

Kammarrättens beslut kring de samarbetsavtal som upprättats mellan Vara kommun och konsortiet som erhållit uppdraget att bygga, äga och driva Vara Horse Arena.

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Vara kommun yrkar att kammarrätten upphäver länsrättens dom varmed kommunfullmäktiges beslut att godkänna samarbetsavtalet står fast. Kommunen vidhåller vad som anförts i länsrätten och tillägger bl.a. följande. Laglighetsprövning enligt kommunallagen ska inte ske av beslut att enbart verkställa eller godkänna en sedan tidigare beslutad och genomförd upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Kommunens beslut att låta upphandla avtalet har vunnit laga kraft och kan därför inte bli föremål för prövning enligt kommunallagen. Om den upphandlande enheten har valt att genomföra en upphandling är också utgångspunkten den att det är fråga om en upphandling. Länsrättens bedömning att fråga är om en tjänstekoncession och inte om köp av olika nyttigheter är felaktig. Kommunen utger ingen ersättning i form av att leverantören erhåller en rätt att nyttja någon av de upphandlade tjänsterna. Leverantören erhåller kontant ersättning från kommunen för tillhandahållandet av tjänster m.m. Kännetecknande för en koncession är att kommunen till leverantören överför ansvar och risk för en ekonomisk verksamhet som kommunen är huvudman för. Länsrättens resonemang brister vad gäller denna grundläggande förutsättning. Det som upphandlats är i huvudsak marknadsföringstjänster, uppförande av byggnader och iordningställande av mark för ridskola/ridgymnasium samt olika nyttjanderätter till anläggningen. Samtliga upphandlade nyttigheter är sådana att de faller inom den kommunala kompetensen och är en angelägenhet för kommunen. Det är inte anläggningen som köps eller upphandlas av kommunen utan endast de tjänster som angetts. De upphandlade tjänsterna har leverantören ingen rätt att nyttja och det är svårt att se hur detta skulle gå till. De långtgående krav som kommunen ställer på anläggningens utformning och drift sammanhänger med att dessa krav är av helt avgörande betydelse för att kommunen ska kunna bedöma värdet av de tjänster som kommunen önskar köpa. Det föreligger inte några utfästelser om att kommunen ska utnyttja anläggningen mot ersättning till anläggningsägaren. Länsrättens bedömning att fråga skulle vara om bidrag till enskild näringsidkare och att omfattningen av tjänsterna inte skulle stå i rimlig proportion till kommunens utbetalningar är felaktig. Kommunens köp har konkurrensutsatts enligt LOU och något utrymme finns inte att enligt kommunallagen pröva upphandlingen av nyttigheter och ersättningen härför. Reglerna om statsstöd är därmed inte heller tillämpliga. Utrymmet för en kommun att avgöra om priset för en upphandlad vara eller tjänst är rimligt eller inte är betydande. Strikt kommunalrättsligt är det här fråga om en lämplighetsbedömning som inte anses kunna prövas av domstol. Värdet av marknadsföringstjänsterna är utomordentligt stort genom att anläggningen uppfyller alla de krav på standard m.m. som krävs för att kunna tilldra sig och kommunen intresse från allmänhet och media, såväl nationellt som internationellt. Det främsta skälet för kommunens engagemang är att kommunen har som det viktigaste strategiska målet att öka antalet invånare i kommunen vilket kommer till uttryck i den strategiska planen för kommunen. Kommunen räknar med att marknadsföringsinsatsen från kommunens sida kommer att leda till ökad inflyttning, flera etableringar av företag, ökad turism och besökare av utövare och intresserade av hästsport. Detta skulle i sin tur leda till ökade skatteintäkter och intäkter för näringslivet. Sett mot denna bakgrund står priset för tjänsterna och övriga nyttigheter väl i proportion till den betydelse dessa har för kommunen. Det sedvanliga är att avtal om tillhandahållande av tjänster m.m. också innehåller bestämmelser om när och hur ersättningen för tjänsterna ska utbetalas. Denna omständighet kan inte utgöra något skäl för att anse det vara fråga om bidrag. Det som upphandlas innefattar även uppförande av byggnader och iordningställande av mark för ridskola/ridgymnasium. Det är därför följdriktigt att ersättning utbetalas när anläggningen färdigställs.

Christina Hagberg, Roger Strömberg, Annika Rahm, Claes Eriksson, Lars-Olof Malmborg, Arja Malmborg, Johanna Malmborg och Åsa Heij Bengtegård bestrider bifall till överklagandet. De vidhåller vad som anförts i länsrätten och tillägger bl.a. följande. De är av den bestämda uppfattningen att det är fråga om ett samarbetsavtal som inte kan jämföras med en renodlad upphandling då de enskilda företagen och kommunen har planerat avtalet i samverkan och känt till varandras intressen. De anser att beslutet strider mot den kommunala kompetensen och är ett otillåtet bidrag till enskild näringsidkare.

Sverker Lidén bestrider bifall till överklagandet. Han vidhåller vad han anför i länsrätten och tillägger bl.a. följande. "Upphandlingen" är endast en ny form för att driva projektet vidare. Såvitt redovisats fanns två intresserade, ett lokalt konsortium och ett större byggföretag. Byggföretaget drog sig ur förhandlingarna tämligen omgående. Därmed kan ifrågasättas om upphandlingen uppfyller ett grundläggande krav, nämligen att tillräckligt många anbud har lämnats för att upphandlingen kan anses ha genomförts i full konkurrens. Kommunen upphandlar tjänsten att bygga arenan, ger detaljerade anvisningar hur arenan ska skötas, vilken produktion som minst ska uppnås samt att kommunens etiska riktlinjer ska gälla för arenans verksamhet. Kommunen ska ha en ledamot i styrelsen. Kommunen lämnar ett bidrag till verksamheten genom att kraftigt överskatta värdet av de tjänster man vill köpa. Det kommunala bidraget utgör 30 procent av arenans inkomster. Därutöver ges konsortiet möjlighet att utnyttja kommunens koncept och behålla resultatet av verksamheten. Att kommunen inte äger byggnaderna är inte avgörande eftersom man behåller de immateriella rättigheterna. Det finns med detta som utgångspunkt möjlighet att pröva ärendet enligt kommunallagen. Den anmärkningsvärda längden på kontraktet, 25 år med rätt till förlängning i 5 år, styrker att det är fråga om en tjänstekoncession. Det är inte meningsfullt att upphandla de olika tjänster som finns i avtalet på 25 till 30 år. Man vet inte hur stor folkmängden är och således om tjänsterna kommer att över- eller underutnyttjas. Delar av de tillhandahållna tjänsterna är inte kommunala angelägenheter och värdet av andra är övervärderade om de ens har något värde.

Åke Bender och Roland Strandberg bestrider bifall till överklagandet. De vidhåller vad de anför i länsrätten och tillägger bl.a. följande. Det verkliga syftet med projektet är inte att möjliggöra kommunala köp av vissa marknadsföringstjänster. Vad som verkligen åsyftas är allttjämt att tillföra offentliga medel och ge stöd till Vara Horse Arena. Kommunen har inte gjort sannolikt att det som nu innefattas i samarbetsavtalet har ett allmänt intresse och ligger inom den kommunala kompetensen idag, eller att saken senare under den långa avtalstiden skulle komma att ligga inom den kommunala kompetensen. För att ett beslut ska kunna anses som lagligt krävs att det inte är kompetensöverskridande eller riskerar att vara det. Vidare krävs att det har tillräcklig precision så att kompetensöverskridande inte riskeras. Kompetensöverskridande har även skett då fullmäktige tecknat avtal som innebär att överlåtelse ska ske av delar av fastigheten Vara Borge 23:4 trots att kommunen varken äger eller har förfoganderätt över denna fastighet. Den kommunala insatsen står inte i rimligt förhållande till andra delar av kommunens kostnader och står inte heller i proportion till den andel av kommunens befolkning som kan förväntas nyttja anläggningen. Beslutet innebär att otillåtet stöd lämnas. Av den tidigare sekretessbelagda budgeten framgår att anläggningen skulle vara omöjlig att driva på ett företagsekonomiskt sätt utan de kommunala insatserna. Detta innebär att beslutet står i direkt strid med EU-rätten. Av budgeten framgår också att all konsortiets reklamförsäljning på arenan uppgår till endast 1 mkr. Detta är ett anmärkningsvärt litet belopp som visar att hästsportanläggningen har ett lågt marknadsföringsvärde som inte står i proportion till kommunens utbetalningar enligt avtalet. Betalning utgår till konsortiet utan att några som helst oberoende besiktningar har utförts eller krävts så att alla ställda krav på anläggningen är uppfyllda. Avtalet anger inte hur ersättningen till konsortiet kan minska om något skalkrav inte uppfylls under avtalstiden. Vara Horse Arena har inte skapats av det egentliga näringslivet varifrån Vara kommun erbjudits samarbete eller tjänster utan det omvända förhållandet gäller. Det som fullmäktige beslutat om är ingen upphandling. I detta fall förutsätter möjligheten att teckna avtal med kommunen att avtalsparten först åtar sig att bygga och driva den mycket omfattande hästsportanläggningen. Detta är något helt annat än de tjänster som kommunen påstår sig vilja köpa enligt rubriceringen i underlaget. Det visar också att syftet är ett annat än det uppgivna. Tilldelningen har vidare rent faktiskt redan avgjorts före den påstådda upphandlingen eftersom kommunens kravspecifikation utformats helt för att passa konsortiet och utesluta andra. Länsrätten har inte beaktat

vad de i sitt överklagande anført om att kommunens beslut strider mot artikel 87.1, 88.3 och 82 i EG-fördraget samt 19 § konkurrenslagen. Detta skulle rätteligen ha gjorts och skyldighet föreligger för svenska domstolar att pröva aktuellt ärende enligt statsstödsreglerna. Det överklagade beslutet innebär en förmögenhetsöverföring från kommunen till ett privat företag om totalt 357 miljoner kronor under 25 års tid. Ett sådant stöd måste anmälas till och godkännas av kommissionen före verkställigheten. Dessutom är förmögenhetsöverföringen troligtvis att betrakta som oförenligt statsstöd. Detta har kommissionen exklusivt att pröva.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser, förarbetsuttalanden och praxis framgår av länsrättens dom med nedan angivna tillägg och förtydliganden. Enligt 10 kap. 10 § kommunallagen får kammarrätten endast beakta sådana omständigheter som har åberopats före klagotidens utgång. Bakgrund Kommunfullmäktige i Vara kommun beslutade den 26 november 2006 att anmäla nyregistrering av bolaget Vara Horse Arena, att utse styrelseledamöter, verkställande direktör, revisorer och firmatecknare samt att kommunen skulle gå in som aktieägare i bolaget. Beslutet upphävdes av Länsrätten i Mariestad genom dom den 4 september 2008 (mål nr 2608-07). Kommunfullmäktige beslutade den 29 september 2008 bl.a. att bevilja 15 miljoner kr per år i riskkapital till den fortsatta planeringen av Vara Horse Arena. Även detta beslut upphävdes av länsrätten genom dom den 8 juni 2009 (mål nr 1832-08). Genom det nu överklagade beslutet har kommunfullmäktige dels godkänt försäljning av bolaget Vara Horse Arena, dels godkänt ett samarbetsavtal med köparen, i avtalet benämnd som leverantören. I samarbetsavtalet anges att det är en kommunal angelägenhet att en kommun engagerar sig för att få till stånd anläggningar som tillgodoser behov för och främjar förenings- och fritidsliv, ungdoms- och handikappidrott samt näringsliv och turism inom kommunen. Vidare anges i samarbetsavtalet följande. Anläggningen bedöms även kunna utgöra en betydelsefull tillväxtmotor som kan ge goda möjligheter för Vara kommun att nå det strategiska målet att befolkningen ska öka till 16 500 personer. Kommunen är därför beredd att stödja tillkomsten av hästsportanläggningen genom att försälja mark, bidra med erfarenheter och kunskaper samt köpa tjänster av leverantören och Arenabolaget. Kommunen kommer även att främja bostadsbyggande inom och utom anläggningen. Vara kommun har mot denna bakgrund låtit upphandla köp av tjänster enligt avtalet. Tjänstekoncession eller upphandling Vara kommun har i kammarrätten gjort gällande att samarbetsavtalet inte utgör ett avtal om tjänstekoncession utan reglerar verkställigheten av ett upphandlingsavtal om olika tjänster som närmare specificeras i avtalet. Med tjänstekoncession avses ett kontrakt av samma slag som ett tjänstekontrakt enligt vilket ett företag åtar sig att ansvara för en verksamhet och där ersättningen för detta utgår i form av rätten att ta betalt av allmänheten för att utnyttja tjänsterna, jfr 2 kap. 17 § LOU. Av EU-kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner (EGT 2000/C 121/02 av den 29 april 2000) framgår att tjänstekoncessioner normalt sett gäller verksamhet som, på grund av sin karaktär, sitt ändamål och de regler verksamheten omfattas av, kan falla inom det allmännas ansvarsområde och som kan vara föremål för särskilda eller exklusiva rättigheter. Nyttjanderättskriteriet är avgörande när det gäller att fastställa om ett avtal är en tjänstekoncession eller inte. Enligt detta kriterium rör det sig om en koncession, om tjänsteleverantören tar riskerna i samband med den tillhandahållna tjänsten (etablering och nyttjande) och tar ut ersättning av användaren, t.ex. via avgifter i vilken form det än vara må. Sättet på vilket tjänsteleverantören får ersättning är en faktor som gör det möjligt att fastställa vem som tar på sig risken i samband med nyttjandet. EG-domstolen har fastslagit att skillnaden mellan ett vanligt tjänstekontrakt och en tjänstekoncession ligger i att leverantören i det senare fallet står en risk. Uppdragstagaren ska härvid överta hela eller åtminstone en betydande del av den risk som den upphandlande myndigheten skulle löpa om den utförde tjänsten själv, även om denna risk redan från början är mycket begränsad på grund av de offentligrättsliga villkoren för tjänstens organisation (se Parking Brixen C-458/03 och WAZV Gotha C-206/08). Kammarrätten gör följande bedömning. Oavsett vad kommunen valt att benämna sitt engagemang i Vara Horse Arena ska samarbetsavtalet bedömas utifrån sitt faktiska innehåll. Med beaktande av samarbetsavtalets bakgrund och utformning finner kammarrätten att dess huvudsakliga syfte är att tillförsäkra tillkomsten av hästsportanläggningen Vara Horse Arena. Avtalet reglerar därutöver kommunens köp av specifika tjänster i form av marknadsföringstjänster, ridskola/ridgymnasium och olika nyttjanderätter för kommuninvånarna. Anläggningen är tänkt att

främja utvecklingen och näringslivet inom kommunen och framför allt bidra till befolkningstillväxt. Genom avtalet åtar sig leverantören bl.a. att uppföra och långsiktigt äga och driva en anläggning som uppfyller de krav som specificeras i förfrågningsunderlaget och i enlighet med lämnat anbud. I samarbetsavtalet förbinder sig Vara kommun att betala ersättning till leverantören med totalt 357 000 000 kr under 26 år. Kommunen förbinder sig därutöver att bl.a. bekosta utbyggnad av ledningar för vatten och avlopp, planera byggande av bostäder samt utföra och bekosta gator och gatubelysning. De av kommunen tillskjutna resurserna kommer emellertid inte ensamt att finansiera och garantera driften av anläggningen. Av leverantörens anbud - affärsmodell - framgår att arenans intäkter i huvudsak kommer att komma från att arenabolaget arrangerar tävlingar samt från uthyrning av hotell, vandrarhem, restaurang och butikslokaler. Leverantören är därmed beroende av intäkter från användarna av de tjänster som tillhandahålls för att kunna etablera och driva anläggningen. Leverantören bedöms därvid, även med beaktande av kommunens tillskott, ta en betydande ekonomisk risk. Kammarrätten finner sammanfattningsvis att Vara kommun och leverantören genom samarbetsavtalet slutit ett avtal om tjänstekoncession. Det sagda innebär att avtalet kan prövas enligt kommunallagen.

Den kommunala kompetensen

Det är en kommunal angelägenhet att allmänt främja näringslivet i kommunen. För att ett allmänt främjande ska vara kompetensligt krävs därutöver emellertid enligt 2 kap. 8 § kommunallagen att främjandet inte medför ett individuellt riktat stöd till enskild näringsidkare. Enligt rättspraxis har kommuner befogenhet att inom vissa gränser vidta åtgärder för att t.ex. främja intresset av att öka inflyttning och allmänt tillgodose det lokala näringslivet och kommunförvaltningens arbetskraftsbehov. För att kommunens specifika åtgärder ska anses kompetensliga krävs emellertid att åtgärderna får antas vara ägnade att leda till effekter av det slag som eftersträvas. Vidare får åtgärderna inte ha en omfattning som står i missförhållande till den förväntade nyttan eller innefatta något otillbörligt gynnande av någon enskild (jfr RÅ 1993 ref. 35). Om allmänintresset är tillräckligt starkt i det enskilda fallet kan detta legalisera ett stöd i individuella former om det individuella momentet framstår som oväsentligt (jfr RÅ 1970 C 260). Kammarrätten gör följande bedömning. Kommunens utbetalning till leverantören får enligt kammarrättens mening antas vara ägnat att leda till näringslivs- och tillväxtfrämjande effekter av det slag som eftersträvas. Kammarrätten instämmer emellertid i länsrättens bedömning att en utbetalning av sådan omfattning som framgår av avtalet inte kan anses stå i proportion till den förväntade nyttan av anläggningen och de tillhandahållna tjänsterna. Kommunens utbetalningar får som länsrätten funnit anses utgöra ett individuellt riktat stöd till leverantören som inte kan anses vara av oväsentlig omfattning. Enligt samarbetsavtalet ska kommunen ha status som fullvärdig huvudsponsor med tillhörande exponering och övriga förmåner som följer med detta. Några synnerliga skäl som medför att stödet ändå ska få lämnas har inte visats föreligga. Kommunen har således överskridit sin befogenhet genom det överklagade beslutet. Beslutet ska därmed, såsom länsrätten funnit, upphävas. Kammarrätten anser sammanfattningsvis att det saknas skäl att ändra länsrättens dom. Vara kommuns överklagande ska därför avslås.

Elisabeth Hagelin Bengt Green Maria Andersson
referent

I avgörandet har även deltagit de särskilda ledamöterna Sten Franzén och Bengt Mogård.