

PM 2 2007-10-10 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom underlåtenhet att tillämpa lagen om offentlig upphandling (direktutdelning).

Ragunda kommun har utan att iaktta gällande upphandlingsbestämmelser ingått avtal med en privat leverantör avseende bland annat driften av en kommunalt ägd turistanläggning.

Ragunda kommun har, såvitt framgår av tillgänglig dokumentation, tecknat avtal med ett av de privata företagen K.A Driftteknik AB¹ alternativt Älgårdsberget AB² om hyra och drift av den kommunala anläggningen Älgårdsberget, som är belägen på fastigheten Ragunda Bispgården 2:39.

Älgårdsberget är en av Ragunda kommun ägd konferensanläggning som består av tolv konferenslokaler med en kapacitet för maximalt 160 personer samt möjlighet till övernattnings för 145 personer, och har delvis låg standard. Därjämte finns det i anläggningen matsal, pub och datasal.³ Anläggningen har tidigare utnyttjats som utbildningsinternat av Mitthögskolan och av f.d. Skogshögskolan. Berörda fastigheter⁴ förvärvades av Ragunda kommun från Akademiska hus och Sveriges Lantbruksuniversitet genom kommunala beslut under 2003 och senare⁵. Kommunen har sedan dess löpande utvärderat vilken långsiktig inriktning kommunen skall ha beträffande lokaler och skog vid Älgårdsberget.

Det aktuella avtalet består av två handlingar, dels ett för hand ifyllt standardformulär⁶ rubricerat "Lokaler HYRESKONTRAKT med indexklausul" (nedan Hyreskontraktet), dels ett som "Bilaga 1" till hyreskontraktet fogat särskilt kontrakt, rubricerat "Tillägg till hyreskontrakt för fastigheten Bispgården 2:39" (nedan Tilläggskontraktet).

I Hyreskontraktet anges Ragunda kommun som hyresvärd och "Älgårdsberget AB (Kent Andersson)" som hyresgäst. Vidare framgår att kontraktet avser upplåtelse med hyresrätt till fastigheten (Ragunda) Bispgården 2:39 under perioden den 1 maj 2007 till och med den 31 december 2011. Upplåtelsen avser "Utbildning, projektverksamhet, konferenser m.m.". Hyra skall enligt Hyreskontraktet utgå med 50.000 kronor per år jämte justering enligt förändringar i konsumentprisindex (KPI), med oktoberindex 2006 som basår.

Enligt det till Hyreskontraktet fogade Tilläggskontraktet har hyresavtal ingåtts mellan Ragunda kommun och K.A Driftteknik (alternativt Älgårdsberget AB). Vidare framgår att K.A Driftteknik, å den ena sidan, skall ansvara för vissa i avtalet specificerade kostnader och åtgärder avseende den hyrda fastighetens drift och kortsiktiga underhåll⁷ samt att Ragunda kommun, å den

¹ K.A Driftteknik AB, med organisationsnummer 556605-8664 bildades den 31 oktober 2000 och registrerades av Bolagsverket den 7 februari 2001. Nuvarande firma registrerades den 30 mars 2003. Tidigare firma var Stiftaren 7066 AB. Någon för bolaget registrerad bifirma finns inte. Bolagets registrerade aktiekapital uppgår till 100.000 kronor fördelat på 1.000 aktier på nominellt 100 kronor vardera. Föremålet för bolagets verksamhet består enligt gällande bolagsordning av att "bedriva drift och skötsel av fastigheter samt handel med värdepapper ävensom idka därmed förenlig verksamhet".

² Älgårdsberget AB med organisationsnummer 556730-3457, bildades den 30 april 2007 och registrerades av Bolagsverket den 3 maj 2007. Bolagets firma registrerades samma dag. Bolagets registrerade aktiekapital uppgår till 100.000 kronor fördelat på 1.000 aktier på nominellt 100 kronor vardera. Föremålet för bolagets verksamhet består enligt gällande bolagsordning av "... lokaluthyrning och därmed förenlig verksamhet".

³ Se <http://www.alggardsberget.se/>.

⁴ Anläggningen består, förutom av nu aktuella fastigheten Ragunda Bispgården 2:39 (elevbostäderna) även av fastigheten Ragunda Bispgården 2:1, vilken omfattar bl.a. skogsmark.

⁵ Kommunstyrelsen i Ragunda beslutade den 21 oktober 2003 (KS § 1215/03) att föreslå kommunfullmäktige att förvärva fastigheten Ragunda Bispgården 2:1 samt att senast inom tre år utvärdera det fortsatta ägandet. Fastigheten Ragunda Bispgården 2:39 (elevbostäderna) förvärvades senare. Fastigheterna har därefter genomgått vissa fastighetsbildningsåtgärder varigenom skogsmarken kommit att avstyckas till fastigheten Ragunda Bispgården 2:1 medan förekommande byggnader avskiljts till fastigheten Ragunda Bispgården 2:39.

⁶ Kommentus Gruppen AB, blankett 271135.

⁷ I Tilläggskontraktet specificeras följande kostnader och åtgärder för vilka K.A Driftteknik AB skall svara: "Drift, med vilket menas åtgärder med ett förväntat intervall mindre än två år, vilka syftar till att upprätthålla funktionen på anläggningen och dess byggnader. Energiförbrukning för anläggningen (pellets, olja och el). Fasta avgifter t.ex. abonnemangsavgifter, nätavgifter (el). Avgifter för vatten/avlopp. Snöröjning, sandning och gräsklippning. Städning. Sophämtning/slamtömning (fettavskiljare). Planteringar. Teleavgifter. Serviceavtal. Låssystem. Sotning samt rengöring av ventilationskanaler från kök. Verksamhetsförsäkring".

andra sidan, skall svara för kostnader och åtgärder hänförliga till långsiktigt underhåll, fastighetsförsäkring m.m.⁸ Årlig fastighetssyn skall genomföras med K.A Driftteknik AB gemensamt med personal från Ragunda kommun och vid avtalstidens slut skall fastighetens besiktigas och icke godkända förändringar återställas av K.A Driftteknik AB.⁹

Under rubriken ”Tillägg till hyreskontraktet för 2007” anges att under en period av åtta månader (maj till och med december) skall Ragunda kommun hyra tillbaka lokaler i den aktuella fastigheten¹⁰ för sammanlagt 242.000 kronor, utgörande (som det kan förstås) årshyra för 2007. Kommande års ersättningar för kommunens återhyra av lokaler i anläggningen skall omförhandlas under september månad varje år.

Tidigare hyresavtal avseende den aktuella fastigheten löpte ut den 1 augusti 2007¹¹. Det nu aktuella hyresavtalet (bestående av dels Hyreskontraktet dels Tilläggskontraktet) har, liksom motsvarande tidigare avtal, inte varit föremål för någon annonserad upphandling. Ragunda kommun uppger sig istället ha formlöst vänt sig till befintliga ”fasta hyresgäster” på anläggning och förhört sig bland dessa om ett eventuellt intresse för att hyra anläggningen. Efter förhandlingar med ytterligare en intressent tecknade kommunen det aktuella avtalet med K.A Driftteknik (alternativt Älggårdsberget AB), vars erbjudna kalkyl bedömdes som den ekonomiskt mest fördelaktiga.

Avtalets s.k. kontraktsvärde kan enligt gällande beräkningsbestämmelser och med utgångspunkt i den årliga nettobetaling som skall ske från Ragunda kommun till K.A Driftteknik AB (alt. Älggårdsberget AB) uppskattas till minst ca 768.000 kronor.

Gällande rätt

Bestämmelser om offentlig upphandling återfinns i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU. Lagen omfattar bl.a. kommunala myndigheter, vilka enligt lagens terminologi benämns som *upphandlande enheter* och med *upphandling* avses enligt 1 kap. 5 § LOU alla köp av bl.a. tjänster som görs av en upphandlande enhet.

Upphandling av tjänster för fastighetsförvaltning, inklusive städning och löpande underhåll (A–tjänster, kategori 14) skall handläggas enligt bestämmelserna i 6 kap. LOU om det samlade kontraktsvärdet¹² understiget det i lagen angivna tröskelvärdet 200.000 euro eller 1,826 miljoner kronor¹³ Överstiger kontraktsvärdet angivna tröskelvärdet skall handläggningen ske enligt bestämmelserna i 1 kap. och 5 kap. LOU.

Enligt 1 kap. 4 § LOU gäller 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 förarbetena¹⁴ till lagen motiveras huvudregeln om affärsmässighet av hänsyn till principen om icke diskriminering (EG-fördraget, art.

⁸ I Tilläggskontraktet specificeras följande kostnader och åtgärder för vilka Ragunda kommun skall svara: ”Underhåll, med vilket menas åtgärder som syftar till att återställa funktionen på fastigheten och dess byggnader. Det gäller t.ex. vatten och avloppsnät, el-nät, fasta elmontage, värme/ventilationsanläggningar, fasader, fönster, husgrunder. [vidare] Försäkringar för fastigheten. Brandskyddsbesiktningar. Vägavgifter”.

⁹ Kontraktshandlingarna är daterade och undertecknade den 25 april 2007. Varken Hyreskontraktet eller Tilläggskontraktet är emellertid firmatecknat, så det framgår inte vem eller vilket av de båda angivna bolagen (Älggårdsberget AB eller K.A Driftteknik AB) avtalet faktiskt avser. Älggårdsberget AB var för övrigt, inte ens bildat vid tidpunkten för avtalet.

¹⁰ Ragunda kommuns aktuella återförhyrning av lokaler i fastigheten avser dels ”lokaler för ”Det skogshistoriska arkivet”” (62.000 kronor i hyra) dels ”de rum som finns i restauranghuset” (180.000 kronor i hyra). Eventuellt kan annan part än Ragunda kommun(”JilU-Tema skog”) komma att ansvara gemensamt med kommunen för hyran avseende ”Det skogshistoriska arkivet”. Betalning skall dock ske genom Ragunda kommun.

¹¹ Det tidigare hyresavtalet sades upp av Ragunda kommun den 31 oktober 2006.

¹² Om ett upphandlingskontrakt avseende tjänster inte anger något totalpris skall kontraktsvärdet enligt 5 kap. 7 § g.m. 6 kap. 16 § LOU beräknas till det fulla värdet av tjänsterna under kontraktets löptid om denna är högst 48 månader och till månadsvärdet multiplicerat med talet 48, om löptiden är längre eller om kontraktet löper på obestämd tid.

¹³ Se förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling. Gällande tröskelvärdet från och med den 1 januari 2006..

¹⁴ Prop. 1992/93:88, sid. 59-60.

6). Reglerna är bl.a. utformade i syfte att försvåra möjligheterna att i upphandlingen gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt.

Lagens bestämmelser förbjuder bland annat fri anbudsprövning. Allmänt grundande överväganden får således inte förekomma, utan relevanta värderingsgrunder skall tydligt framgå av ett skriftligt förfrågningsunderlag som måste finnas upprättat. Ovidkommande hänsyn till lokala leverantörer får heller inte förekomma¹⁵.

Upplåtelse av *hyra* eller *arrende* är som huvudregel undantaget från kraven på offentlig upphandling. En förutsättning för undantag är emellertid att fråga är om avtal som till sitt innebörd utgör *rena* hyres eller arrendeavtal. Andra avtal, vilka kan ha rubricerats eller utformats som hyres- eller arrendeavtal men även innefattar moment där hyresgästen / arrendatorn t.ex. skall utföra vissa tjänster eller på vissa av hyresvärden / arrendegivaren angivna villkor tillhandahålla nyttigheter, omfattas däremot inte alltid med säkerhet av undantagen i 5 kap. 1 § LOU. Sådana avtal måste istället underkastas en individuell bedömning i sak och bör, för det fall att motprestation i form av upphandlingsskyldig tjänst kommer ifråga, bedömas enligt bestämmelserna om tjänsteupphandling enligt LOU. Undantagen från LOU vid hyra och arrende är således inte tillämpliga vid exempelvis förtäckta driftentreprenader .

Dåvarande Nämnden för offentlig upphandling (NOU)¹⁶ har i sin årssammanställning 1996 anfört följande: *"NOU inser att det i vissa fall kan vara svårt att klart fastställa gränsen mellan arrende eller hyra å ena sidan och anskaffandet av en tjänst å andra sidan. Gränserna måste dras mot bakgrund av avtalets syfte och utformning"*¹⁷. Enligt uttalanden i doktrin i anslutning till nämndens avgörande framgår att ju större frihet en arrendator eller hyresgäst har att själv disponera fastigheten, utforma innehållet i sina arbetsuppgifter och påverka verksamhetens lönsamhet, desto starkare skäl talar för att transaktionen är att bedöma som en hyra eller ett arrende.¹⁸

I flera avtal förekommer även viss reglering av vad hyresgästen skall eller inte skall syssla med, inklusive direkta tjänster åt uppdragsgivaren. Ju fler tjänster som utförs i uppdragsgivarens intresse och ju mer uppdragsgivaren styr hyresgästens verksamhet i den uthyrda byggnaden, desto mer talar enligt NOU:s mening för att avtalet skall betraktas som ett avtal om anskaffning av tjänster och föregås av en upphandling enligt LOU.

Angiven gränsdragningsproblematik har även varit föremål för avgörande i domstolspraxis (Länsrätten i Göteborg samt därefter Kammarrätten i Göteborg).¹⁹ Fråga var om ett avtal mellan Tjörns kommun och en båtförening om förvaltning av en fritidsbåtshamn (arrende). Föreningen hade inte åtagit sig några tjänster eller arbeten utöver vad som var en naturlig del av driften av båthamnen, varför avtalet enligt kammarrättens bedömning inte ansågs innefatta upphandling i LOU:s mening. Hade den upphandlande enheten emellertid styrt verksamheten mera i detalj, bestämt avgifters storlek, krävt att nyttjanderättshavaren också skall utföra andra tjänster, hade såvitt framgår av domskälen, resultatet kunna ha blivit ett annat.²⁰

¹⁵ Förekommande möjlighet att vid offentlig upphandling särskilt gynna lokal handel har varit föremål för utredning och bedömning av den statliga upphandlingskommittén. I slutbetänkandet SOU 2001:31 sid. 204-205, anför kommittén bl.a. att en upphandlande enhets möjligheter att ställa upp villkor för deltagande i en upphandling eller tillämpa utvärderingskriterier som innebär att den tar lokala hänsyn i den enskilda upphandlingen är mycket begränsade, eftersom detta torde strida mot såväl huvudregeln om affärsmässighet som diskrimineringsförbudet i EG-fördraget.

¹⁶ Se 7 kap. 9 § LOU samt förordningen (1993:98) med instruktion för Nämnden för offentlig upphandling. Från och med den första september 2007 planeras tillsynsansvaret övergå på Konkurrensverket.

¹⁷ Nämnden för offentlig upphandling (NOU) årssammanställningen NOU-info för 1996.

¹⁸ Hentze-Sylvén, lagbokskommentaren till lagen om offentlig upphandling (gula upplagan, sid 354). Se även NOU:s nyhetsbrev för mars 1999, sid 3.

¹⁹ Länsrätten i Göteborg mål nr. 7907-98 E och Kammarrätten i Göteborg mål nr. 8608-1998.

²⁰ Länsrätten, vars domslut fastsläddes av kammarrätten, hänvi-sade i skälen till NOU:s ärenden, om bl.a. drift av campingplats, vandrarhem och kursgård, med inslag av tjänstekoncession. Ur domen kan läsas: *"Nämnden har därvid intagit den ståndpunkten att har avtalet inkom avsett driften av en verksamhet som nyttjanderättshavaren helt har fått styra och ta emot betalning för, för egen del, har detta ansetts som ett hyres- eller nyttjanderättsavtal som inte har behövt vara föremål för upphandling. Om däremot den upphandlande enheten dels styrt verksamheten*

Av det anförda framgår att utformning och rubricering av avtal som ”arrende” eller ”hyres” avtal inte i sig medför undantag från upphandlingslagens reglering. En förutsättning för sådant undantag är att avtalen är rena arrende eller hyresavtal och inte innefattar sådana statuter att avtalen rätteligen skall betraktas som tjänsteavtal.

Enligt 7 kap. 2 § LOU kan talan mot en felaktigt genomförd offentlig upphandling överprövas av allmän förvaltningsdomstol, med länsrätt som första instans. Överprövning kan ske fram till dess att ett upphandlingskontrakt²¹ har tecknats, dock fram till dess att det har gått minst tio dagar efter det att tilldelningsupplysning²² har lämnats. Vid otillåten direkttilldelning kan enligt vägledande rättspraxis²³ överprövning dock alltid ske. Enligt 7 kap. 6 § LOU kan även skadeståndsprövning komma i fråga vid överträdelse av LOU. Prövningen sker i sådant fall i allmän domstol, med tingsrätt som första instans. Talan om skadestånd enligt LOU skall normalt vara väckt inom ett år från den tidpunkt då ett upphandlingskontrakt föreligger.²⁴

mera i detalj, bestämt avgifters storlek, krävt att nyttjanderättshavaren också skall utföra andra tjänster, har mängden av så-dana tjänster vägts in i bedömningen. Ju större andelen tjänster varit, desto mer har det övervägt till att anses som en tjänsteupphandling".

²¹ Med ”upphandlingskontrakt” avses enligt 1 kap. 5 § LOU skriftliga avtal som en upphandlande enhet ingår avseende upphandling enligt LOU och som undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur.

²² Med ”tilldelningsmeddelande” avses sådan upplysning om beslut om tilldelning samt skälen för detta beslut som den upphandlande enheten enligt 1 kap. 28 § LOU skall lämna varje anbudssökande eller anbudsgivare.

²³ Se RÅ 2005 ref. 10 – Ryanair.

²⁴ Vid otillåten direkttilldelning torde talan om skadestånd – med hänvisning till överprövningsbestämmelserna – kunna väckas utan begränsning i tiden. Frågan har dock aldrig prövats i vägledande rättspraxis.

Yttrande

Ragunda 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.

Av utredningen i ärendet framgår att Ragunda kommun skall hyra ut den kommunala konferensanläggningen Älgårdsberget till ett privat företag (dock oklart vilket) för en årlig hyra av 50.000 kronor per år. Enligt samma avtal skall kommunen sedan hyra tillbaka delar av anläggningen för 242.000 kronor per år, vilket motsvarar nästan fem gånger den ursprungligt avtalade hyran.

Älgårdsberget är en kommunal anläggning som kommunen har ett grundläggande ansvar för att driva och förvalta på ett ändamålsenligt sätt. De tjänster för drift och kortsiktigt underhåll som enligt hyresavtalsförhållandet skall utföras av K.A Driftteknik AB (alternativt Älgårdsberget AB) skulle kommunen annars ha varit tvungen att utföra (eller låta utföra) i egen regi.

Uthyrning såväl som hyra av fast egendom är som huvudregel undantaget från det upphandlingsrättsliga regelverket. Det aktuella avtalets konstruktion och den omvända betalningsströmmen tyder emellertid på att det inte är fråga om någon renodlad hyresöverenskommelse, utan att kommunen tillgodogör den nytta som ligger i att någon tar om hand och förvaltar den kommunala konferensanläggningen, för att sedan ställa vissa delar av anläggningen tillbaka till kommunens förfogande. Nettobeloppsmässigt innebär avtalet en årlig överföring av minst 192.000 kronor från kommunen till hyresgästen. Därtill kommer den naturförmån som ligger i att hyresgästen kan tillgodogöra sig de delar av anläggningen som inte återhyrs av kommunen.

Mot denna bakgrund och vid en sammantagen bedömning kan det aktuella avtalsförhållandet närmast betraktas som ett förtäckt tjänstekontrakt, vilket rätteligen skulle ha konkurrensutsatts i enligt bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling. Förfarandet skulle därvid ha annonserats så att även andra leverantörer än de som har tillfrågats hade beretts möjlighet att lämna anbud.

Vad som i formell mening utgör upphandling avgörs ytterst av domstol. Enligt Konkurrenskommissionens preliminära bedömning har dock den lokala konkurrensen på området för fastighetsförvaltningstjänster snedvridits samtidigt som gällande bestämmelser om offentlig upphandling kan ha överträtts.