



SÖKANDE

Fritid Österlen Holding AB, 556837-6767

Ombud: advokaten Markus Mårline
Advokatbyrån Sigeman & Co AB
Anna Lindhs plats 4
211 19 Malmö

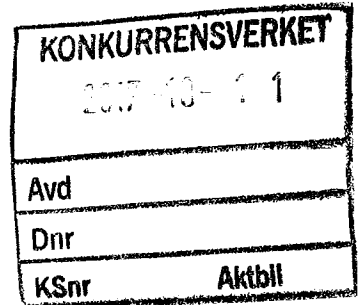
MOTPART

Simrishamns kommun

Ombud: advokaten Catharina Piper och jur. kand. Linda Backman
Advokatfirman Lindahl KB
Studentgatan 6
211 38 Malmö

SAKEN

Överprövning av upphandling av koncession



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår yrkandet om inhämtande av förhandsavgörande från EU-domstolen.

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning enligt LOU och beslutar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 384201

Postadress
Box 4522
203 20 Malmö

Besöksadress
Kalendegatan 6

Telefon
040-35 35 00
E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se
www.forvaltningsrattenimalmo.domstol.se

Telefax
040-97 24 90

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND

Simrishamns kommun genomför upphandling av Tobisviks Camping i Simrishamn – 25-årigt campingarrende. Upphandlingen avser ett campingarrende där arrendatorn sköter både campingverksamheten och driften av campingen praktiskt/tekniskt. Upphandlingen har genomförts med ett förfarande i två steg; intresseanmälan (steg 1) och anbudsgivning (steg 2).

Den 20 april 2017 beslutade Simrishamns kommun i tilldelningsbeslut att teckna arrendeavtal i upphandlingen med Nordic Camping & Resort AB.

YRKANDE M.M.

Fritid Österlen Holding AB (Fritid Österlen)

Yrkanden

Fritid Österlen ansöker om överprövning och yrkar såvitt nu är aktuellt att upphandlingen ska göras om, att förvaltningsrätten ska inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen och att förvaltningsrätten ska besluta att avtal inte får ingås till dess tio dagar förflutit räknat ifrån det att rätten slutligt skiljer sig från målet.

Tillämpligt regelverk

Lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner, LUK, är tillämplig på upphandlingen eftersom upphandlingen påbörjades först i samband med att den annonserades i januari 2017. Det har inte varit en självklarhet att arrendet skulle konkurrensutsättas endast av den anledningen att kommunstyrelsen under 2016 gett i uppdrag åt nämnden att ingå ett arrendeavtal om 25 år. Ingen av de övriga åtgärder kommunen vidtagit under 2016 är av sådan be-

skaffenhetsregler som kan anses påbörjad på sätt som avses i upphandlingsregelverket. Om LUK inte ska anses tillämplig är i vart fall LUK-direktivet¹ bakom lagen tillämpligt. De för förevarande mål relevanta bestämmelserna i direktivet har direkt effekt.

Är avtalets längd i strid mot LUK och LUK-direktivet

Avtalstidens längd för det upphandlade kontraktet, dvs. arrendetiden, är bestämd till 25 år. Detta strider mot LUK och LUK-direktivet där det framgår att koncessioner endast i undantagsfall får löpa under längre tid än fem år. De administrativa föreskrifterna innehåller inte någon förklaring till den långa avtalstiden. Arrendatorn åläggs att uppföra en servicebyggnad på campingen. Byggrätten för servicebyggnaden är 80 kvm. Kommunen har inte ställt krav på några andra investeringar.

Fritid Österlen har nyligen byggt en något mindre servicebyggnad på en annan camping med ett kvadratmeterpris om 13 000–15 000 kr. Med den kostnaden hade kostnaden för servicebyggnaden i den aktuella upphandlingen uppgått till 1–1,2 miljoner kr. Fritid Österlen som bedriver verksamheten i nuläget omsätter ungefär åtta miljoner kronor per år i campingverksamheten, vilket medför ett totalt kontraktsvärde om 200 miljoner kr. Eftersom den efterfrågade investeringen är begränsad i förhållande till kontraktets värde är en avtalstid om 25 år inte nödvändig i detta fall. En så lång avtalstid innebär att kommunen sätter konkurrensen ur spel under alltför lång tid framåt. Att det skulle krävas mer kostsamma investeringar framgår inte av förfrågningsunderlaget och har således inte varit ett krav i upphandlingen. Klassificering 4 enligt branschorganisationen SCR Svensk Camping (SCR) har kunnat erhållas medan Fritid Österlen drivit campingen, utan att kommunen och Fritid Österlen har tillämpat så långa avtalstider som det nu aktuella

¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner.

arrendeavtalet skulle innebära och utan att man behövt investera till sådana belopp som kommunen nu anger.

Hur stora investeringar och underhållskostnader som kommer att krävas har ett direkt samband med koncessionstidens längd. Vid en längre koncessionstid kommer naturligtvis underhållskostnaderna att bli högre. Investeringskostnader som är en följd av avtalstidens längd kan rimligen inte ligga till grund för bedömningen av om koncessionstidens längd är förenlig med upphandlingsregelverket, eftersom det hade kunnat användas som skäl för väldigt långa koncessionstider i många koncessionsupphandlingar.

Kommunen har i upphandlingen överlämnat till anbudsgivarna att själva beräkna vilken arrendeavgift som kan offereras med hänsyn taget till beräknade kostnader, planerade investeringar och intäkter. Storleken på arrendeavgiften kan inte beaktas vid bedömningen av om avtalstiden är för lång. Arrendeavgifterna är fastställda av anbudsgivarna, inte av kommunen. Om kommunen hade ställt krav på stora initiala investeringar inom området och dessutom hade begränsat avtalstiden till en mer rimlig tid om 5–10 år hade det sannolikt ändå kommit in anbud i upphandlingen. Kommunen hade dock i sådant fall inte kunnat räkna med att anbudsgivarna offererat arrendeavgifter i samma storleksordning som nu offererats. Lägre arrendeavgifter kan rimligen inte vara skäl för att begränsa konkurrensen genom att tillämpa en lång avtalstid. Kommunen blir dessutom vid avtalstidens slut ägare till de byggnader och anläggningar som investerats i. De lägre avgifterna hade därför inte heller haft någon betydelse för kommunen i slutändan eftersom kommunen då hade blivit ägare till en anläggning med ett större värde och också hade kunnat räkna med högre arrendeavgifter i en efterföljande upphandling. Kommunen har inte visat att det är nödvändigt med ett 25-årigt avtal för att investeringar som krävs ska kunna betalas tillbaka med en rimlig avkastning.

Skadan

Den alltför långa avtalstiden berövar Fritid Österlen möjligheten att tilldelas kontrakt under den överskjutande tiden, varför bolaget riskerar att lida skada av upphandlingsfelet.

Simrishamns kommun

Inställning

Simrishamns kommun anser i första hand att ansökan ska avvisas. I andra hand anser kommunen att ansökan ska avslås. Vidare anser kommunen att det inte finns skäl att inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen.

Grunder i sammanfattning

Upphandlingsföremålet och villkoren för dess genomförande utgör en tjänstekoncession. Koncessionen påbörjades under hösten 2016, dvs. innan LUK trädde i kraft. Det finns därmed inte någon laglig grund för att överpröva tilldelningsbeslutet varför ansökan ska avvisas. För det fall förvaltningsrätten kommer fram till att ansökan inte ska avvisas har kommunen följt samtliga tillämpliga grundläggande principer, förfrågningsunderlaget och i förekommande fall direkt tillämpliga regler enligt LUK-direktivet.

När påbörjades upphandlingen

Kommunstyrelsen beslutade den 24 augusti 2016 att inleda ett upphandlingsförfarande gällande Tobisviks camping, med arrendeavtal om 25 år. Därefter, under hösten 2016, upprättade kommunen det förfrågningsunderlag som skulle ligga till grund för kommande annonsering. Kommunen beslutade samtidigt vilket upphandlingsförfarande som skulle användas och

att upphandlingen skulle annonseras trots att LUK ännu inte trätt i kraft. Kommunens tjänstemän höll interna möten om upphandlingen, och de tog även kontakt med utomstående konsulter inom upphandling och fritidsfrågor. Marknadsundersökningar genomfördes och kontakt togs med andra upphandlande myndigheter för att undersöka hur liknande upphandlingar hade utformats. Möten hölls även med nuvarande leverantör av campingen, Fritid Österlen, och med branschorganisationen SCR. Representanten för SCR uttryckte vikten av långa arrendeavtal för att nödvändiga investeringar skulle kunna göras i campingverksamheten. Av skrivelse till samhällsbyggnadsnämnden den 15 december 2016 framgår att kommunen redan då förhållandevis detaljerat kunde beskriva det upphandlingsförfarande som skulle komma att användas i upphandlingen. Skrivelsen till samhällsbyggnadsnämnden delades ut till nämndens ledamöter på sammanträde den 15 december 2016 samtidigt som den diskuterades. Genom skrivelsen blev valet av upphandlingsförfarande känt utanför myndigheten. Ställningstagandena kan inte karaktäriseras som rena interna överväganden. Även om förfrågningsunderlaget i stort sett var färdigställt 2016 valde kommunen, bl.a. med hänsyn till mellankommande juledigheter, att annonsera upphandlingen i januari 2017. I stort sett allt annat arbete, innefattande externa kontakter, som varit förknippade med förfrågningsunderlaget och de beslut som avsett upphandlingen ägde emellertid rum redan under 2016.

Mot bakgrund av att kommunen under 2016 utarbetat föremålet och villkoren för den aktuella upphandlingen tämligen detaljerat och eftersom ytterligare formella beslut avseende konkurrensutsättningen inte var nödvändiga har sådana åtgärder vidtagits gällande upphandlingen redan under hösten 2016 att den ska anses påbörjad. De åtgärder som vidtagits kan ses som utåt-riktade åtgärder som innebär att upphandlingen påbörjats och t.o.m. jämställas med avtalsförhandlingar. Upphandlingen har således påbörjats under hösten 2016, varför LUK-direktivet men inte LUK är tillämpligt på upp-

handlingen. Kommunen har tillämpat de regler i LUK-direktivet som kommunen ansett haft direkt effekt.

Bedömningen av när upphandlingen påbörjades måste göras mot bakgrund av att upphandlingen påbörjades vid en tidpunkt då nationell lagstiftning om annonseringsförfaranden för koncessioner saknades i svensk rätt. Det finns således skäl att vara försiktig vid bedömningen av annonseringsplikten och möjligheten för kommunen att förhålla sig till LUK i den aktuella upphandlingen. Den praxis som gäller upphandlingar av varor och tjänster ska inte heller lättvindigt appliceras på den nu förevarande situationen.

År avtalets längd i strid mot LUK och LUK-direktivet

Bestämmelsen om koncessioners varaktighet, artikel 18 i LUK-direktivet, ska enligt kommunen inte anses ha direkt effekt. Om förvaltningsrätten skulle göra en annan bedömning eller finna att LUK är tillämplig anser kommunen att avtalstiden har varit rimlig och välmotiverad utifrån vilken typ av verksamhet den aktuella koncessionen avser. Kommunen har redan i förfrågningsunderlaget beskrivit varför längden på avtalstiden bestämts till 25 år. Av förfrågningsunderlaget framgår att upphandlingen av tjänstekoncessionen kommer att medföra flertalet nödvändiga investeringar i form av bl.a. en ny servicebyggnad, upprustning av stugor m.m. Sådana investeringar är en förutsättning för att koncessionshavaren ska kunna driva campingen med lönsamhet. Investeringarna är förhållandevis kostsamma och kan inte kompenseras av de inkomster som campingverksamheten genererar om arrendet hos kommunen endast tillåts att bestå under exempelvis 10 eller 15 år. En kortare avtalsperiod skulle innebära att koncessionshavaren inte skulle ha möjlighet att göra de investeringar eller upprätthålla det långsiktiga underhåll som campingen kräver. En kortare avtalsperiod skulle även innebära att koncessionshavaren inte skulle kunna erbjuda en attraktiv tjänst

och därmed inte få rimlig ersättning i förhållande till verksamhetsrisken och arrendeavgiften till kommunen.

Kommunen har åsyftat att ge den vinnande anbudsgivaren förutsättningar för att investera långsiktigt i Tobisviks camping. De stora investeringarna som behöver göras är sådana som nyttjas och ger mervärde under lång tid, vilket innebär att den som gör investeringarna även måste få nyttja koncessionen under motsvarande tid för att inte kommunen ska behöva kompensera koncessionshavaren för nedlagda kostnader. Om kommunen på grund av reglerna om avtalstid i LUK eller LUK-direktivet skulle tvingas att stå för investeringar och därmed en del av verksamhetsrisken urholkas syftet med reglerna om koncessioner. Den årliga arrendeavgiften uppgår till ca 2 miljoner kr, vilket måste beaktas vid den ekonomiska planeringen av koncessionshavarens verksamhet. Det är vidare ett krav i upphandlingen att campings klassificering 4 enligt SCR ska bibehållas. För detta är investeringar nödvändiga över tid. Avskrivningstiden om 25 år är realistisk med anledning av t.ex. reinvestering av gamla/befintliga servicebyggnader, reception och stugor m.m. Bara kostnaden för att uppföra en tillräcklig servicebyggnad inom ramen för koncessionen kan uppskattas till ca 3 miljoner kr. Därtill förväntas koncessionshavaren göra egna investeringar i form av byggnader, reception, stugor etc. eftersom stugorna m.m. är 35 år gamla. Det rimliga för en koncessionshavare är därför att de kommer att behöva en investeringsvolym på 5–10 miljoner kr. Det kan handla om större ombyggnadsåtgärder och tillbyggnader men även att riva och bygga nytt under den 25-åriga avtalstiden.

Kommunen har lämnat över till respektive entreprenör att göra en egen, mer detaljerad bedömning av vad det skulle kosta att göra de investeringar m.m. som därmed förutsätts. De nödvändiga investeringskostnaderna inom ramen för koncessionen skulle inte kunna motiveras med ett val av en kortare koncessionstid. Campingverksamhetens skick är sådant att majoriteten av de

nödvändiga investeringarna kommer att behöva utföras inom överskådlig tid. Kopplingen mellan nödvändiga investeringskostnader i campingverksamheten och arrendetid är således ändamålsenlig och oundviklig och inte, på så sätt som Fritid Österlen vill påskina, enbart en följd av kommunens ensidiga val av arrendetid. En kortare koncessionstid skulle framstå som orimlig ur ett företagar- eller entreprenörsperspektiv. Detta skulle i sin tur innebära en risk för att leverantörer avstår från att delta i upphandlingen vilket skulle medföra konkurrensbegränsande effekter. Kommunen har från början haft kännedom om vilka investeringar som synes vara nödvändiga för att åstadkomma av kommunen efterfrågad standard i campingverksamheten. Löptiden är bestämd på grundval av de enskilda omständigheterna som är aktuella för den aktuella campingverksamheten, särskilt behovet av investeringar.

Att inte föreskriva krav på investeringar i den aktuella campingverksamheten och samtidigt besluta om en kortare koncessionstid skulle motverka många viktiga syften i campingverksamheten, så som långsiktighet, kvalitet och attraktivitet, på ett sätt som i längden skulle inverka negativt på den kommunala campingnäringen. Ett femårigt avtal skulle medföra ett kortsiktigt förvaltande från arrendatorns sida istället för ett långsiktigt utvecklande. Ju kortare en camping kan nyttjas, desto mindre investeringar kommer att göras. Denna omständighet har kommunen vägt mot målet om långsiktiga behövliga och ordentliga investeringar. Löptiden för koncessionen överstiger inte den tid som rimligen kan förväntas gå åt för att koncessionshavaren ska kunna få tillbaka gjorda investeringar för tillhandahållandet av tjänsterna tillsammans med en avkastning på det investerade kapitalet, med beaktande av de investeringar som krävs för att uppnå de högt uppsatta målen enligt upphandlingen och avtalet.

Skada

Fritid Österlen har inte lidit skada och riskerar inte att lida skada i upphandlingen.

Handläggningen i förvaltningsrätten

Förvaltningsrätten beslutade den 3 maj 2017 att interimistiskt förordna att Simrishamns kommun inte får ingå avtal innan något annat har bestämts avseende upphandlingen Tobisviks Camping i Simrishamn – 25-årigt campingarrende.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Inhämtande av förhandsavgörande

Förvaltningsrätten finner inte skäl att inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen. Fritid Österlens yrkande om detta ska därför avslås.

Kan förvaltningsrätten pröva ansökan om överprövning

Det är ostridigt i målet att den aktuella upphandlingen utgör en upphandling av en tjänstekoncession.

Den 1 januari 2017 trädde LUK i kraft. Enligt övergångsbestämmelserna till lagen gäller den inte för upphandlingar av koncessioner som har påbörjats före ikraftträdandet.

Fritid Österlen anser i första hand att upphandlingen påbörjades 2017 och att LUK därmed är tillämplig i målet. Simrishamns kommun anser däremot att

upphandlingen ska anses ha påbörjats under 2016 och att förvaltningsrätten i första hand ska avvisa ansökan om överprövning.

Högsta förvaltningsdomstolen har, mot bakgrund av EU-domstolens avgöranden i målen C-337/98 Kommissionen mot Frankrike samt C-26/03 Stadt Halle och RPL Lochau, uttalat att den tidpunkt då en upphandling har påbörjats sammanfaller med när en upphandlande myndighets beslut kan bli föremål för överprövning. Denna tidpunkt inträffar när det stadium passerats, då rent interna överväganden och förberedelser görs inom en myndighet inför en upphandling. Ett upphandlingsförfarande får därmed anses påbörjat när den upphandlande myndigheten beslutat att inleda ett upphandlingsförfarande och detta beslut kommit till kännedom utåt genom att myndigheten tagit någon form av extern kontakt i syfte att anskaffa det som beslutet avser. Att inleda konkreta avtalsförhandlingar med extern part får anses vara en sådan utåtriktad åtgärd som innebär att upphandlingsförfarandet påbörjas (se HFD 2013 ref. 31).

Vid förfaranden i flera steg innebär det ovanstående att det är det inledande steget som påbörjar upphandlingen. De slutsatser som kan dras av HFD 2013 ref. 31 och EU-domstolens praxis angående när en upphandling ska anses ha påbörjats ska vidare gälla även vid tillämpning av de nya reglerna om upphandling av koncessioner (se prop. 2015/16:195 s. 918 och 919).

Till stöd för att upphandlingen har påbörjats under 2016 har kommunen bl.a. anfört att den har fattat flera beslut som medfört att upphandlingen ska anses påbörjad, t.ex. har kultur- och fritidsnämnden beslutat att föreslå kommunstyrelsen att i sin tur besluta om långsiktigt arrende av Tobisviks camping. Förvaltningsrätten anser inte att detta beslut innefattar någon viljeyttring med rättsverkningar som innebär att upphandlingen kan ha påbörjats i upphandlingsrättslig mening.

Kommunen har vidare åberopat att upphandlingen i vart fall har påbörjats i och med att kommunstyrelsen fattat beslut i frågan. Kommunstyrelsens beslut är, såvitt nu är aktuellt, formulerat enligt följande.

KOMMUNSTYRELSENS BESLUT

Kultur- och fritidsnämnden ges följande uppdrag beträffande driften av fritidsanläggningar:

- Tobisviks camping: Långsiktigt arrende på 25 år, utan besittningsskydd.

KOMMUNSTYRELSEN BESLUTAR DESSUTOM

- Samhällsbyggnadsnämnden ansvarar för upprättande av arrendeavtal vad gäller Tobisviks camping.

Av kommunstyrelsens beslut kan enligt förvaltningsrätten inte utläsas att styrelsen fattat beslut om konkurrensutsättning, val av upphandlingsförfarande eller att styrelsen på annat sätt gett uttryck för att det är en tjänstekoncession som ska upphandlas. Beslutet kan inte anses innehålla någon viljetrytning som innebär att upphandlingen påbörjats i upphandlingsrättslig mening. Inte heller har beslutet inneburit att kommunen tagit någon extern kontakt i anskaffningssyfte. Upphandlingen har således inte genom kommunstyrelsens beslut passerat det förberedande stadiet.

Simrishamns kommun har vidare åberopat att de genomfört rekrytering av en projektanställd, upphandling av och konsultation av konsulter, arbete med förfrågningsunderlag, allmänna marknadsundersökningar, möte med nuvarande leverantör, möte med en representant för branschföreningen, kontakter med andra kommuner angående upphandling av camping, möte med samhällsbyggnadsnämnden och att förfrågningsunderlaget i stort sett färdigställdes under hösten 2016. Förvaltningsrätten ifrågasätter inte att dessa åtgärder vidtagits. Förvaltningsrätten anser dock inte att någon av de åbero-

på de omständigheterna – varken sedda för sig eller tillsammans – innebär att upphandlingen passerat det förberedande stadiet och kommit till kännedom utåt genom att myndigheten tagit någon form av extern kontakt i syfte att anskaffa det upphandlingen avser.

Simrishamns kommun har vidare hänvisat till en skrivelse daterad den 15 december 2016, rubricerad ”Information avseende campingarrende och fritidsentreprenad, förutsättningar vid kommande upphandlingar” och anfört att upphandlingen i vart fall genom denna skrivelse ska anses påbörjad. Förvaltningsrätten kan inledningsvis konstatera att denna skrivelse är riktad till samhällsbyggnadsnämnden. Skrivelsen innehåller bl.a. information om vilka beslut som behöver tas av nämnden. Skrivelsen är inte riktad till externa aktörer, och det har inte heller påståtts att den skulle ha sänts ut till externa aktörer och potentiella leverantörer. Enligt förvaltningsrätten kan skrivelsen inte anses medföra att upphandlingen passerat det förberedande stadiet.

Ingen av de åtgärder som kommunen hänvisar till har inneburit konkreta avtalsförhandlingar med en tilltänkt leverantör eller motsvarande externa kontakter som skulle kunna utgöra den startpunkt då ett upphandlingsförfarande anses påbörjat. De av kommunen åberopade åtgärderna innefattar inte heller något tydligt beslut om att ett visst upphandlingsförfarande ska tillämpas, eller på något annat sätt ett beslut med rättsverkningar. Det har således inte framkommit att någon av de åtgärder som vidtagits under 2016 är av sådan beskaffenhet att en potentiell leverantör under detta stadium av upphandlingen hade kunnat ansöka om överprövning av densamma. Mot bakgrund av det ovanstående anser förvaltningsrätten att annat inte är visat än att de åtgärder som kommunen vidtagit under 2016 varit att jämställa med interna överväganden och förberedelser inom myndigheten inför upphandlingen. Förvaltningsrätten bedömer därför att den första konkreta externa kontakten i syfte att anskaffa det som upphandlingen avser togs först när upphandlingen annonserades i januari 2017. Upphandlingen påbörjades

därmed i upphandlingsrättslig mening först i januari 2017, varför LUK ska tillämpas. Att det varit komplicerat för kommunen att inför upphandlingen förhålla sig till regler som inte ännu trätt i kraft och att kommunen hade för avsikt att påbörja upphandlingen under 2016 kan inte medföra någon annan bedömning av sakförhållandena i målet.

Fritids Österlen har ansökt om överprövning av upphandlingen och anser sig ha lidit, eller ha kunnat komma att lida skada i upphandlingen. Förvaltningsrätten får därmed överpröva upphandlingen (jfr 16 kap. 4 § LUK). Det finns således inte skäl att avvisa Fritid Österlens ansökan om överprövning.

Finns det skäl att förordna om ingripande enligt LUK

Av 16 kap. 6 § LUK framgår att om den upphandlande myndigheten eller enheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Fritid Österlen har bl.a. anfört att upphandlingen ska göras om eftersom upphandlingens löptid om 25 år är längre än vad som är tillåtet enligt LUK. Simrishamns kommun anser å sin sida att det funnits skäl att ha en så lång löptid med tanke på de investeringar som behöver göras.

Av 4 kap. 10 § LUK framgår att koncessioner ska vara tidsbegränsade. Den upphandlande myndigheten eller enheten ska bestämma löptiden på grundval av de byggtreprenader eller tjänster som efterfrågas. Vidare framgår av 4 kap. 11 § LUK att koncessioner med längre löptid än fem år inte får ha en längre maximal löptid än vad som kan förväntas rimligen gå åt för att koncessionshavaren ska kunna kompenseras för gjorda investeringar för

utnyttjandet av byggnadsverken eller tillhandahållandet av tjänsterna tillsammans med en avkastning på det investerade kapitalet. Vid beräkningen ska hänsyn tas till de investeringar som krävs för att uppnå särskilda mål enligt kontrakten. Både inledande investeringar och investeringar under koncessionens löptid ska beaktas vid beräkningen.

Av förarbetena till LUK framgår bl.a. följande. En koncession kan alltid pågå upp till fem år. Om myndigheten eller enheten bedömer att koncessionens löptid bör vara längre än fem år får den inte bestämmas till längre tid än vad som rimligen behövs för att göra det möjligt för koncessionshavaren att återfå de investeringar som planerats för att utföra koncessionen och få avkastning på det investerade kapitalet (se t.ex. EU-domstolens dom Engelman, C-64/08, EU:C:2010:506, p. 48). I sådana fall är den upphandlande myndigheten eller enheten skyldig att göra en beräkning av hur lång tid som behövs för att uppnå detta. Tiden ska då bestämmas på så sätt att koncessionshavaren ska kunna få tillbaka gjorda investeringar för utnyttjandet av byggnadsverken eller tillhandahållandet av tjänsterna tillsammans med en avkastning på det investerade kapitalet, med beaktande av de investeringar som krävs för att uppnå särskilda mål enligt avtalet. De särskilda målen kan exempelvis avse avtalat pris och avtalad kvalitet. Bedömningen ska ske utifrån normala driftsförhållanden. Syftet med begränsningarna i koncessioners löptid är att undvika att marknaden avskärmas och konkurrensen begränsas (se prop. 2015/16:195, s. 468).

Frågan är då om det funnits skäl för Simrishamns kommun att besluta en löptid om 25 år för den aktuella koncessionen. Bedömningen ska utgå från om denna tid rimligen behövs för att koncessionshavaren ska kunna kompenseras för sina investeringar samt få en avkastning på det investerade kapitalet. Närmare riktlinjer för hur denna bedömning ska gå till finns inte. I förarbetena till LUK överläts åt rättstillämpningen att bedöma hur stor avkastningen för en koncessionshavare får vara (prop. 2015/16:195, s. 1339).

Mot bakgrund av ovanstående anser förvaltningsrätten att det ankommer på den upphandlande myndigheten att, redan när villkoren för koncessionen utformas, beräkna vilken tid som kan förväntas rimligen gå åt för att koncessionshavaren ska kompenseras för investeringar m.m., och att utifrån det bedöma vilken löptid som är lämplig för det aktuella kontraktet. Även om kommunen inte ska behöva styra anbudsgivarna på detaljnivå är det kommunen som har att göra sannolikt att löptiden för koncessionen inte är längre än vad som är nödvändigt.

Simrishamns kommun menar att det framgår av förfrågningsunderlaget att löptiden om 25 år är nödvändig.

I Administrativa föreskrifter – intresseanmälan steg 1, avsnitt 3.1, anges följande.

Arrendets löptid har satts till 25 år, med planerad start 2018-01-01. Tiden kan inte förlängas. Motivet för arrendets långa löptid är ur LUK-direktivets synpunkt att arrendatorn åläggs att i egen regi, med egna pengar, uppföra en ny servicebyggnad inom campingområdet. 25 års avskrivningstid bedöms realistiskt för denna investering.

Dessutom vill kommunen genom den långa arrendetiden ge arrendatorn möjlighet att genom andra egna investeringar och långsiktig planering av campingverksamheten göra Tobisviks camping till en positiv upplevelse för de campare som besöker campingens och indirekt ge goodwill åt Simrishamns kommun.

Av förfrågningsunderlaget framgår således att koncessionshavaren åläggs uppföra en servicebyggnad och att kommunen bedömer 25 års avskrivningstid som rimlig för denna. Detta är dock enligt förvaltningsrätten inte per definition detsamma som att löptiden om 25 år är nödvändig för att koncessionshavaren ska kompenseras för sina investeringar och få en rimlig avkast-

ning på det investerade kapitalet. Parterna är oense om vad uppförandet av servicebyggnaden rimligen kan komma att kosta. Kommunen har uppgett att investeringsbehovet på campingen kan uppgå till tre eller tio miljoner kr. Några beräkningar till stöd för detta har inte presenterats. Inte heller har det inkommit några beräkningar från kommunen som visar hur de förväntade intäkterna på campingen ser ut, när koncessionshavaren kan beräknas ha kompenserats för sin investering och när koncessionshavaren därtill beräknas ha fått rimlig avkastning på sitt investerade kapital.

Kommunen har vidare anfört att koncessionshavaren kommer att behöva investera i befintliga servicebyggnader, reception och stugor och att koncessionstiden mot bakgrund av de omfattande investeringar som är nödvändiga behöver vara 25 år. Förvaltningsrätten konstaterar att det inte finns några obligatoriska krav i förfrågningsunderlaget som anger hur stora investeringar som behöver göras på campingen, förutom kravet på uppförande av servicebyggnad. Det krav som finns i förfrågningsunderlaget är att campingen ska behålla klassificering SCR 4. Kommunen vill vidare enligt förfrågningsunderlaget ge koncessionshavaren möjlighet till ”egna investeringar och långsiktig planering”. Enligt förvaltningsrätten torde det finnas ett samband mellan koncessionens löptid och hur mycket investeringar och underhåll som en koncessionshavare gör, och behöver göra, på campingen. En längre löptid utgör samtidigt inte per definition någon garanti för att anbudsgivaren i högre grad eller mer långsiktigt investerar i campingen. Några beräkningar eller andra uppgifter som gör sannolikt att det löpande underhåll som behövs på campingen för att uppnå kraven i upphandlingsdokumenten på klassificering SCR 4, sett för sig eller tillsammans med uppförandet av servicebyggnaden, medför att koncessionstidens längd behöver uppgå till 25 år finns inte i målet.

Därutöver har kommunen anfört en rad omständigheter till stöd för att löptiden är nödvändig; bl.a. att SCR:s representant uttryckt att 25 år är en rimlig

tid, att flera andra campingar bedrivs med avtal med en löptid om 25 år, att kommunen uppskattat arrendeavgiften till ca 2 miljoner kronor per år. Ingen av dessa omständigheter visar emellertid att löptiden om 25 år är nödvändig utifrån koncessionsföremålet, koncessionshavarens investeringar och rimlig avkastning för koncessionshavaren.

Det framgår tydligt av förarbetena att det är den upphandlande myndighetens ansvar att, vid en längre koncessionstid än fem år, beräkna hur lång koncessionstiden behöver vara utifrån koncessionsföremålet, koncessionshavarens investeringar och rimlig avkastning. Simrishamns kommun påstår sig ha gjort beräkningar på de nödvändiga investeringar som behövs i campingen och att det var utifrån detta som löptiden för koncessionen bestämdes till 25 år. Som redan konstaterats har några sådana beräkningar inte presenterats i förvaltningsrätten. Inte heller genom det som i övrigt anförts anser förvaltningsrätten att kommunen gjort sannolikt att löptiden om 25 år är rimlig eller nödvändig för den aktuella koncessionen.

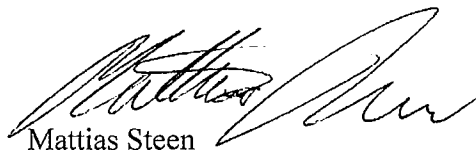
Ingripande enligt LUK

Genom att ange en löptid om 25 år för koncessionen, utan att kunna visa att löptiden är så lång som kan förväntas rimligen gå åt för att koncessionshavaren ska kunna kompenseras för gjorda investeringar för utnyttjandet av byggnadsverken eller tillhandahållandet av tjänsterna tillsammans med en avkastning på det investerade kapitalet, har Simrishamns kommun brutit mot LUK. Den långa löptiden riskerar att begränsa konkurrensen på marknaden och Fritid Österlen kan således komma att lida skada till följd av bristen. Eftersom bristen är hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet ska upphandlingen göras om.

I och med denna dom upphör förvaltningsrättens interimistiska beslut av den 3 maj 2017 att gälla.

Eftersom denna dom medför att upphandlingen ska göras om saknas anledning att interimistiskt förordna att avtal inte får tecknas förrän tio dagar förflutit räknat från det att rätten slutligt skiljer sig från målet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV3109/1B LOU)



Mattias Steen

Susanne Axelsson har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.