

FRONT ADVOKATER

PM

Angående: Konkurrens- och upphandlingsrättslig bedömning av tilltänkt arrendeavtal med Fraktkedjan AB

Till: Peter Callsen, Bollebygds kommun ("Kommunen")

Från: Advokat Svante Hjertén och EU-advokat Robert Moldén, Front Advokater AB ("Front Advokater")

Datum: 2017-03-27

1 BAKGRUND

Front Advokater har erhållit följande bakgrundsinformation.

Kommunen slöt i somras ett arrendeavtal med Fraktkedjan AB, (Fraktkedjan), där den senare gavs rätt till ett antal hektar av Kommunens mark för att uppföra en återvinningsanläggning avseende fyllnadsmassor. Anläggningen är numera i drift.

Fraktkedjan vill nu initiera ett nytt projekt där Kommunen, via ett nyttjanderättsavtal, överväger att upplåta cirka 30 hektar anslutande mark där Fraktkedjan ska ta emot kontrollerade fyllnadsmassor, vilka i sin tur kan komma att användas för att iordningställa ytan.

Fraktkedjan avser ersätta Kommunen med en fast summa för marken som upplåts, och med en löpande summa per kubikmeter fyllnadsmassa som tas in på området.

FRONT ADVOKATER

Fraktkedjan beräknar att ytan har kapacitet att, under en tidsperiod om cirka 10-12 år, ta emot cirka 2-3 miljoner kubikmeter fyllnadsmassa. Enbart kubikersättningen kommer uppskattningsvis att generera ersättning till Kommunen på 15-20 miljoner SEK.

Tanken är vidare att marken, med hjälp av de mottagna massorna, så småningom ska kunna ställas om till industrimark. Att marken genom genomförandet av arrendeavtalet kan ställas om till industrimark utgör en viktig anledning till att Kommunen är intresserad av att ingå arrendeavtalet.

Fraktkedjan har vidare uppgett att man kommer att vara huvudman för verksamheten samt söka erforderliga tillstånd för densamma.

Kommunen har givit Front Advokater i uppdrag att bl.a. utreda; huruvida Kommunen är fri att ingå ovan nämnda avtalsförhållande med Fraktkedjan, om ovan beskrivna scenario kan komma att utgöra statsstöd eller ett otillåtet gynnande, om avtalet som sådant borde bedömas som en tjänstekoncession samt om Kommunen genom det tänkta avtalet kan påstås ägna sig åt konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet.

2 RÄTTSLIGA UTGÅNGSPUNKTER

2.1 Konkurrensrätt och kommunalrätt

Vad gäller frågan om statsstöd stadgas det i Artikel 107.1 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt att *"Om inte annat föreskrivs i fördragen, är stöd som ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel, av vilket slag det än är, som snedvrider eller hotar att snedvrida konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion, oförenligt med den inre marknaden i den utsträckning det påverkar handeln mellan medlemsstaterna."*

FRONT ADVOKATER

Motsvarande stadgas även i svensk lagstiftning och då i 2 kap. 8 § kommunallagen, som lyder; *"Kommuner och landsting får genomföra åtgärder för att allmänt främja näringslivet i kommunen eller landstinget. Individuellt inriktat stöd till enskilda näringsidkare får lämnas bara om det finns synnerliga skäl för det."*

Angående frågan om huruvida uppdraget skulle kunna medföra konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet stadgas det i 3 kap. 27 § konkurrenslagen att *"Staten, en kommun eller ett landsting får förbjudas att i en säljverksamhet som omfattas av 1 kap. 5 § första stycket tillämpa ett visst förfarande, om detta*

1. snedvrider, eller är ägnat att snedvrida, förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden, eller

2. hämmar, eller är ägnat att hämma, förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens.

Förbud får inte meddelas för förfaranden som är försvarbara från allmän synpunkt.

En kommun eller ett landsting får även förbjudas att bedriva en viss säljverksamhet i fall som avses i första stycket. En sådan verksamhet får dock inte förbjudas, om den är förenlig med lag.

Ett förbud gäller omedelbart, om något annat inte bestäms."

2.2 Upphandlingsrätt

Med offentlig upphandling avses de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader genom tilldelning av kontrakt, (1 kap. 2 § LOU). Motsvarande sägs också i 1 kap. 2 § i den nya lagen om upphandling av koncessioner, (LUK).

I 1 kap. 13 § LUK stadgas bl.a. att det med en koncession menas att *"ersättningen för arbetet eller tjänsten utgörs antingen av enbart rätten att utnyttja föremålet för koncessionen eller dels en sådan rätt, dels betalning, och att kontraktet innefattar att verksamhetsrisken övertas av*

FRONT ADVOKATER

koncessionshavaren.” Med verksamhetsrisk avses enligt 1 kap. 22 § LUK efterfrågerisk eller utbudsrisk eller båda.

Vidare stadgas det i 1 kap. 23 § LUK att övertagande av verksamhetsrisk innebär att

”koncessionshavaren genom koncessionen, vid normala verksamhetsförhållanden,

- 1. inte är garanterad att kompenseras för de investeringar som görs och de kostnader som uppstår vid utnyttjandet av det byggnadsverk eller tillhandahållandet av de tjänster som är föremål för koncessionen, och*
- 2. utsätts för en verklig exponering för förändringar på marknaden på så sätt att eventuella uppskattade förluster för koncessionshavaren inte är endast nominella eller försumbara.*

3 RÄTTSLIG BEDÖMNING

Avgörande för bedömningen i detta fall är huruvida Kommunen genom avtalet med Fraktkedjan kommer att anskaffa/köpa en vara eller tjänst eller om det enbart handlar om upplåtelse av mark samt tillåtelse för deponering av fyllnadsmassor på denna. Nedan följer en kort redogörelse för respektive scenario.

3.1 Om avtalet inte innefattar ett moment av köp

I den mån Kommunen inte köper någon tjänst eller vara av Fraktkedjan utan enbart upplåter mark samt erhåller kubikersättning för fyllnadsmassorna blir det inte aktuellt att tillämpa LOU eller LUK eftersom dessa lagar endast kommer ifråga då en upphandlande myndighet anskaffar varor eller tjänster. Görs således bedömningen att avtalet inte innefattar någon anskaffning finns det inga konkurrens- eller upphandlingsrättsliga regler som styr Kommunens val av avtalspart. Kommunen kan i så fall fritt välja vem den vill upplåta mark till respektive få ersättning för deponering av fyllnadsmassorna av.

FRONT ADVOKATER

Vad som däremot krävs är att den ersättning som Fraktkedjan betalar Kommunen enligt avtalet är marknadsmässig. I den mån ersättningen understiger vad som är marknadsmässigt kan den komma att strida mot EU:s statsstödsregler samt kommunallagens motsvarande bestämmelse om individuellt inriktat stöd till enskilda näringsidkare. Ersättningen skulle i så fall också kunna strida mot bestämmelserna i 3 kap. 27 § konkurrenslagen i den mån förfarandet skulle kunna anses snedvrida konkurrensen gentemot privatägda företag på något sätt.

3.2 Omfattar avtalet ett moment av köp?

Det som talar mot att arrendeavtalet skulle anses omfatta ett moment av köp från Kommunens sida är att Kommunen inte erlägger någon ersättning till Fraktkedjan. Tvärtom är det Fraktkedjan som erlägger ersättning med en fast summa för marken som upplåts och med en löpande summa per kubikmeter fyllnadsmassa.

Det som talar för att arrendeavtalet omfattar ett moment av köp är följande. Att marken genom genomförandet av arrendeavtalet kan ställas om till industrimark utgör en viktig anledning till att Kommunen är intresserad av att ingå arrendeavtalet. Detta skulle kunna leda till så kallad genomlysning, det vill säga att arrendeavtalet likställs med ett entreprenad-kontrakt som borde ha upphandlats.

Ett aktuellt exempel för genomlysning är Kammarrätten i Stockholms dom den 29 juni 2015 i mål nr 2737-14, Haninge Bostäder AB mot Konkurrensverket. Det kommunägda Haninge Bostäder köpte ett bolag, Vega Norra Parken, av ett byggföretag. De enda tillgångarna i bolaget var ett byggentreprenadkontrakt. Kontraktet hade ett värde av cirka 136 miljoner kronor och omfattade cirka 90 lägenheter som redan från början var avsedda för Haninge Bostäder. Eftersom köpet inte hade annonserats enligt LOU ansökte Konkurrensverket hos Förvaltningsrätten i Stockholm om att Haninge Bostäder skulle

FRONT ADVOKATER

betala det maximalt möjliga beloppet på tio miljoner kronor i upphandlingsskadeavgift. Förvaltningsrätten gick på Konkurrensverkets linje varpå Haninge Bostäder överklagade domen till Kammarrätten i Stockholm. Även kammarrätten ansåg att Haninge Bostäders förvärv av bolaget Vega skulle bli föremål för en så kallad genomlysning och att bostadsföretaget därmed skulle anses ha tilldelat ett entreprenadkontrakt utan att ha skäl för direktupphandling. Kammarrätten ansåg i sin lagakraftvunna dom att det fanns skäl att se särskilt allvarligt på överträdelsen eftersom den ingått som en del i ett genomtänkt och planerat affärsupplägg, men fann vid en helhetsbedömning att en avgift på nio miljoner kronor var en tillräcklig sanktion.

Vår bedömning är att det finns en risk för att det tilltänkta arrendeavtalet skulle kunna bli föremål för genomlysning i enlighet med Kammarrätten i Stockholms dom mot Haninge Bostäder, vilket innebär en risk för upphandlingsskadeavgift på maximalt 10 miljoner kronor för otillåten direktupphandling om Kommunen skulle välja att direkttilldela arrendeavtalet till Fraktkedjan.

3.3 Om avtalet innefattar ett moment av köp

En ytterligare förutsättning för att tillämpa LOU eller LUK på arrendeavtalet är att direktupphandlingsgränsen är uppnådd.

Direktupphandlingsgränsen uppgår till 534 890 kr om det som Kommunen anses köpa bedöms utgöra en tjänst eller byggentreprenad enligt LOU.

Om däremot det som Kommunen anses köpa bedöms utgöra en tjänstekoncession enligt LUK är direktupphandlingsgränsen högre, 2 387 903 kr.

Innan LUK trädde i kraft den 1 januari 2017 saknades det rättsliga förutsättningar för att överpröva även mycket omfattande tjänstekoncessioner i domstol. Från den 1 januari 2017

FRONT ADVOKATER

har det emellertid införts möjligheter att överpröva även tjänstekoncessioner i domstol, förutsatt att värdet överstiger den högre direktupphandlingsgränsen för tjänstekoncessioner på 2 387 903 kr.

I förevarande fall utgår vi ifrån att värdet överstiger beloppet på 2 387 903 kr, vilket innebär att upphandlingsreglerna i så fall måste följas fullt ut oberoende av huruvida det som köps klassificeras som tjänst, byggentreprenad eller tjänstekoncession. Detta innebär att Kommunen då har att annonsera upphandlingen antingen i svensk upphandlingsdatabas (som t.ex. Visma Opic) eller EU-kommissionens upphandlingsdatabas - Tenders Electronic Daily (TED) – beroende på om tröskelvärdena¹ för EU-annonsering är uppfyllda. Det innebär även att de leverantörer som inte tilldelas arrendekontraktet kommer att ha möjlighet att i förvaltningsrätt begära omprövning av en tilldelad upphandling. Tillämpas LOU eller LUK skulle det alltså inte vara möjligt att skriva avtal med Fraktkedjan utan att Kommunen först såg till att en korrekt upphandling genomfördes, där samtliga formaliakrav i LOU eller LUK om bl.a. annonsering, utvärdering och tilldelning av kontrakt följs.

3.4 Slutsatser och rekommendationer

Bedömningen av vad som gäller i förevarande fall är beroende av huruvida det tilltänkta arrendeavtalet anses innefatta ett moment av köp eller inte. Anskaffar Kommunen något

¹ Tröskelvärdet för tjänster enligt LOU är 1 910 323 kr, för byggentreprenader enligt LOU samt för tjänstekoncessioner enligt LUK är tröskelvärdet 47 758 068 kr.

FRONT ADVOKATER

genom avtalet eller rör det sig enbart om ett upplåtelseavtal samt erhållen ersättning för deponering av fyllnadsmassor?

Om det tilltänkta arrendeavtalet inte omfattar ett köpmoment utan enbart handlar om upplåtelse av mark samt tillåtelse för deponering av fyllnadsmassor, behöver Kommunen bara säkerställa att den överenskomna ersättningen är marknadsmässig.

Vår bedömning är däremot att det finns en risk för att det tilltänkta arrendeavtalet skulle kunna bli föremål för genomlysning och på så vis likställas med ett entreprenadkontrakt. Eftersom direktupphandlingsgränserna i så fall överskrids oberoende av om det tilltänkta arrendeavtalet klassificeras som tjänst eller byggentreprenad enligt LOU eller som tjänstekoncession enligt LUK, skulle en direkttilldelning av det tilltänkta arrendeavtalet kunna anses utgöra en otillåten direktupphandling. Om en otillåten direktupphandling skulle anses föreligga innebär detta en risk för upphandlingsskadeavgift på maximalt 10 miljoner kronor för otillåten direktupphandling samt risk att arrendeavtalet förklaras ogiltigt och att Kommunen kan komma att förpliktas utge skadestånd till entreprenörer som drabbats av skada.

Vår rekommendation är därför att det tilltänkta arrendeavtalet upphandlas enligt LOU eller LUK för att undvika risken för att direkttilldelningen av arrendeavtalet skulle kunna anses utgöra en otillåten direktupphandling.
