

Förvaltningsrätten i Luleå
Box 849
971 26 Luleå

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Kalix kommun, 952 81 Kalix

Ombud: advokaterna Oscar Wackling och Christoffer Löfquist, Foyen
Advokatfirma KB, Stora Nygatan 33, 411 08 Göteborg

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § 3 lagen (2016:1147) om upphandling
av koncessioner (LUK)

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 17 kap. 1 § 3 LUK beslutar att
Kalix kommun ska betala 400 000 (fyrahundratusen) kronor i
upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Kalix kommun har brutit mot 15 kap. 5 § LUK genom att tidigast den 1 och senast den 18 juni 2019 ingå driftavtal av Kalix golfbana, avtal om nyttjande av golfbaneytor, öppna marker och skogsmark samt avtal om gemensam personal för driften av golfbanan med Kalix Golfklubb utan föregående annonsering. Eftersom förutsättningar för att ingå avtal utan föregående annonsering saknades utgör de ingångna avtalen en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

2. Kalix kommun (kommunen) hade ett 25-årigt arrendeavtal med Kalix Golf AB för tillhandahållandet av Kalix golfbana. Kalix Golf AB hade under flera år ekonomiska svårigheter och i december 2017 köpte Kalix Golfklubb samtliga aktier i bolaget. Under hösten 2018 försattes Kalix Golf AB i konkurs.
3. Konkursförvaltaren försökte sälja fastigheterna i konkursboet under cirka tre månaders tid. I konkursboet ingick bl.a. ett klubbhus, maskinhall och kiosk. Golfbanan (Linnébanan) var sedan tidigare kommunal mark förutom två hål som kommunen tecknat särskilt arrende för med privata markägare. Kommunen meddelade konkursförvaltaren att kommunen var beredd att teckna ett långsiktigt arrendeavtal med den som ville köpa konkursboet för att bedriva golf på anläggningen. Två intressenter, Kalix Golfklubb, ideell förening, och Luleå Golf AB, kontaktade konkursförvaltaren men ingen av dem var beredd att förvärva konkursboet.
4. I en tjänsteskrivelse den 19 mars 2019 föreslog kommundirektören att kommunstyrelsen skulle föreslå att kommunfullmäktige beslutar att uppdra till Fritids- och kultur nämnden (FoK) att driva Kalix golfbana fr.o.m. sommaren 2019. Driften ansågs kunna ske genom att nämnden tecknar driftavtal med lämplig part för den mest kostnadseffektiva lösningen, se [bilaga 1](#). Av tjänsteskrivelsen framgår att kommunen saknade förutsättningar att driva kommersiell golfverksamhet i egen regi vilket innebar att om det skulle uppstå svårigheter att teckna ett driftavtal kunde det innebära att kommunen inte skulle kunna bedriva golfverksamhet sommaren 2019.
5. Den 21 mars 2019 beslutade FoK att ställa sig positiv till att sköta driften av golfbanan enligt driftförslaget i tjänsteskrivelsen. Den 25 mars 2019 beslutade kommunstyrelsen att ge kommundirektören och FoK (beredningsgruppen) i uppdrag att undersöka möjligheten att teckna avtal med intressenter för driften av Kalix golfbana. Beredningsgruppen valde att gå vidare i dialog med Kalix Golfklubb och Luleå Golf AB, de två intressenter som hade kontaktat konkursförvaltaren.

6. Den 15 april 2019 beslutade kommunfullmäktige att ge i uppdrag till samhällsbyggnadsnämnden att köpa konkursboet, se bilaga 2. Vidare beslutade kommunfullmäktige att ge kommunstyrelsen i uppdrag att teckna driftavtal för 1–3 år med Kalix Golfklubb, se bilaga 3. Av underlaget framgår att marken är strategiskt viktig för att kunna bedriva golfverksamhet i Kalix kommun men även av intresse för annan eventuell utveckling, t.ex. turismnäring och bostadsbyggande. Golfen bedöms vidare ha ett stort värde för Kalix attraktivitet som ort och Kalix golfbana är viktig ur flera perspektiv, såsom turismnäring, invånarnas nöjdhet och folkhälsa. Kommunens ekonomiska läge gör det dock svårt att föreslå ett kostnadsdrivande förslag som har direkt påverkan på de resurser som behövs inom t.ex. skola och äldreomsorg.
7. Kommunen köpte konkursboet för 580 000 kronor.
8. Kommunen ingick därefter tre avtal med Kalix Golfklubb. Ett avtal om driften av Kalix golfbana, enligt beslutet i kommunfullmäktige (Driftavtalet), se bilaga 4, ett avtal om gemensam personal för driften av golfbana (Personalavtalet), se bilaga 5, och ett avtal om upplåtelse av rätten att nyttja golfbaneytor, öppna marker och skogsmark (Arrendeavtalet), se bilaga 6.
9. Driftavtalet är tecknat för ett år med rätt till förlängning ett plus ett år efter uppföljning av avtalet. Arrendeavtalets avtalstid uppgår till ett år fr.o.m. den 1 juni 2019. Om inte någon av parterna skriftligen sagt upp avtalet senast ett år före avtalstidens utgång förlängs det automatiskt med ett år i taget. Personalavtalet gäller fr.o.m. den 1 juni 2019 t.o.m. den 23 september 2019.¹

Avtalens innebörd

10. Enligt **Driftavtalet** upplåter kommunen rätten att bedriva golfverksamhet samt café- och butiksverksamhet (1 p). Kommunen överlåter även till Kalix Golfklubb att hyra ut och tillgodogöra sig intäkterna från campingplatserna (2 p). Enligt Avtalet ska Kalix Golfklubb bedriva golfverksamhet som främjar föreningens fritids-, ungdoms- och vuxenaktiviteter (3 p). Avtalet innebär dock inte endast en rätt att driva verksamheten. Det innebär också ett åtagande att bedriva aktuell verksamhet. Genom Avtalet åtar sig Kalix Golfklubb att i egen regi bedriva golfverksamhet, svara för uthyrning och planering av såväl inhyrd som egen verksamhet, ansvara för anläggningens sundhet, ordning och skick samt att teckna ansvarsförsäkring för skador som kan uppkomma i verksamheten (4 p). Vid uthyrning av lokaler ska regler och riktlinjer finnas och vara presenterade för FoK (8 p).

¹ Personalavtalet omförhandlas varje år.

11. Avtalet reglerar Kalix Golfklubbs respektive kommunens ansvar vad avser drift och underhåll (2 p). Kalix Golfklubb betalar hyra för anläggningens restaurang med 2 000 kronor i månaden under juni till september (12 p).
12. Kommunens insyn i verksamheten garanteras genom att FoK har en adjungerad plats i Kalix Golfklubbs styrelse. Kalix Golfklubb ska årligen redovisa sin verksamhet för FoK och kommunstyrelsen samt presentera förslag till budget för kommande år. Uppgifter om kostnader och intäkter ska redovisas löpande. Verksamhetsberättelse, årsbokslut och revisionsberättelse ska efter räkenskapsårets slut lämnas till FoK senast innan mars månads utgång. Uppföljning av Kalix Golfklubbs verksamhet, ekonomi och driftavtal ska ske årligen och rapporteras till kommunfullmäktige i november månad (6 och 7 p).
13. Möjlighet finns för båda parter att bryta avtalet om detta inte följs och avtalet ska omförhandlas årligen (14 p). Tvist med anledning av avtalet ska avgöras av svensk domstol och enligt svensk rätt (16 p).
14. **Arrendeavtalet** avser upplåtelse av i avtalet närmare angivna fastigheter och omfattar befintliga golfbaneytor, öppna marker och skogsmark. Golfbana ska respektive får bedrivas på aktuella ytor (2 och 3 p). Kalix Golfklubb åtar sig att ombesörja och bekosta golfbanans drift, skötsel, reparationer och löpande underhåll med vissa begränsningar. Därtill ansvarar golfklubben för anläggningens sundhet, ordning och skick, bl.a. genom att följa Svenska Golfförbundets föreskrifter om banskötsel (7 och 9 p). Anläggningen ska vara tillgänglig för allmänheten (8 p). Kalix Golfklubb är skyldig att teckna ansvarsförsäkring för skador som kan uppkomma till följd av verksamheten p.g.a. tredje man eller besökare på anläggningen (13 p). Arrendeavgift utgår med 500 kronor per år (6 p).
15. Enligt **Personalavtalet** ska kommunen tillhandahålla tre personer för driften av golfbanan månaderna juni till september. FoK har arbetsgivaransvaret för personalen men Kalix Golfklubb har ansvaret för arbetsledning under den tid som personalen arbetar på golfbanan. FoK fakturerar Kalix Golfklubb månadsvis för nämndens nettokostnader för personalen (kostnader minus lönebidrag).
16. Kommunen har under Konkurrensverkets utredning anfört att kommunen ingått ett arrendeavtal med tillhörande driftavtal och att det inte är fråga om avtal om tjänstekoncession. Avtalen som kommunen ingått ska enligt kommunen inte betraktas som en enhet.

Avtalen mellan Kalix kommun och Kalix Golfklubb utgör en tjänstekoncession

Avtalen ska bedömas som en helhet

17. Av EU-domstolens praxis följer att flera kontrakt upphandlingsrättsligt kan ses till sin helhet och att direktivet kan vara tillämpligt.² Det framgår vidare att den rättsliga kvalificeringen av kontrakt i nationell rätt inte är relevant i syfte att avgöra om ett avtal faller inom direktivets tillämpningsområde. Parternas kvalificering av ett avtal är inte heller avgörande. Prövningen av om ett avtal ska anses omfattas av upphandlingsdirektiven ska göras enligt unionsrätten.³
18. Driftavtalet, Personalavtalet och Arrendeavtalet (Avtalen) reglerar förutsättningarna för att driften av golfverksamhet ska tillhandahållas och förvaltas av Kalix Golfklubb. Det är först genom Avtalen sammantagna som driften möjliggörs och kommunens behov tillgodoses. Driftavtalet reglerar villkoren för driften och parternas respektive rättigheter och skyldigheter. Personalavtalet säkerställer tillgången till personal.⁴ Arrendeavtalet reglerar nyttjandet av aktuella fastigheter i form av golfbaneytor, öppna marker och skogsmark för att bedriva golfverksamhet på anläggningen. Avtalen ingicks i nära anslutning till varandra och gäller från den 1 juni 2019 då driften påbörjades. Avtalstiderna är dessutom utformade i enlighet med beslutet om driften som fattades i kommunfullmäktige den 15 april 2019. Avtalen ska behandlas som en helhet och bedömas upphandlingsrättsligt utifrån det sammantagna innehållet och syftet med Avtalen.

Avtalen utgör avtal om tjänstekoncession

19. Syftet med Avtalen är att säkra driften av Kalix golfbana. Detta framgår tydligt dels av Avtalen, dels av sammanträdesprotokollet från kommunfullmäktige i april 2019.⁵ Syftet uppnås genom avtal om tjänstekoncession.
20. Enligt 1 kap. 2 § LUK gäller lagen för upphandling av koncessioner. Med en koncession avses enligt 1 kap. 13 § LUK ett skriftligt kontrakt som utgör antingen en bygg- eller tjänstekoncession där ersättningen utgörs antingen av

² Se bl.a. EU-domstolens dom i mål C-451/08 Helmut Müller p. 82. Bland svenska domstolar, se även Kammarrätten i Sundsvalls dom den 21 februari 2013 i mål nr 2264-12 och Kammarrätten i Stockholms dom den 14 februari 2007 i mål nr 797-06 (det senare innehåller även ett yttrande från Nämnden för offentlig upphandling dnr 2006/0068-29).

³ Se bl.a. EU-domstolens dom i mål C-220/05 Jean Auroux m.fl. p. 40, C-382/05 Kommissionen mot Italien p. 30 och C-536/07 Kommissionen mot Tyskland p. 54.

⁴ Enligt kommunens uppgifter förutsatte Kalix Golfklubb ett samnyttjande av personal för att åta sig driften av golfverksamheten.

⁵ Av Arrendeavtalet framgår t.ex. att detta gäller i enlighet med beslut i kommunfullmäktige den 15 april 2019, drift av Kalix golfbana, se avtalet 24 p. Av Driftavtalet framgår både att kommunen ska tillhandahålla personal samt att särskilt arrendeavtal ska upprättas, se avtalet 2 och 12 p. Arrendeavtalets avtalstid har vidare utformats för att löpa parallellt med Driftavtalet.

enbart rätten att utnyttja föremålet för koncessionen eller av dels en sådan rätt, dels betalning och där verksamhetsrisken övertas av koncessionshavaren.

21. I 1 kap. 19 § LUK anges att det med en tjänstekoncession avses en koncession genom vilken en upphandlande myndighet eller enhet anförtror till koncessionshavaren tillhandahållandet och förvaltningen av andra tjänster än de som avses i 8 § (dvs. byggkoncession).
22. Skälen till koncessionsdirektivet⁶ ger närmare vägledning kring vilka former av avtal som utgör koncessioner. Skälen förtydligar bl.a. att koncessionsavtal förutsätter ömsesidigt bindande skyldigheter som kan åberopas inför domstol och att upphandlande myndighet alltid får utnyttja fördelarna av tjänsterna i fråga.⁷ Vidare omfattar direktivet inte avtal som avser en ekonomisk aktörs rätt att utnyttja offentlig mark eller annan egendom där den upphandlande myndigheten endast fastställer allmänna villkor för användningen utan att anskaffa särskilda tjänster.⁸

Kalix golfklubb tillhandahåller kommunen en tjänst

23. Genom Driftavtalet, som slutits vid sidan av arrendeavtalet, påtar sig Kalix Golfklubb *åtaganden* avseende golfverksamheten som går utöver sedvanliga bestämmelser i ett arrendeavtal, rörande arrendatorns tillträde, nyttjandet av egendomen, markägarens och arrendatorns skyldigheter vad gäller underhåll av egendomen, kontraktets löptid och frånträdet till markägaren, hyra och de oförutsedda kostnader som arrendatorn ska betala.⁹ Golfklubben *ska* däribland bedriva golfverksamhet och denna ska främja föreningens fritids-, ungdoms- och vuxenaktiviteter. Golfklubben *ska* svara för uthyrning och planering av såväl inhyrd som egen verksamhet samt teckna ansvarsförsäkring för skador som kan uppkomma i verksamheten. Kommunen å sin sida *upplåter rätten* att bedriva golfverksamhet samt café och butiksverksamhet. Kalix Golfklubb får tillgodogöra sig intäkterna från dessa verksamheter. Kommunen *överlåter* även till Kalix Golfklubb att hyra ut och tillgodogöra sig intäkterna från campingplatserna (Konkurrensverkets kursiveringar). Av avtalet framgår också att tvist med anledning av avtalet ska avgöras av svensk domstol och enligt svensk rätt. De åtaganden som regleras i Driftavtalet utgör således rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär.¹⁰

⁶ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU.

⁷ Skäl 11 och 14 direktiv 2014/23/EU.

⁸ Skäl 15 direktiv 2014/23/EU.

⁹ Jfr skäl 15 direktiv 2014/23/EU.

¹⁰ Jfr skäl 14 direktiv 2014/23/EU. Det rör sig således inte enbart om finansiering av en verksamhet, se skäl 12 direktivet. Se även EU-domstolens dom i mål C-451/08 Helmut Müller p. 84-88.

24. Därutöver framgår det av Driftavtalet att kommunen har rätt till insyn och kontroll över verksamheten genom omfattande redovisningsskyldighet från golfklubbens sida samt rätt till plats i golfklubbens styrelse. Även detta går utöver allmänna villkor för användningen av egendom.
25. Det ovanstående innebär att Kalix Golfklubb tillhandahåller kommunen en tjänst mot ersättning.¹¹
26. Kommunen köpte konkursboet men saknade förutsättningar att själv ansvara för driften och tog initiativet till att lägga ut driften på en extern aktör för att säkra fortsatt verksamhet. Kommunen bedömer även att golfverksamheten är av stor betydelse för kommunen ur ett turist- och befolkningsperspektiv. Kommunen kan utnyttja fördelarna med att tjänsterna tillhandahålls och har ett direkt ekonomiskt intresse i driften av golfbanan.¹²

Kommunen har anförtrott Kalix Golfklubb tillhandahållande och förvaltning

27. Kalix Golfklubb har rätt att tillgodogöra sig intäkterna från verksamheten. Ersättningen för det arbete som Kalix Golfklubb utför utgörs alltså av rätten att utnyttja föremålet för Avtalen, dvs. golfverksamhet samt café- och butiksverksamhet.¹³
28. Genom Avtalen har kommunen anförtrott Kalix Golfklubb tillhandahållandet och förvaltningen av de tjänster som omfattas av Driftavtalet. Kommunen har under utredningen anfört att den fortfarande är så förknippad med verksamhetens utförande att förvaltningen av de aktuella tjänsterna inte kan anses ha anförtrotts golfklubben. Kalix Golfklubb har dock, även med beaktande av kommunens insyn i verksamheten och ansvar för vissa kostnadsposter, tillräcklig eller "viss" ekonomisk frihet att bestämma villkoren för hur rätten att utnyttja tjänsterna ska tillhandahållas och förvaltas.¹⁴

Verksamhetsrisken har övertagits

29. För att det ska vara fråga om en tjänstekoncession måste även verksamhetsrisken övertas av koncessionshavaren. Med verksamhetsrisk

¹¹ Jfr skäl 14 och 15 direktiv 2014/23/EU. Se även EU-domstolens dom i de förenade målen C-458/14 och C-67/15 Promoimpresa m.fl. p. 47 och 48.

¹² Jfr skäl 11 direktiv 2014/23/EU. Se vidare bl.a. EU-domstolens dom i mål C-451/08 i Helmut Müller p. 49–58. Det är således inte fråga om att kommunen allmänt nyttjar sin befogenhet att utöva tillsyn i frågor avseende stadsplanering. Det kan i sammanhanget noteras att kommunen enligt Driftavtalet står för vissa kostnader, att arrendavgiften satts lågt om 500 kronor per år samt att kommunen i samband med Kalix Golf AB:s konkurs förlorade ca 14 800 000 kronor p.g.a. borgensåtaganden.

¹³ Enligt Driftavtalet överläts även en rätt för Kalix Golfklubb att hyra ut campingplatser samt tillgodogöra sig intäkten från campingplatserna. Detta ingår också i tjänsten.

¹⁴ Se bl.a. EU-domstolens dom i de förenade målen C-458/14 och C-67/15 Promoimpresa m.fl. p. 46 och C-300/07 Oymanns p. 71.

avses efterfrågerisk eller utbudsrisk, eller båda. Detta anges i 1 kap. 22 § LUK.

30. Enligt 1 kap. 23 § LUK övertas en sådan verksamhetsrisk när koncessionshavaren genom koncessionen, vid normala verksamhetsförhållanden, 1) inte är garanterad kompensation för investeringar som görs och kostnader som uppstår vid tillhandahållandet av de tjänster som är föremål för koncessionen, och 2) utsätts för en verklig exponering för förändringar på marknaden på så sätt att eventuella uppskattade förluster för koncessionshavaren inte är endast nominella eller försumbara. Att koncessionshavaren tar verksamhetsrisken innefattar alltså att denne riskerar att inte få betalt för sina kostnader på grund av faktorer som ligger utanför dennes kontroll.
31. Av Driftavtalet framgår att Kalix Golfklubb ansvarar för alla kostnader för driften. Kalix Golfklubb ska dessutom årligen betala en hyra för anläggningens restaurang till FoK i fyra månader. Därutöver betalar golfklubben enligt Arrendeavtalet en årlig avgift för rätten att nyttja anläggningen samt ombesörjer och bekostar golfbanans drift, skötsel, reparationer och löpande underhåll med vissa begränsningar. Kalix Golfklubb debiteras även kommunens självkostnadspris för anställningarna.
32. Enligt Driftavtalet står kommunen visserligen för vissa kostnader. Kommunen ansvarar för kapitalkostnader och skatter för anläggningen, försäkring av fastigheten, vissa kostnader kopplade till planerat underhåll av anläggningen, banan och fastigheterna samt tillhandahållande av viss personal. Detta innebär dock inte att kommunen står för verksamhetsrisken i den mening som avses i LUK.
33. Avtalen garanterar inte någon kompensation för investeringar eller kostnader som uppstår vid tillhandahållandet av tjänsten. Kommunen har uppgett att den inte ger kostnadstäckning för golfklubbens faktiska kostnader för driften. Att kompensation inte sker framgår även vid en jämförelse av golfklubbens respektive kommunens uppskattade kostnader som redovisades vid beslut om att ingå avtal med Kalix Golfklubb i kommunfullmäktige den 15 april 2019.
34. I samband med beredningsgruppens utredning av driftlösning lämnade Kalix Golfklubb in en ekonomisk prognos för det fall golfklubben skulle ansvara för driften av golfverksamhet, se bilaga 7. Av prognosen framgår bl.a. uppskattade kostnader för åren 2019 till 2021, dvs. för koncessionens löptid. Kalix Golfklubb uppskattade sina kostnader per år i genomsnitt till cirka 1 950 000 kronor. Enligt sammanträdesprotokollet från kommunfullmäktige den 15 april 2019 uppskattade kommunen sina egna

kostnader för drift och underhåll till 500 000 kronor, vilket inte täcker Kalix Golfklubbs uppskattade kostnader.¹⁵

35. Kommunen har understrukit att Driftavtalet medför att kommunen har viss insyn och kontroll över verksamheten vilket enligt kommunen påverkar bedömningen av riskövergången. Kalix Golfklubb har dock en tillräcklig ekonomisk frihet avseende driften (se p 28 ovan). Kommunens möjlighet till insyn och kontroll innebär inte att det är kommunen som är ansvarig för verksamheten och ska också vägas mot vad som i övrigt framkommit om kostnaderna som talar för att verksamhetsrisken har övergått till Kalix Golfklubb. Vidare aviserade Kalix Golfklubb, trots kommunens insyn och kontroll, ett negativt resultat på 25 000 till 100 000 kronor vid verksamhetsuppföljningen i november 2019.
36. En verksamhetsrisk som inte är nominell eller försumbar har övergått till Kalix Golfklubb. Kalix Golfklubb utsätts för en verklig exponering för förändringar på marknaden och riskerar att inte få betalt för sina kostnader på grund av faktorer som ligger utanför golfklubbens kontroll. Den insyn och kontroll som kommunen har enligt Driftavtalet föranleder inte någon annan bedömning.
37. Avtalen utgör därmed sammantaget ett avtal om tjänstekoncession. Att Kalix Golfklubb är en ideell förening och enligt kommunens uppgifter intygat att verksamheten inte ska bedrivas med vinstsyfte påverkar, till skillnad från vad kommunen anfört, inte Avtalens karaktär av tjänstekoncession.¹⁶

Koncessionens värde

38. Beräkningen av kontraktsvärdet ska göras enligt 5 kap. 2–5 §§ LUK (5 kap. och 15 kap. 7 § LUK). Värdet av ett kontrakt ska enligt 5 kap. 2 § LUK uppskattas till koncessionshavarens sammanlagda omsättning till följd av koncessionen under dess löptid. De intäkter som koncessionshavaren får som ersättning för de tjänster som koncessionen avser, samt värdet på varor som följer med sådana tjänster, utgör alltså koncessionens värde. Eftersom det slutliga värdet inte kan vara känt förrän koncessionen är avslutad är det alltid fråga om en förhandsbedömning. Den upphandlande myndighetens uppskattning måste dock ske på ett omsorgsfullt sätt och vara så korrekt som möjligt.¹⁷

¹⁵ Under Konkurrensverkets utredning har det kommit fram att kommunen enbart har haft kostnader på 66 000 kronor (16 000 kronor i kapitalkostnader och 50 000 kronor i drift- och underhållskostnader). Inte heller detta täcker de av Kalix Golfklubb uppskattade kostnaderna.

¹⁶ Se EU-domstolens dom i mål C-159/11 Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce p. 29, C-305/08 CoNISM a p. 35 och prop. 2015/16:195 s. 941 f.

¹⁷ Se prop. 2015/16:195 s. 490.

39. Värdet av en koncession ska enligt 5 kap. 5 § LUK uppskattas med hjälp av en objektiv metod. Vid uppskattningen ska hänsyn tas till bl.a. värdet av varje form av options- och förlängningsklausul, ersättningar eller andra ekonomiska fördelar oavsett form som koncessionshavaren får av den upphandlande myndigheten eller enheten samt bidrag eller andra ekonomiska fördelar som koncessionshavaren får från tredje part för utförandet av koncessionen.
40. Kommunen har uppskattat värdet av koncessionen till cirka 1 900 000 kronor för dess totala löptid om tre år (460 000 + 690 000 + 780 000 kronor).
41. Kommunen har emellertid inte gjort en förhandsbedömning av koncessionens värde. Vid tidpunkten för beslutet om att ingå avtal med Kalix Golfklubb, sammanträdet i kommunfullmäktige den 15 april 2019, och dessförinnan fanns inte kommunens uppskattning med i beslutsunderlaget. Kommunen har självt angett att den inte gjorde någon mer detaljerad beräkning av de ekonomiska förutsättningarna för att driva golfbanan.
42. Den historiska omsättningen som Kalix Golf AB hade för att tillhandahålla golfbanan uppgick till i genomsnitt cirka 2 300 000 kronor per år för åren 2013 till 2017.¹⁸ Den historiska omsättningen är en användbar referenspunkt för beräkningen av värdet men är inte med automatik rättvisande för koncessionens värde i det här fallet.
43. Kalix Golfklubbs ekonomiska prognos avsåg det fall golfklubben skulle ansvara för driften av golfbanan (bilaga 7 p 34 ovan). Av prognosen framgår en uppskattad budget för åren 2019 till 2021, dvs. för koncessionens löptid. Den uppskattade omsättningen för de tre åren var 5 900 000 kronor (1 599 000 + 2 085 500 + 2 227 350).
44. Kommunen har anfört att Kalix Golfklubbs ekonomiska prognos är för optimistisk. Av prognosen framgår dock att golfklubben för första året, dvs. 2019, uppskattat en lägre omsättning än 2018, då Kalix Golf AB tillhandahöll golfbanan. Den genomsnittliga årsomsättningen enligt prognosen är dessutom lägre (med cirka 300 000 kronor) än den genomsnittliga historiska omsättningen för Kalix Golf AB. Konkurrensverket bedömer att Kalix Golfklubbs ekonomiska prognos är den mest objektiva metoden för att bedöma koncessionens värde i det här fallet.
45. Kommunen har även anfört att vissa intäkter inte ska räknas med eftersom de enligt kommunen saknar koppling till driften. Kommunen har därför räknat bort medlemsavgifter, sponserintäkter, föreningsbidrag samt lönebidrag. Kommunen har dock, på fråga från Konkurrensverket, inte

¹⁸ Omsättningen framgår av sammanträdesprotokollet i kommunfullmäktige den 15 april 2019, bilaga 3.

närmare kunnat ange på vilka grunder eller i vilken omfattning intäkterna inte har någon koppling till driften.

46. Kalix Golfklubb bedriver en enda typ av verksamhet, golfverksamhet. Enligt Driftavtalet överlåter kommunen till golfklubben att tillhandahålla och förvalta golfverksamhet samt café- och butiksverksamhet. Kalix Golfklubb beaktade i sin ekonomiska prognos de intäkter som kommunen anser ska räknas bort. Konkurrensverket gör följande bedömning avseende aktuella intäkter.

Medlemsavgifterna

47. Som medlem i Kalix Golfklubb är man medlem i en förening som tillhandahåller golfverksamhet, café och butiksverksamhet. Samtliga medlemmar har möjlighet att utnyttja tjänsterna som golfklubben tillhandahåller enligt Driftavtalet. Medlemsavgifterna utgör då en betalning för tjänsterna. Det har under utredningen inte kommit fram hur stor del av intäkterna från medlemsavgifterna som enbart skulle kunna vara hänförliga till föreningens interna arbete. De uppskattade intäkterna för medlemsavgifter är hänförliga till tjänsterna som Kalix Golfklubb tillhandahåller och ska därför beaktas vid beräkningen av koncessionens värde.

Sponsorintäkterna

48. Av Kalix Golfklubbs resultat- och balansrapport för 2018 framgår att golfklubben inte hade några sponsorintäkter för 2018. Kalix Golf AB, som drev golfbanan under 2018, hade däremot sådana sponsorintäkter. Vidare framgår det av tjänsteskrivelsen från mars 2019 att diskussioner fördes i beredningen om hur sponsorer kunde få banan att blomstra igen och hur nya golfbollar kunde finansieras av reklamintäkter. I sammanträdesprotokollet från kommunfullmäktige i april 2019 anges även att kommunen uppskattade en risk för minskade sponsorintäkter om Luleå Golfklubb skulle bedriva golfverksamheten. Sponsorintäkterna utgör en sådan ekonomisk fördel från tredje man som Kalix Golfklubb får för utförandet av koncessionen och ska därför beaktas vid beräkningen av koncessionens värde.

Föreningsbidraget

49. Mellan FoK och Kalix Golfklubb finns ett avtal om föreningsbidrag för 2019, se [bilaga 8](#). I avtalet anges att Kalix Golfklubb får föreningsbidrag bl.a. för att bedriva och utveckla den idrottsliga golfverksamheten i Kalix kommun samt locka fler att välja golf som en friskvårds- och idrottsaktivitet, speciellt ungdomar och juniorer och i synnerhet tjejer/damer. Enligt Driftavtalet ska golfklubben bedriva golfverksamhet som främjar föreningens fritids-, ungdoms- och vuxenaktiviteter. Föreningsbidraget har därmed en sådan koppling till verksamheten enligt Driftavtalet att det utgör en sådan

ersättning eller ekonomisk fördel som Kalix Golfklubb får av kommunen och som ska beaktas vid beräkningen av koncessionens värde.

Bidrag och ersättning för personal

50. Kalix Golfklubb får enligt klubbens prognos ersättning för personal. Bidrag och ersättning för personal är en sådan ersättning som Kalix Golfklubb får från kommunen eller annan relevant myndighet för fullgörandet av verksamheten och ska beaktas vid beräkningen av koncessionens värde.
51. Kalix Golfklubbs ekonomiska prognos kan sammantaget ligga till grund för uppskattningen av koncessionens värde. Samtliga intäkter medräknade i prognosen är kopplade till koncessionsföremålet. Omsättningen tillika koncessionens värde blir därmed 5 900 000 kronor (1 599 000 + 2 085 500 + 2 227 350).

Avtalen utgör en otillåten direktupphandling

52. Enligt huvudregeln i 8 kap. 1 § och 15 kap. 5 § LUK ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer därigenom få möjlighet att lämna anbud. Upphandlingar med ett värde som understiger en viss procent av det tröskelvärde som är aktuellt (den så kallade direktupphandlingsgränsen) behöver inte annonseras.¹⁹ För att avtal med ett värde som överstiger direktupphandlingsgränsen ska få ingås utan föregående annonsering krävs att något av de särskilt angivna undantagen i LUK är tillämpliga.²⁰
53. Av utredningen framgår att avtalen inte har föregåtts av någon annonsering.
54. Eftersom upphandlingens värde överstiger den tillämpliga direktupphandlingsgränsen, men understiger tröskelvärdet, skulle kommunen enligt 15 kap. 5 § LUK ha förhandsannonserat upphandlingen i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig. Enligt förarbetena till LUK är huvudregeln att upphandlande myndigheter ska offentliggöra sin avsikt att tilldela koncessioner.²¹
55. Det finns enligt Konkurrensverkets bedömning inte några omständigheter i utredningen som medför att något av de särskilda undantagen från annonsering i LUK varit tillämpliga. Ingåendet av Avtalen utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

56. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska

¹⁹ Tröskelvärdet för tjänstekoncessioner uppgick 2019 till 52 620 561 kronor och direktupphandlingsgränsen till 2 631 028 kronor.

²⁰ Se 15 kap. 6 § LUK.

²¹ Prop. 2015/16:195 s. 623.

betala en upphandlingsskadeavgift, 17 kap. 1 § 3 LUK.²² Det krävs inte att den upphandlande myndigheten har agerat med uppsåt eller av oaktsamhet för att en avgift ska kunna dömas ut. Bristande kännedom om gällande rätt eller missförstånd om lagstiftningens innehåll utgör inte heller någon ursäkt för en överträdelse.²³

57. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Syftet med avgiften är bl.a. att säkerställa att upphandlingsreglerna följs och att skattemedlen används på ett korrekt sätt.²⁴
58. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts. En ansökan får dock inte göras innan tidsfristen för ansökan om överprövning av ett avtals giltighet har löpt ut, 17 kap. 7 § LUK.
59. Driftavtalet är undertecknat den 17 respektive den 18 juni 2019. Personalavtalet är undertecknat den 14 augusti 2019. Kommunen har i svar till Konkurrensverket i september 2019 anfört att Arrendavtalet är godkänt av parterna men att underskrift skulle göras i närtid. Samtliga avtal började löpa från den 1 juni 2019. Kommunen har uppgett att Kalix Golfklubb inte bedrev någon verksamhet innan den 1 juni 2019. Avtalen ingicks därmed tidigast den 1 juni 2019 och senast den 18 juni 2019 när Driftavtalet tecknades. En ansökan om upphandlingsskadeavgift måste därför lämnas in till domstol inom ett år från den 1 juni 2019.

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

60. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av koncessionens värde. Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.²⁵ Beräkningen av värdet ska ske enligt 5 kap. LUK, 17 kap. 4 § LUK. Konkurrensverket har beräknat koncessionens värde till 5 900 000 kronor (se punkt 51 ovan). Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst 590 000 kronor ($5\,900\,000 \times 0,1$).
61. Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl, 17 kap. 5 § LUK.

²² Av prop. 2015/16:195 s. 877 f. framgår att bestämmelser om bl.a. upphandlingsskadeavgift i LUK ska motsvara de regler som finns i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Hänvisningar till tidigare förarbetsuttalanden samt domstolsavgöranden beträffande LOU är därför aktuella även vid tillämpningen av bestämmelserna i LUK. Av förarbeten framgår även att reglerna i 2017 års LOU, LUF och LUK överförts väsentligen oförändrade från tidigare lagar (s. 875 f. och 1158 ff.).

²³ Se prop. 2015/16:195 s. 1383 ff. och prop. 2009/10:180 del 1 s. 193 och 368.

²⁴ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 196 f.

²⁵ Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.

62. Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte. Utgångspunkten är att avgiften ska bestämmas så att myndigheten, och även andra myndigheter, följer upphandlingslagstiftningen. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.²⁶
63. Vid bedömningen av sanktionsvärdet ska hänsyn tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Det ska även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Omständigheten att till exempel rättsläget är oklart kan påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Däremot kan sanktionsvärdet anses högre om ett avtal löper under en förhållandevis lång tid eller avser ett högt värde. Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten som exempelvis ett upprepat beteende att göra otillåtna direktupphandlingar kan ses som en försvårande omständighet. Att en upphandlande myndighet har drabbats av andra negativa ekonomiska konsekvenser till följd av överträdelsen kan dock i vissa fall ses som en förmildrande omständighet.²⁷ Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.²⁸
64. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling. Detta talar för ett högt sanktionsvärde. Kommunen har anfört att det finns förmildrande omständigheter eftersom det inte är fråga om ett klart fall och då rättsläget är oklart. Konkurrensverket anser dock att rättsläget inte kan anses vara oklart. Enligt Konkurrensverket finns det därutöver varken försvårande eller förmildrande omständigheter.
65. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 400 000 kronor är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

²⁶ Se prop. 2015/16:195 s. 1383 f. och prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och 369 f.

²⁷ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 f. och 369 f.

²⁸ Se prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och jfr exempelvis HFD 2014 ref. 69 och Kammarrätten i Göteborgs domar den 20 november 2014 i mål nr 4402-14 och den 2 december 2014 i mål nr 4915-13.

Marie Östman / e.u. Ida Ganrud

Maria Andersson Müller

Bifogas

- Bilaga 1 Tjänsteskrivelse den 19 mars 2019
- Bilaga 2 Sammanträdesprotokoll den 15 april 2019, § 62
- Bilaga 3 Sammanträdesprotokoll den 15 april 2019, § 63
- Bilaga 4 Driftavtal Kalix golfbana
- Bilaga 5 Avtal om gemensam personal för drift av golfbanan
- Bilaga 6 Avtal om anläggningsarrende
- Bilaga 7 Kalix Golfklubbs ekonomiska prognos 2019-2021
- Bilaga 8 Avtal om föreningsbidrag 2019