

Förvaltningsrätten i Härnösand
Box 314
871 27 Härnösand

ANSÖKAN OM LAGLIGHETSPRÖVNING MED YRKANDE OM INHIBITION

SÖKANDE: (a)
(b)
(c)
(d)
(e)
(f)
(g)
(h)
(i)

Ombud: Chefjuristen Pär Cronhult och
juristen Viktor Robertson
Box 5625
114 86 STOCKHOLM

Mailadress: pc@dnv.se;
vr@dnv.se
Tel: 08-545 03 818; mobil: 0733-26 44 00

MOTPART: Härnösands kommun
871 80 Härnösand

SAKEN: Laglighetsprövning enligt kommunallagen
(1991:900).

ÖVERKLAGAT BESLUT: Kommunfullmäktiges i Härnösand beslut
av den 20 juni 2016, KF § 89/16.

Såsom ombud enligt bilagda fullmakter, se Bilagorna 1 a-i, för

(nedan Sökandena), vilka samtliga är
kommunmedlemmar i Härnösands kommun (nedan Kommunen), får vi här-
med överklaga kommunfullmäktiges rubricerade beslut, Bilaga 2.

Kommunfullmäktiges protokoll anslogs den 22 juni 2016.

1. YRKANDEN

Sökandena yrkar att förvaltningsrätten upphäver kommunfullmäktiges överklagade beslut.

Sökandena yrkar även att förvaltningsrätten omedelbart förordnar att det överklagade beslutet tills vidare inte får verkställas (inhibition).

2. GRUNDER

Till grund för talan om laglighetsbesvär anförs att det överklagade beslutet strider mot lag eller annan författning.

Kommunen har direkttilldelat ett kontrakt avseende tjänstekoncession för drift och skötsel av den kommunala simhallen. Eftersom upphandlingen påbörjats efter den 18 april 2016 och kontraktet värdemässigt överstiger gällande tröskelvärde är det s.k. tjänstekoncessionsdirektivet (2014/23/EU) tillämpligt på förfarandet med s.k. vertikal direkt effekt.

Det föreligger överhuvudtaget inga undantag från kravet på annonsering av tjänstekoncessioner, varken i enlighet med tjänstekoncessionsdirektivet eller primärrättens bakomliggande krav på etableringsfrihet och fri rörlighet av tjänster enligt artiklarna 49 och 53 Fördraget om Europeiska unionens funktions-sätt (FEUF) samt de därmed sammanhängande principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn.

Kommunen har visserligen tidigare annonserat en upphandling avseende liknande tjänster. Detta förfarande omfattade emellertid i väsentligt avseende avvikande anbudsförutsättningar, varför det rör sig om ett annat kontrakt och en annan upphandling än vad kommunfullmäktige nu tagit ställning till och beslutat om och som laglighetsprövningen avser.

3. REDOVISNING AV OMSTÄNDIGHETERNA I SAK SAMT UTVECKLING AV TALAN

Kommunfullmäktige i Härnösand beslutade vid sammanträde den 20 juni 2016 (KF § 89/2016) att anta ett "reviderat tjänstekoncessionsavtal" avseende driften av Härnösands simhall.

Det avtal som kommunfullmäktige tagit ställning till utgör en reviderad form av en tidigare, såsom tjänstekoncession utan-
nonserad, upphandling som dock aldrig kommit att avslutas i enlighet med sina ursprungligen angivna villkor.

I den ursprungliga upphandlingen har avtalets bestånd gjorts beroende av ett villkor om att koncessionshavaren ska låta nyuppföra en hotellbyggnad som måste vara *slutbesiktigad* vid en viss tidpunkt, se p. 20.2.x, Bilaga 3.

I det reviderade tjänstekoncessionsavtal som fullmäktige nu haft att besluta om, och även godkänt, har detta villkor ändrats så att ett slutbesiktat hotell inte längre utgör villkor för avtalets bestånd, se p. 20.2.vii, Bilaga 4.

Det avtal som kommunfullmäktige lagt till grund för sitt beslut avviker således från de villkor som ursprungligen annonserats. Avvikelsen är såpass väsentlig att det är fråga om ett nytt kontrakt och därmed även en ny upphandling.

Denna nya upphandling har varken annonserats eller på annat sätt offentliggjorts på ett sådant sätt att andra intresserade anbudsgivare än Attini Hotell AB har givits möjlighet att delta med anbud utifrån de nya, reviderade, avtalsvillkor som innebär avsevärd lättnad för koncessionshavaren.

Upphandlingen av det av fullmäktige beslutade avtalet har påbörjats efter det s.k. tjänstekoncessionsdirektivets ikraftträdande, den 18 april 2016.

Såvitt gäller koncessionens uppskattade s.k. kontraktsvärde uppgick Kommunens intäkter från simhallsverksamheten 2014-2015 till i genomsnitt 8.523.000 kronor/år. Dessa intäkter kommer inom ramen för tjänstekoncessionsavtalet att tillfalla koncessionshavaren. Från detta värde ska dras intäkter från de föreningar som nyttjar simhallen samt från den skolverksamhet som även sker i hallen, se p. 6.2.1 i tjänstekoncessionsavtalet. Dessa intäkter uppgår enligt Kommunens beräkningar till c:a 200.000 kronor/år, se Bilaga 5. Den genomsnittliga intäkt från simhallsverksamheten som koncessionshavaren kan påräkna uppgår således till $(8.523.000 - 200.000 =) 8.323.000$ kronor/år. Koncessionshavaren ska därutöver uppbära ersättning från Kommunen motsvarande 7.200.000 kronor/år, se p. 7.1.1, bilaga 4.

Avtalstiden är satt till 20 år. Vid detta förhållande uppgår tjänstekoncessionens totala kontraktsvärde (innefattande de samlade ersättningar som kan påräknas under denna period, se art. 8 tjänstekoncessionsdirektivet) till $([8.323.000 + 7.200.000] \times 20 =) 310.460.000$ kr. Värdet av koncessionen överstiger därmed tröskelvärdet om 5 186 000 euro och kan därmed även konstateras ha en klart gränsöverskridande effekt.

Unionsrätten, innefattande bl.a. tjänstekoncessionsdirektivet, är därmed direkt tillämplig på förfarandet. Kommunen har således haft att iaktta bland annat direktivets krav på annonsering i art. 31 och 33. I vart fall har Kommunen haft en på EU:s primärrätt grundad skyldighet att i enlighet med principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn, offentliggöra den aktuella upphandlingen på ett sådant sätt att även andra leverantörer än Attini Hotell AB kunnat komma ifråga för att delta med anbud.

Vidare överstiger avtalstidens aktuella längd på 20 år den tid som rimligen kan förväntas åtgå för att koncessionshavaren ska få tillbaka sina gjorda investeringar - se art. 18.2 första stycket tjänstekoncessionsdirektivet.

Kommunen har tidigare annonserat en liknande tjänstekoncession i syfte att, liksom i det nu aktuella avtalet, kontraktera en koncessionshavare som skulle förvärva en tomt och uppföra ett hotell, samt i anslutning därtill driva och sköta Härnösands simhall - se Bilaga 6.

Av anbudsförutsättningarna till denna tidigare upphandling, se bilaga 3, framgår tydligt att anläggandet och driften av ett hotell utgör en avgörande förutsättning för koncessionen i sig. Detta framgår av att det i anbudsförutsättningarna intagits ett villkor om att koncessionshavaren ska uppföra ett hotell som *ska ha godkänts* vid en slutbesiktning vid viss tidpunkt, vid äventyr att avtalet annars kan hävas av Kommunen.

Villkoren för denna annonserade koncessionsupphandling skiljer sig således väsentligt från det avtal som kommunfullmäktige nu beslutat godkänna genom att möjligheten att häva avtalet om ett hotell inte uppförs och färdigställs vid en given tidpunkt har strukits ut det nya, reviderade, avtalet.

Förändringen har, jämfört med de ursprungliga annonserade villkoren, kommit att rubba jämvikten mellan parterna på ett sätt som ensidigt gynnat koncessionshavaren på Kommunens bekostnad.

De således ändrade anbudsförutsättningarna har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede, genom att andra leverantörer som på dessa nya villkor kunnat ha intresse av att komma ifråga för anbudsgivning härigenom uteslutits från möjligheten att delta med anbud.

3.1 Särskilt om inhibition

Enligt praxis, RÅ 1986 ref. 7, ska inhibition kunna komma ifråga i bl.a. mål om kommunal laglighetsprövning om starka skäl talar för att det överklagade beslutet är olagligt och ett verkställighetsförbud är ägnat att förhindra att ett allmänt eller enskilt intresse åsamkas beaktansvärd skada.

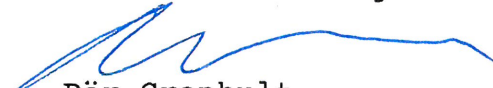
Föreskriften om inhibition i förvaltningsmål motiveras ibland av att domstolarna ska ha möjlighet att förhindra verkställighet i de fall då det är av stor betydelse att ett överklagat beslut inte länder till efterrättelse innan saken slutligen hinner prövas. Detta kan gälla t.ex. när det skulle vara svårt eller omöjligt att låta en verkställighet av det överklagade beslutet gå åter om beslutet sedermera upphävs.

Som framgår av vad som anförts till stöd för överSökandet föreligger det inte någon laglig grund för Kommunen att teckna aktuellt avtal utan ett föregående annonserat anbudsförfarande.

Således föreligger det starka skäl för att det överklagade beslutet är felaktigt. Beslutet berör vidare omfattande belopp och är till synes avsett att verkställas omedelbart.

Inhibition ska därför meddelas innan det överklagade beslutet har hunnit verkställas med sådan rättsverkan att det blir svårt eller omöjligt att gå åter.

Stockholm den 8 juli 2016



Pär Cronhult



Viktor Robertson

Bilagor:

- 1 a-i) Ombudsfullmakter
- 2) Kommunfullmäktiges i Härnösand protokoll av den 20 juni 2016.
- 3) Tjänstekoncessionsavtal av den 22 augusti 2014.
- 4) Reviderat tjänstekoncessionsavtal
- 5) Utdrag ur Kommunens beräkningsunderlag
- 6) Administrativa föreskrifter – drift och skötsel av Härnösands simhall, dnr. UH-2014-101

