



KLAGANDE

1. [REDACTED]
2. [REDACTED]
3. [REDACTED]
4. [REDACTED]
5. [REDACTED]
6. [REDACTED]
7. [REDACTED]
8. [REDACTED]
9. [REDACTED]
10. [REDACTED]
11. [REDACTED]

Ombud för 3–11: Chefsjurist Pär Cronhult

MOTPART

Härnösands kommun

Ombud:

Advokaterna Sven Vaxenbäck och Fredrik Sjövall
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Härnösands dom den 18 december 2018 i mål
nr 2210-16, se bilaga A

SAKEN

Laglighetsprövning

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandena.

YRKANDEN

Klagandena yrkar att kommunfullmäktiges beslut ska upphävas.

Kommunen anser att överklagandena ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR I KAMMARRÄTTEN

[REDACTED]

Han hänvisar till vad han anfört i förvaltningsrätten.

[REDACTED]

Hotellbolaget kommer under den föreslagna avtalstiden, som är 20 år, att ha ett betydande årligt överskott genom kommunens driftbidrag utan att behöva förändra någonting. Ändrade upphandlingsvillkor har medfört att hotellbolaget inte tar på sig någon risk på grund av ett inte förpliktande krav att ett hotell ska byggas. Kraven i förfrågningsunderlaget den 22 augusti 2014 att ett hotell ska uppföras har ändrats så att ett slutbesiktigat hotell inte längre är ett villkor för avtalets bestånd. Enligt det upprättade koncessionsavtalet räcker det att hotellbygget har påbörjats. Det räcker alltså att en grop har grävts. Det kan också medföra att hotellbolaget inte vill eller kan fullfölja hotellbygget men fullfölja den del av koncessionsavtalet som gäller drift av simhallen.

Den av kommunen antagna detaljplanen innebär en mängd åtaganden för kommunen för att göra det möjligt för hotellbolaget att bygga hotellet. De åtgärder som kommunen måste vidta borde i stället åligga hotellbolaget. Avtalet mellan kommunen och hotellbolaget bör inte anses som en tjänstekoncession utan som en tjänsteupphandling, som ska upphandlas enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Även ändringen i

upphandlingsvillkoren från kravet på ett färdigbyggt hotell till ett påbörjat hotell måste vara en sådan väsentlig ändring av kraven i förfrågningsunderlaget att det borde vara fråga om en ny upphandling och ett nytt avtal.

Kommunen har inte redovisat någon konsekvensbedömning avseende effekter på personal, ekonomi, verksamhet m.m. Tilldelningskriterierna är redovisade men utan särskild prioritetsordning. Kommunen har i anbuds- och upphandlingsprocessen varit partisk till förmån för hotellbolaget. Dessa omständigheter har inte tidigare åberopats. Enligt förvaltningsprocesslagen (1971:291) har emellertid parter rätt att föra in nya omständigheter i målet och att ändra sin talan.

Övriga klagande

I en första version av koncessionsavtalet kopplades avtalets bestånd till ett villkor om att ett färdigt och slutbesiktigt hotell skulle finnas på plats. Vid den slutliga tilldelningen och kontraktsskrivningen med kommunen ändrades villkoret till att hotellbygget endast behövde vara påbörjat. Ändringen har medfört ett nytt och väsentligt annat kontrakt än det som ursprungligen annonserades. Kommunfullmäktiges överklagade beslut innefattar därför en otillåten direktupphandling och ska upphävas för att det strider mot lag eller annan författning.

Principerna i EU-direktivet ska tolkas bl.a. på det sättet att föremålet och tilldelningskriterierna för det aktuella kontraktet ska vara tydligt fastställda redan när anbudsförfarandet inleds så att samtliga villkor och former för tilldelningsförfarandet återfinns formulerade i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget på ett klart, precist och entydigt sätt. Den upphandlande myndigheten får därefter inte frångå dessa krav. En väsentlig ändring av villkoren för ett kontrakt medför en ny och inte annonserad upphandling och ett nytt kontrakt. Även en förändring av förfrågningsunderlaget under pågående anbudstid kan medföra att det är en ny upphandling

och ett nytt avtal. Förutsättningen är emellertid att förändringen innebär att det ingångna avtalet uppvisar betydande skillnader i förhållande till det avtal som ursprungligen annonserades. Vissa väsentliga förändringar är av sådan art att inte ens en förlängning av anbudstiden kan läka förändringen.

Skillnaden mellan att ha ett färdigbyggt och slutbesiktigt hotell på plats och att enbart ha ett påbörjat hotellbygge är en sådan väsentlig förändring av kraven i förfrågningsunderlaget under pågående anbudstid att det har blivit en ny och inte annonserad upphandling och ett nytt avtal. Detta visar sig särskilt i att förekommande tidsfrister ytterligare har undantagits och/eller ändrats i efterhand genom det tilläggsavtal som tecknades mellan parterna i november 2017.

Kommunen

Entreprenören är inte garanterad några intäkter utan står i stället en betydande ekonomisk risk vid utförandet av tjänstekoncessionen. Utgångspunkten är ett underskott som behöver täckas genom intäkter från verksamheten. Tjänstekoncessionsavtalet innehåller inte några åtaganden att t.ex. flytta minigolfbanor och boulebanor eller att bygga nya parkeringsplatser m.m.

Det har inte skett någon ändring av kravet att tjänstekoncessionshavaren ska uppföra ett hotell på en fastighet i anslutning till simhallen. Kravet har funnits sedan tjänstekoncessionen utannonserades och gäller alltså. Under avtalsförhandlingarna med leverantören har avtalstexten justerats i successiva utkast som utväxlats mellan parterna. Den av klagandena åberopade ändringen är en sådan justering och de åberopade handlingarna är ett utkast till tjänstekoncessionsavtalet från olika skeden av förhandlingarna. Genom avtalsförhandlingarna har parterna kommit överens om att knyta uppsägningsrätten till påbörjande av utförandet av hotellet i stället för till slutbesiktningen. Denna särskilda uppsägningsrätt har alltså tidigarelagts. Den gäller dessutom i tillägg till allmänt tillämpliga regler om uppsägningsrätt

och hävning. Uppförandet av ett hotell är, och har hela tiden varit, en väsentlig förutsättning för att ingå tjänstekoncessionsavtalet. Det har alltså inte skett någon ändring i kravet på att koncessionshavaren ska uppföra ett hotell på en anvisad fastighet i anslutning till simhallen. Tidigareläggning av den särskilda uppsägningsrätten innebär inte att det är fråga om en ny tjänstekoncession, eller väsentliga villkorsändringar, som aktualiserar ny annonsering.

██████████ har först i kammarrätten anfört partiskhet till förmån för hotellbolaget, avsaknad av konsekvensbedömning och avsaknad av särskild prioriteringsordning vid redovisning tilldelningskriterierna. Sådana omständigheter som åberopats efter överklagandetidens utgång får inte beaktas i målet.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Tjänstekoncession eller upphandling enligt LOU?

██████████ vidhåller i kammarrätten sin inställning att avtalet mellan kommunen och hotellbolaget inte ska anses som en tjänstekoncession utan som tjänsteupphandling, som ska upphandlas enligt LOU eftersom hotellbolaget inte står någon avgörande risk och hotellbygget möjliggörs tack vare kommunens åtaganden. ██████████ och övriga klagande anför även i kammarrätten att ändringen av villkoret för avtalets bestånd från kravet på att hotellet ska vara färdigt och slutbesiktigt till att hotellbygget endast ska ha påbörjats har medfört ett nytt och väsentligen annat kontrakt och därmed blivit en ny och inte annonserad upphandling.

Kommunen anför å sin sida att entreprenören inte är garanterad några intäkter utan i stället står en betydande risk vid utförandet av tjänstekoncessionen och att avtalet inte innehåller de åtaganden för kommunen som ██████████ påstår. Vidare anför kommunen att kravet hela tiden varit att tjänstekoncessionshavaren ska uppföra ett hotell på en fastighet i anslutning till sim-

hallen och att ändringen av uppsägningsrätten endast inneburit en justering av avtalstexten under förhandlingarna med leverantören.

Kammarrätten instämmer i förvaltningsrättens bedömning att leverantören, även med hänsyn till kommunens tillskott och olika åtaganden, har tagit en betydande ekonomisk risk samt att det överklagade beslutet avser en revidering av ett tjänstekoncessionsavtal och föremålet för tjänstekoncessionen inte därigenom väsentligt har förändrats utan alltjämt utgör drift av simhallen och uppförandet av ett hotell i anslutning till simhallen. Det som förändrats är snarast utformningen av villkoren för hävande men inte själva åtagandet i sig. Med beaktande av dessa omständigheter och vad som i övrigt har framkommit i målet finner kammarrätten, i likhet med förvaltningsrätten, att det avtal som kommunen och leverantören har slutit är en tjänstekoncession, och således inte en upphandling, och att en prövning ska göras enligt bestämmelserna om laglighetsprövning i den då gällande kommunallagen (1991:900).

Laglighetsprövning

Av 10 kap. 10 § kommunallagen framgår att vid prövningen av ett överklagande får inte beaktas andra omständigheter än sådana som klaganden har hänvisat till före klagotidens utgång.

Högsta förvaltningsdomstolen har i rättsfallet RÅ 1995 ref. 89 slagit fast att vid laglighetsprövning av ett kommunalt beslut får omständigheter, som åberopats av en klagande i första domstolsinstans före klagotidens utgång och som prövats där, inte åberopas av annan klagande först i överinstans.

Före klagotidens utgång har klaganden möjlighet att komplettera överklagandet men de omständigheter som anförs därefter får inte beaktas vid prövningen. Som kommunen anfört kan de omständigheter som [REDACTED] fört fram först i kammarrätten inte beaktas i målet. Vad kammarrätten har

att pröva är därför de omständigheter som klagandena har anfört före klagotidens utgång i förvaltningsrätten och som förvaltningsrätten har prövat.

Kammarrätten finner inte skäl att göra någon annan bedömning än vad förvaltningsrätten gjort avseende rubriksättningen och felaktig beredning.

Kammarrätten finner att vad klagandena anfört i de frågor som kammarrätten har att pröva inte innebär att kommunfullmäktiges beslut är olagligt enligt bestämmelserna i den då gällande kommunallagen. Överklagandena ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 2).

Anders Odmark
kammarrättsråd
ordförande

Martin Hamrin
kammarrättsråd

Jan Karlsson
kammarrättsassessor
referent

I avgörandet har även de särskilda ledamöterna Carina Lidgren Heimersson och Isak Nyberg deltagit.