ett särskilt uppsatt mål. Inte heller detta beslut av länsrätten överklagades.

Vad som återstår för länsrätten att pröva i förevarande mål är således klagandenas yrkanden om överprövning enligt LOU av nämndens beslut den 15 maj 2006 (§ 40) och kommunalfullmäktiges beslut den 20 juni 2006

Till stöd för sin talan i denna del har Wähleman m.fl. bl.a. anfört följande utöver vad som tidigare framkommit. Alla politiska beslut är fattade för att nämnden skall kunna teckna avtal med Tumba Folkets hus för drift av den nya fritidsgårdsverksamheten i Tumba. Nämndens beslut och det avtal som blir följderna av detta beslut måste ses som en direktupphandling. Dock har de ekonomiska ramar som gäller för en direktupphandling vida överskridits och inte heller i övrigt föreligger särskilda skäl för direktupphandling. Beslutet

att ge Tumba-Folkets hus uppdraget att driva fritidsgårdsverksamheten borde ha föregåtts av en sedvanlig upphandling enligt 6 kap. LOU varvid Wähleman m.fl. och andra intressenter fått möjlighet att lämna anbud. Genom att denna möjlighet blev dem berövade har var och en av dem lidit skada. Till stöd för påståendet att en sedvanlig upphandling enligt 6 kap. LOU med anbudsförfarande skulle ha skett samt att tidsfristen för överklagande i 7 kap. 1 § LOU inte är aktuell i detta fall åberopas RÅ 2005 ref. 10. Samtliga fyra föreningar som anmält intresse är väl meriterade för uppdraget med mångårig erfarenhet av likartade verksamheter.

I yttrande från Kultur- och fritidsförvaltningen i Botkyrka kommun som inkom till länsrätten den 11 oktober 2006 har kommunen bestritt bifall till ansökningen om överprövning enligt LOU och i huvudsak anfört följande. Botkyrka kommun har fjorton fritidsgårdar, varav endast två drivs i egen regi. Övriga gårdar drivs med föreningsbidrag av ideella föreningar, som antagits som bidragsberättigade föreningar i kommunen. Fritidsgårdarna i Botkyrka kommun har drivits på detta sätt sedan 1970-talet. När lagen om offentlig upphandling trädde i kraft upphandlade förvaltningen under ett par år driften av fritidsgårdarna på entreprenad. Även ett privat företag drev under denna period en fritidsgård. Kultur- och fritidsnämnden gav i december 1996 förvaltningen i uppdrag att utforma ett förslag till föreningsbidrag för drift av fritidsgårdar. Uppdraget var en följd av ett tidigare utredningsuppdrag att undersöka om bidragsgivning skulle stå i konflikt med LOU. Kultur- och fritidsnämnden beslutade den 20 januari 1997 att genom bidrag stödjade föreningar i kommunen som vill driva fritidsgårdar och därmed från och med den 1 juli 1997 inte lämna ut verksamheterna på entreprenad. Nämnden föreslog också kommunfullmäktige att anta av förvaltningen upprättade förslag till bidragsregler för detta ändamål. Fullmäktige fastställde detta särskilda regelverk den 20 februari 1997. Regelverket innebär att fritidsgårdarna får ett fritidsbidrag från kultur- och fritidsnämnden för att kunna driva verksamheten. Övriga kostnader (hyror, el, värme osv) står i de flesta fall kommunen för.

Föreningen förutsätts att stå för viss självfinansiering (lotterier, kaffeförsäljning, avgifter eller dylikt). Bidragssystemet innebär ett grundbidrag som sedan kan fyllas på beroende t.ex. på öppettider och aktiviteter. Bidragen kan bara beviljas för ett år i taget. Varje gång avtalen med de ideella föreningarna skall skrivas om går kommunen ut med en intresseförfrågan till aktuella föreningar för att sedan kunna välja den som är mest lämplig för de olika uppdragen. Kultur- och fritidsnämnden tar sedan beslut om vilka föreningar som skall driva de olika gårdarna under nästkommande period. Överenskommelserna skrivs med ett års giltighetstid. När den nya fritidsgårdsverksamheten i Tumba skulle starta gavs några föreningar möjlighet att lämna en intresseanmälan för att driva verksamheten. Fyra föreningar skickade in intresseanmälningar och däribland Tumba Folkets Hus som tilldelades uppdraget. Att just Folkets Hus i Tumba valdes att driva den nya gården beror på dels att föreningen redan finns i lokalerna (Tumbascenen) och där svarar för filmvisningar, teater och uthyrning av samlingslokaler dels har föreståndaren tidigare god erfarenhet av ungdomsverksamhet. Kommunfullmäktige beslutade den 20 juni att tillskjuta investeringsmedel för anpassning av lokalerna och i ettårsplanerna för 2006 och 2007 har också medel avsatts för att driva den nya gården. Kultur- och fritidsförvaltningen skall den 1 november teckna en överenskommelse med Folkets Hus i Tumba för perioden fram till årsskiftet 2006/07. Avsikten är att denna överenskommelse skall inordnas i övrigt planeringsarbete så att kommande avtal kan tecknas för 2007. Kommunen anser sammanfattningsvis att LOU inte är tillämplig när överenskommelserna med ideella föreningar i Botkyrka görs om fritidsverksamhet. Föreningarna kan istället ansöka om ett fritidsgårdsbidrag. Det handlar om ideella föreningar utan vinstintresse, som givetvis också gör egna insatser i gårdsverksamheten utifrån huvudmannaskapets verksamhetsidéer. De flesta av föreningarna som driver gårdsverksamhet mottar även andra föreningsbidrag från kommunen för olika typer av aktiviteter som riktar sig till barn och unga. Till yttrandet har bilagts Kultur- och fritidsnämndens beslut den 20 januari 1997, kommunfullmäktiges beslut den 20 februari 1997 samt en tjänsteskrivelse daterad

den 9 januari 1997 underskriven av Kultur- och fritidschefen Sylvia Segers-tåhl och handläggaren Stefan Bengtsson som innefattar de bidragsregler som antogs av fullmäktige den 20 februari 1997 och som fortfarande gäller.

I yttrande från Mats Wähleman den 22 januari 2007 har han bl.a. anfört följande. Botkyrka kommun utelämnar en del information vad gäller handläggningen av ärendet "Fritidsgård i Tumba". Inga föreningar fick information om möjligheten att lämna önskemål om driften av fritidsgården inför beslutet. Genom att information "läckte" till dessa föreningar om att Tumba Folkets Hus skulle bli ansvarig för driften av gården och att ärendet skulle komma upp på kommande fritidsnämndsmöte tillskrev föreningarna fritidsnämnden för att uppmärksamma dem på att det fanns flera föreningar med intresse att driva gården. Föreningarna lämnade även in separata intresseanmälningar för driften av gården. Ingen av dessa föreningar fick något förfrågningsunderlag eller annan handling som beskrev hur man skulle driva gården. De handlingar som nämnden hade som underlag för sitt beslut var därför inte relevanta mer än som intresseanmälningar. Föreningarna fick heller ingen möjlighet att yttra sig över förslaget eller komma in med kompletteringar. Upplevelsen bland dessa föreningar var att beslutet redan var taget och att någon riktigt seriös prövning av inskickade intresseanmälningarna aldrig gjordes.

SKÄL FÖR BESLUTET

Beträffande nämndens beslut den 15 maj 2006 (§ 40) noterar länsrätten inledningsvis att detta redan har varit föremål för länsrättens bedömning i anledning av en tidigare ansökan om överprövning och avvisats (se mål 12613-06 E). Enligt länsrätten kan nämndens beslut därför inte prövas igen inom ramen för den nya ansökan om överprövning som även innefattar kommunfullmäktiges senare fattade beslut.

Nästa fråga som länsrätten har att ta ställning till är om de beslut som överklagats kan anses utgöra beslut under en upphandlingsprocess och således om LOU överhuvudtaget är tillämplig i målet. Bara om så är fallet finns det anledning att pröva frågan om vilken upphandlingsform som i så fall skulle ha använts.

Av de överenskommelser som träffats mellan Botkyrka Kultur- och fritidsförvaltning och Tumba Folkets Hus den 11 november 2006 för perioden den 1 oktober 2006 – den 31 december 2006 och den 8 mars för perioden den 1 januari 2007 – den 31 december 2007 framgår bl.a. följande. Aktuell fritidsgårdsverksamhet skall bedrivas i enlighet med en av föreningen utförligt utarbetad verksamhetsplan och riktar sig till ungdomar upp till 19 år. Verksamheten skall bedrivas på Tumbascenen i Tumba. Ungdomarna skall i en demokratisk anda uppmuntras och stimuleras till att ta ett stort ansvar i utformandet och genomförandet av olika aktiviteter och verksamheter. Verksamheten skall följa mål och riktlinjer som antagits av Kultur- och fritidsnämnden i Botkyrka. Verksamheten som är viktig för områdesarbetet skall ha ett områdesperspektiv och samordnas och integreras med andra insatser som görs för barn och ungdomar i bostadsområdena. Tumba Folkets Hus står som huvudman och ansvarar för verksamheten på aktuell fritidsgård. Tumba Folkets Hus skall under avtalsperioden arbeta med ungdomar i befintliga lokaler på plan 2 i Tumbascenen, där ungdomarna tillsammans med föreningen och nämnden skall forma den fritidsgård som under 2007 skall byggas. Under 2007 åtar sig Tumba Folkets Hus att bedriva verksamheten på minst 990 timmar. Fritidsgården skall hålla öppet 6 dagar/kvällar i veckan, 22,5 timmar/vecka under 44 veckor. Utöver detta grundöppethållande skall Tumba Folkets Hus tillsammans med kommunens övriga fritidsgårdar och träffpunkter se över det totala öppethållandet så att det dagligen kommer att finnas minst en fritidsgård öppen i Botkyrka. Verksamheten vid lucia, valborgsmässoafton, skolavslutning och andra större arrangemang skall samordnas med andra fritidsgårdar och träffpunkter och ske i samråd med kom-

munens områdesgrupper och lokala brottsförebyggande rådet. Verksamhetens omfattning kan förändras vid behov och i samråd med nämnden. Tumba Folkets Hus skall teckna olycksfallsförsäkring för de ungdomar som vistas på fritidsgårdarna samt ansvara för försäkringar (inklusive självrisker) fört sin verksamhet och sina ägodelar. Botkyrka kommun försäkrar sin egendom. Tumba Folkets Hus skall svara för samtliga kostnader för verksamheten. För 2006 (perioden den 1 oktober – den 31 december) erhöles ett bidrag i form av ett engångsbelopp på 400 000 kronor för fritidsgårdsverksamheten. Det ekonomiska åtagandet för denna period skulle redovisas gentemot Kultur- och fritidsförvaltningen. För 2007 får föreningen ett bidrag på 1 500 000 kronor som skall betalas ut kvartalsvis i förskott under förutsättning att föreningen kommer in med begärd redovisning. Varje månad skall föreningen lämna en rapport som innehåller uppgifter om antalet besök fördelat på pojkar och flickor, antal öppethållandetimmar och andra uppgifter som är specifika just för verksamheten på aktuell fritidsgård. Utebliven redovisning kan innebära att bidragsutbetalningen hålls inne. Föreningen skall årligen genomföra en besöksundersökning för verksamheten på fritidsgården. Mindre justeringar i överenskommelserna kan göras om båda parter är överens. Tumba Folkets Hus står som arbetsgivare för personalen och ansvarar för rekrytering samt personaladministrativa göromål. Personalen bör ha behörig utbildning och/eller erfarenhet av arbete med ungdomar. Rekommenderad minimiålder för anställda fritidsledare skall vara 18 år. För att bidra till informationen om aktiviteter för barn och ungdomar i Botkyrka kommun uppmanas föreningen att lämna in uppgifter om den öppna verksamheten. Särskilt viktigt är det att informera om de verksamheter som skall ske under helger och skolloven. Uppgifterna kommer att läggas ut på kommunens hemsida och i informationsblad som delas ut till eleverna i samband med höst-, jul-, sport-, samt sommarlov.

Wähleman m.fl. har inte bestridit de sakomständigheter som framkommit av det utredningsmaterial som kommunen gett in till länsrätten. Wähleman har

dock hävdade att kommunen inte har behandlat alla föreningar som skulle kunna komma i fråga för uppdraget lika, utan särbehandlat Tumba Folkets Hus på ett otillbörligt sätt.

Länsrätten gör följande bedömning.

Den fråga som länsrätten först har att pröva är frågan om kommunalfullmäktiges beslut som Wähleman m.fl. har angripit kan anses utgöra beslut under en upphandlingsprocess och således om LOU i enlighet med 1 kap. 2 § LOU överhuvudtaget är tillämplig i målet. Wähleman m.fl. hävdar att så är fallet, medan kommunen menar att vad de beslutat om är bidragsgivning till en ideell förening i enlighet med det regelverk som medvetet och efter utredning antogs av kommunfullmäktige den 20 februari 1997 för att ersätta det då rådande systemet med entreprenadlösningar för aktuell typ av verksamhet.


Enligt 1 kap. 2 § LOU gäller lagen om offentlig upphandling (1999:1528) vid upphandling som görs av staten, kommuner och landsting. 1 kap. 5 § LOU definierar ”upphandling” såsom ”köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggentreprenader eller tjänster”. Detta innebär allmänt att en leverantör mot motprestation skall utföra ett uppdrag för den upphandlande enhetens räkning över en längre tid. Det skall vara fråga om ett civilrättsligt avtal. Ju mer kommersiella inslag den verksamhet som skall bedrivas har, desto mer närmar det sig en upphandling. Vid en upphandling förblir den upphandlande enheten huvudman för verksamheten och har större möjligheter till styrning, kontroll och insyn. Mer detaljerade villkor eller krav kan ställas på leverantören. Ju mer kommunal finansiering, som i realiteten kan ses som ersättning för fullgörandet av uppgifter för kommunen räkning, desto mer liknar det ett entreprenadförhållande. Också den omständigheten att kommunen lägger över ansvaret för underhåll och försäkring av lokaler som ägs av kommunen på den som driver verksamheten talar för ett entreprenadförhållande.

Kommunal bidragsgivning, som inte regleras av LOU, innebär däremot allmänt att kommunen stödjer viss verksamhet som uppfyller de villkor som kommunen ställer utan att kommunen själv är huvudman eller har något ansvar för vare sig drift eller finansiering. Vid bidragsgivning har bidragstagar större självständighet och kommunen kan inte styra lika mycket eller ställa så detaljerade villkor som vid ett entreprenadförhållande. Vad detta innebär mer konkret framgår av den utredning som inhämtats av kommunen.

Vid en samlad bedömning av den rättsliga relationen mellan Botkyrka kommun och Byggnadsföreningen Heijmdal bedömer länsrätten att det är fråga om bidragsgivning och inte upphandling. Vid sådant förhållande förfaller frågan om vilken upphandlingsform som skulle ha använts.

Eftersom det beslut som Wähleman m.fl. har angripit inte är beslut under en upphandlingsprocess, varvid LOU inte är tillämplig, skall ansökan om överprövning avvisas även såvitt nu är ifråga.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1A)



Thomas Norling

Rådman

Föredragande har varit Kristina Kásvai Simon.