



Förvaltningsrätten i Stockholm
Allmänna avdelningen, enhet 11
115 76 Stockholm

Mål nr 4294-12; Rickard Warlenius ./. **Stockholms kommun genom dess idrottsnämnd (staden)**; laglighetsprövning enligt kommunallagen

Förelagd att yttra sig i enlighet med aktbilaga 6 får staden anföra följande.

DET ÖVERKLAGADE BESLUTET

Idrottsnämnden beslutade den 7 februari 2012, § 16, i enlighet med förvaltningens förslag, följande.

1. Idrottsnämnden beslutar att tilldela Actic Sverige AB tjänstekoncessionskontrakt för drift och skötsel av Högdalens sim- och idrottshall.
2. Förvaltningschefen ges i uppdrag att teckna tjänstekoncessionsavtal med Actic Sverige AB.
3. Paragrafen justeras omedelbart.

ÖVERKLAGANDET

Rickard Warlenius (klaganden) har yrkat att beslutet ska upphävas och att förvaltningsrätten ska förordna att beslutet inte ska gälla till dess målet slutligen avgjorts.

Grunder för överklagandet

Tjänstekoncession

Upphandlingen har genomförts som en tjänstekoncession. I upphandlingsförfarandet förekommer en betydande ersättning till Actic Sverige AB som tar över en fungerande verksamhet med inventarier och själva står för en mycket lite risk. Det är därför uppenbart att det inte är fråga om en tjänstekoncession vilket innebär att beslutet strider mot lag.

Ej tillkommit i laga ordning

Beslutet rör frågan om privatisering av offentlig verksamhet och innehåller ett dominerande ideologiskt/politiskt inslag. Då frågan är av principiell beskaffenhet borde beslutet ha fattats av kommunfullmäktige. Detta innebär att beslutet inte kan anses ha tillkommit i laga ordning.

Otillåtet stöd till enskild näringsidkare

Beslutet är att betrakta som ett otillåtet stöd till enskild näringsidkare. Actic Sverige AB har förvärvat rättigheterna att driva Högdalens sim- och badhall till en betydligt högre kostnad för kommunen än om kommunen drivit verksamheten i egen regi. Företaget och kommunen har planerat avtalet i samverkan. För att underlätta för en kommersiell leverantör att klara konkurrensen med referensbudgeten har denna gjorts om och inkluderar numera ett frivilligt intäktsavdrag istället för att enbart redovisa de faktiska intäkterna. Referensbudgeten ger på detta sätt rabatt till anbudsgivarna vars anbud är sämre ekonomiskt jämfört med att behålla driften i egen regi. Detta innebär att bolaget får anses ha erhållit ett individuellt stöd. Stödet kan inte anses vara av oväsentlig omfattning och det har inte förelegat några synnerliga skäl som gör det påkallat att ändå utge stödet.

INSTÄLLNING

Staden bestrider överklagandet i dess helhet.

GRUNDER

Rättsliga utgångspunkter

Vid laglighetsprövning enligt kommunallagen (1991:900), KL, ska domstolen endast bedöma det överklagade beslutets laglighet och inte dess lämplighet. För laglighetsprövning gäller enligt 10 kap. 8 § KL att ett överklagat beslut ska upphävas, om

1. det inte har tillkommit i laga ordning,
2. beslutet hänför sig till något som inte är en angelägenhet för kommunen eller landstinget,
3. det organ som har fattat beslutet har överskridit sina befogenheter, eller
4. beslutet strider mot lag eller annan författning.

Något annat beslut får inte sättas i det överklagade beslutets ställe.

Bakgrund och tidigare beslut

Kommunfullmäktiges beslut om policy för konkurrens och valfrihet

Kommunfullmäktige beslutade den 26 mars 2007, § 26, att godkänna stadens policy för konkurrens och valfrihet. Enligt policyn ska all verksamhet som inte är myndighetsutövning eller strategisk ledningsfunktion upphandlas i konkurrens eller erbjudas brukarna genom valfrihetssystem. Policyn vänder sig till beslutsfattare i frågor avseende konkurrens och valfrihet, däribland stadens nämnder. Beslutet har vunnit laga kraft.

Idrottsnämndens beslut den 18 oktober 2011

Idrottsnämnden beslutade den 18 oktober 2011, § 114, att a) upphandla av drift och skötsel av Högdalens sim- och idrottshall, b) godkänna förslag till förfrågningsunderlag och c) ge förvaltningen i uppdrag att genomföra upphandlingen. Beslutet har vunnit laga kraft.

Tidigare försök att upphandla, tillsyn av konkurrensverket m.m.

Idrottsnämnden och dess förvaltning försökte redan 2007 upphandla drift av verksamhet vid flera idrottsanläggningar, däribland Högdalens sim- och idrottshall. Flera anbud kom in men kunde av ekonomiska skäl inte accepteras.

2010 inledde Konkurrensverket ett tillsynsärende avseende stadens sim- och idrottshallar. Konkurrensverket konstaterade i beslut, dnr. 247/2010, den 30 juni 2010 bl.a. att den gymverksamhet som bedrivs i simhallarna är offentlig säljverksamhet som omfattas av konkurrenslagens tillämpningsområde samt att risk för konkurrensproblem generellt föreligger när offentliga aktörer driver gymverksamhet i anslutning till simhallar. Eftersom staden relativt nyligen hade försökt överlåta driften av tre sim- och idrottshallar med gym i privat regi fann konkurrensverket inte skäl att pröva ärendet i sak. Konkurrensverket utgick dock ifrån att nya försök skulle göras att få privat aktör att överta driften av verksamheten.

Staden har inför nu aktuell upphandling tagit fram ett nytt förfrågningsunderlag och nya avtalsvillkor som ska skapa bättre förutsättningar för upphandlingen.

Ramen för aktuell prövning

Det överklagade beslutet är ett beslut om tilldelning av tjänstekoncessionskontrakt. Beslutet har fattats efter en genomförd upphandling vilken i sin tur föregicks av idrottsnämndens beslut den 18 oktober 2011, varigenom nämnden beslutade att upphandling skulle genomföras samt godkände förslag till förfrågningsunderlag. Nu överklagat beslut avser således enbart tilldelning och inte genomförandet av upphandlingen i sig eller dess form av tjänstekoncession.

Sistnämnda frågor omfattas däremot av beslutet den 18 oktober 2011 som har vunnit laga kraft. Ett upphävande av detta beslut kan enligt stadens mening inte ske i nu aktuell prövning.

Fråga om beslutet har tillkommit i laga ordning och om bristande befogenhet

Klaganden har anfört att frågan är av principiell beskaffenhet och att beslutet därför borde ha fattats av kommunfullmäktige, samt att detta innebär att beslutet inte kan anses ha tillkommit i laga ordning. Vad klaganden har anfört får dock främst hänföras

till 10 kap. 8 §, 3 punkten KL, som avser kommunalt organs överskridande av befogenhet.

Enligt 3 kap. 9 § KL ska fullmäktige besluta i ärenden av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt för kommunen.

Som redogjorts för under föregående rubrik avser det överklagade beslutet endast frågan om tilldelning och inte huruvida upphandling ska ske eller i vilken form. Även om förvaltningsrätten skulle anse att ett beslut om att låta upphandla drift och skötsel av Högdalens sim- och idrottshall rätteligen borde ha fattats av kommunfullmäktige så har idrottsnämndens beslut i den delen redan vunnit laga kraft.

Ett beslut om att staden generellt ska låta upphandla tjänster och att konkurrensutsätta verksamhet är av principiell beskaffenhet. Kommunfullmäktige har fattat beslut i denna principiellt viktiga fråga. Såsom redogjorts för ovan godkände kommunfullmäktige redan den 26 mars 2007 stadens policy för konkurrens och valfrihet. Kommunfullmäktiges beslut föregicks av en omfattande ärendeberedning som påbörjades i slutet av år 2005¹.

Enligt policyn ska all verksamhet som inte är myndighetsutövning eller strategisk ledningsfunktion upphandlas i konkurrens eller erbjudas brukarna genom valfrihetssystem. Policyn vänder sig till beslutsfattare i frågor avseende konkurrens och valfrihet, däribland stadens nämnder.

I staden genomförs årligen ett stort antal upphandlingar och inhandlas varor, tjänster och verksamhetsdrift för ansevärd belopp. Erforderliga beslut i respektive upphandling fattas i regel av den nämnd vars verksamhetsområde berörs eller behörig tjänsteman. Beslut fattas i enlighet med stadens policy om konkurrensutsättning och upphandling. Nämndernas beslut att genomföra upphandlingar – i enlighet med kommunfullmäktiges direktiv – är dock inte av principiell beskaffenhet. Exempel på ett dylikt beslut är idrottsnämndens beslut den 18 november 2011.

Tjänstekoncession

Staden bestrider klagandens påstående om att upphandlingsförfarandet inte uppfyller kriterierna för tjänstekoncession.

¹ Se kommunstyrelsens utlåtande 2007:32

Enligt 2 kap. 17 § lagen om offentlig upphandling (2007:1091), LOU, avses med tjänstekoncession ett kontrakt av samma slag som ett tjänstekontrakt men som innebär att ersättningen för tjänsterna helt eller delvis utgörs av rätt att utnyttja tjänsten.

Som framgår av förfrågningsunderlaget (bilaga 1) avser upphandlingen drift och skötsel av en sim- och idrottshall. Enligt avtalet förbinder sig leverantören att i anläggningen självständigt och på eget ansvar bedriva verksamhet enligt de villkor som anges avtalet. Leverantörens ersättning utgörs av de intäkter som leverantören erhåller i form av bl.a. inträdesavgifter för bad och avgifter för upplåtelse till föreningar samt intäkter från gymverksamheten. För rätten att bedriva verksamheten och rätten att tillgodogöra sig avgifter och andra intäkter ska leverantören enligt avtalet utge ersättning till staden. Det vinnande anbudet från Actic Sverige AB innebär, utifrån en tioårig avtalsperiod, en beräknad nettointäkt till staden om 23 950 000 kr.

Förutom att ersättning till leverantören betalas av tredje man är det för tjänstekoncessionsavtal kännetecknande att tjänsteleverantören kommer att stå risken i samband med tjänsten. Den ersättning om 23 950 000 kr som leverantören enligt avtalet är skyldig att utge till staden innebär en betydande affärsekonomisk risk för leverantören.

Vidare följer enligt tjänstekoncessionsavtalet ansvar för leverantören i bl.a. följande delar:

- Skadeståndsansvar; egen skada och krav från tredje man, p. 5.16
- Skyldighet att teckna försäkringar, p. 5.17
- Införskaffande av myndighetstillstånd m.m., p. 5.18
- Leverantören är ej berättigad ersättning vid hinder eller men i verksamheten, p. 5.10
- Ansvar för maskiner, inventarier och gymutrustning, förfrågningsunderlaget s. 16 - 17.

Otillåtet stöd till enskild näringsidkare

Staden bestrider klagandens påstående om att tilldelningsbeslutet av tjänstekoncessionen skulle medföra stöd till enskild näringsidkare.

Såsom anförts ovan har staden vid ett flertal tillfällen försökt upphandla aktuell verksamhet men varit tvungen att avstå i brist på tillräckligt ekonomiskt godtagbara anbud. I nu aktuell upphandling inkom två anbud. Båda anbuden – från Medley AB respektive Actic Sverige AB – uppfyllde samtliga skall-krav. Ett av kraven var att anbudsgivarens erbjudna ersättning minst motsvarar referensbudgeten, jfr bilagd sammanställning av referensbudget samt inkomna anbud (bilaga 3), vilken är den ersättningsnivå som staden har bedömt är ekonomiskt godtagbar.

Staden har antagit Actic Sverige AB då bolagets anbud var det mest ekonomiskt fördelaktiga. Det förekommer inte någon form av stöd till Actic Sverige AB. Tvärtom utger Actic Sverige AB en betydande ersättning till staden för rätten att driva verksamheten och för rätten att tillgodogöra sig intäkter. Eftersom avtalet har konkurrensutsatts har också ersättningen – vid givna krav – blivit högsta möjliga. Förfarandet med anbudsgivning anses generellt medföra att nivån på anbuden speglar värdet av att bedriva verksamheten.

Det ska påpekas att det inte är otillåtet att det uppstår en kostnad alternativt att det är något mindre inkomstbringande att låta upphandla verksamhet jämfört med att driva verksamheten i egen regi. Kraven på god ekonomisk förvaltning innebär att de ekonomiska resurserna ska användas ansvarsfullt och för invånarnas bästa. Staden har valt att verka för konkurrensutsättning i möjligaste mån. Om det i enstaka fall skulle uppstå kostnader vid genomförandet av detta, eller minskade intäkter för staden, medför inte detta att ett beslut är olagligt.

Momsneutralisering

Som bilaga till förfrågningsunderlaget finns handling benämnd ”Referensbudget Högdalens sim- och idrottshall” (bilaga 2). Eftersom staden valt att inte lägga egenregianbud har denna referensbudget tagits fram.

I referensbudgeten finns en post benämnd ”Avdrag för momsneutralisering”. Anledningen till att denna avgående post finns med beror på att olika momsregler gäller för badverksamhet beroende på om den bedrivs av en kommun eller av en privat utförare. Badverksamhet som bedrivs av en kommun är undantagen från moms i enlighet med vad som följer av 11 a §, 3 kap. mervärdesskattelagen (1994:200, ML). En privat utförare av badverksamhet är tvungen att ta ut moms med 6 % enligt 1 §, 7 kap. ML.

Detta innebär för en privat utförare att viss del av intäkten måste levereras in till staten såsom utgående moms. I nu aktuell tjänstekoncession så är det staden som bestämmer den taxa som gäller och därmed det pris som allmänheten ska betala. Den privata utföraren tillåts inte höja priset för att kompensera sig för den del av de totala intäkterna som är utgående moms.

Exempel: Den privata utförarens intäkt för en månad uppgår till 1 000 000 kr. Då pålägget för moms är 6 % innebär detta att 5,66 % av 1 000 000 kr, eller 56 600 kr, är moms. Detta måste redovisas till staten som utgående moms.

För att referensbudgeten ska bli neutral och behandla privata och kommunal utförare lika, har intäktssidan reducerats med 5,66 % för varje år.

Gynnande

Som ovan anförts har tjänstekoncessionen upphandlats. Då den ersättning som staden erhåller har bestämts efter en konkurrensutsättning får den anses vara marknadsmässig. Härav följer att det inte finns något inslag av gynnande till enskild näringsidkare. Det ska framhållas att leverantören på intet sätt får en ekonomisk fördel av momsneutraliseringen. Den del av intäkten som för den privata utföraren/leverantören utgör moms erläggs till staten och kommer således inte leverantören till del.

Övrigt

Med hänsyn till vad som har anförts ovan och då det inte heller i övrigt har framkommit någon omständighet som föranleder att beslutet är olagligt i något hänseende som avses i 10 kap. 8 § KL ska överklagandet avslås.

Bilagor

1. Förfrågningsunderlag avseende drift och skötsel av Högdalens sim- och idrottshall inklusive förlaga till tjänstekoncessionsavtal.
2. Referensbudget, justerad version 2011-11-16
3. Ekonomisk sammanställning av beräknad nettointäkt enligt referensbudget samt anbudsgivarnas erbjudna ersättning i faktiska värden.