

Företagarombudsmannen
Den Nya Velfärden,
Box 5625, 114 86 Stockholm,
www.dnv.se

Ärendenummer: FO 2013-015

Datum: 2013-12-20

Utredare: Viktor Robertson och Micha Velasco

Malung-Sälens kommun i olaglig hotellaffär

Malung-Sälens kommun har genom sitt helägda bolag Malungshem gett ett otillåtet stöd till Västerdala Turism. Dessutom visar Företagarombudsmannens utredning att Malungshems kontrakt med Västerdala om att driva Sankt Olof Hotell och Krog strider mot EU-rätten.

Beskrivning av fallet

Malung-Sälens kommun beslutade den 19 juni 2006 i kommunfullmäktige att det kommunägda bolaget Malungshem AB skulle projektera och iordningställa hotell- och restauranglokaler i kvarteret Fällan. Syftet med byggnationen var att Malungshem AB skulle hyra ut lokalerna för hotellverksamhet för att stärka sin ekonomi samt att säkerställa tillgången av ett hotell med viss nivå av service inom kommunens centralort.¹ Kommunen byggde hotellet för uppskattningsvis 41 miljoner kronor.²

Samtidigt som hotellet stod klart renoverades dessutom ett befintligt hotell inom kommunen upp av en privat näringsidkare.³

Kommunens hotell, vilket fick namnet Sankt Olof Hotell och Krog, hyrdes från och med år 2008 ut till bolaget Västerdala Turism AB. Kontraktet med Västerdala Turism föregicks inte av något

¹ Se Kommunens yttrande i Kammarätten i Sundsvals dom av den 17 mars 2008 i mål nr. 1049-07 ang. kompetensenligheten att uppföra ett hotell inom kommunen.

² Se ”Ekonomisk kalkyl hotell” upprättad av Malungs kommun.

³ Hotellet hade efter renoveringen 48 rum med sammanlagt 90 bäddar. Se <http://www.dt.se/nyheter/malungsalen/1.3442525-skinngarden-loser-hotellkris-i-malung>.

offentlig anbudsförfarande där fler intressenter än Västerdala Turism fick anmäla sitt intresse att bedriva hotell- och restaurangverksamhet inom de aktuella lokalerna.⁴

Det ursprungliga hyresavtalet löpte över sammanlagt tio år. Västerdala Turism skulle enligt det ursprungliga avtalet betala en hyra motsvarande 2,4 miljoner kronor per år de första fem åren till Malungshem. Hyresuttaget skulle ske genom tillämpning av en s.k. hyrestrappa.⁵ Malungshem skulle stå för kostnaderna för el, värme, vatten samt snöröjning och sandning av fastigheten.⁶

Under 2008 betalade Västerdala Turism sammanlagt 50 000 kronor i hyra till Malungshem.⁷ Detta trots att hyresavtalet mellan dem och Malungshem stadgade att Västerdala skulle betala en sammanlagd årshyra motsvarande 1 700 000 kronor. Malungshem efterskänkte därmed en hyresskuld motsvarande 1 650 000 kronor för det aktuella året.⁸

Hyresavtalet omförhandlades år 2009 och det nya avtalet baserades nu istället på hotellets omsättning, dock hyresfritt upp till som mest sju miljoner kronor i omsättning för 2009. Enligt det nya avtalet skulle Malungshem återigen stå för vatten, värme och el samt snöröjning och sandning under hyresperioden.⁹

Totalt har Västerdala Turism under åren 2008-2012 sammanlagt betalat 3 391 223 kronor i hyra till Malungshem.¹⁰ Under samma period hade Malungshem, enligt kommunens egna kalkyler, varit tvungna att få in motsvarande 22 500 000 kronor för att hotellbygget skulle gå runt ekonomiskt.¹¹

Gällande rätt

I enlighet med 2 kap 2 § kommunallagen (1991:900) –KL – ska en kommun behandla alla sina medlemmar lika, förutsatt att det inte finns sakliga skäl för annat.

⁴ Se svar på fråga om hyreskontraktet konkurrensutsatt av den 9 december 2013.

⁵ Den s.k. hyrestrappan utgår från en successiv hyreshöjning under åren. Höjningen sker enligt nedan tabell: 2008: 1 700 000 kr. 2009: 2 100 000 kr. 2010: 2 500 000 kr. 2011: 2 700 000 kr. 2012: 3 000 000 kr. Se vidare bilaga 3 till "Hyreskontrakt för lokal" av den 16 januari 2007, kontraktsnummer 0118000679-2.

⁶ Se "Hyreskontrakt för lokal" av den 16 januari 2007, kontraktsnummer 0118000679-2.

⁷ Se Malungshems redovisning av sammanlagd inkommen hyra från Västerdala Turism mellan åren 2008 till 2013.

⁸ Se "Hyreskontrakt för lokal" av den 18 februari 2009, kontraktsnummer 0118000679-3 samt jämför med för lokal" av den 16 januari 2007, kontraktsnummer 0118000679-2.

⁹ Se "Hyreskontrakt för lokal" av den 18 februari 2009, kontraktsnummer 0118000679-3.

¹⁰ Se Malungshems redovisning av sammanlagd inkommen hyra från Västerdala Turism mellan åren 2008 till 2013.

¹¹ Se "Ekonomisk kalkyl hotell" upprättad av Malungs kommun. Av kalkylen framgår att den totala årshyran borde vara 4 500 000 kronor för att hotellbygget skulle bära sig för kommunen. $4\,500\,000 * 5 = 22\,500\,000$.

En kommun har, i enlighet med 2 kap. 8 § 1 st. KL, rätt att allmänt främja näringslivet inom kommunen. Individuellt riktade stöd till enskild näringsidkare får enligt 2 kap. 8 § 2 st. KL endast lämnas i det fall det föreligger ”synnerliga skäl”.

Av förarbetena till bestämmelsen framgår det att en kommun kan ge stöd till hotell förutsatt att enskilda näringsidkare inte är beredda att göra de nödvändiga insatserna.¹²

Av rättspraxis från Högsta förvaltningsdomstolen framgår att en kommun tillåts stödja enskilda hotellverksamheter förutsatt att det inte finns andra alternativ i kommunens centrum.¹³

Det stöd som ges ska generellt sett anses kompetensenligt om det står i proportion till den åtgärd som stödet syftar till att uppnå.¹⁴

Enligt EU-rätten menas med *tjänstekoncession* ett kontrakt där ett företag utför en nytta åt en myndighet men där ersättningen för tjänsternas utförande utgörs antingen av endast rätten att utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels viss betalning.¹⁵ Således kan en tjänstekoncession karaktäriseras av att den betalning som den kontrakterade leverantören får för utförandet av tjänsten kommer från tredje man, alltså betalande kunder.¹⁶

Koncessioner kännetecknas enligt det s.k. *nyttjanderättskriteriet* av att två förutsättningar samtidigt ska vara uppfyllda. För det första skall koncessionshavaren erhålla rätten att utnyttja de för koncession upplåtna tjänsterna ekonomiskt. För det andra skall den ekonomiska risken i samband med tjänsternas utövande övergå på koncessionshavaren ensam.

Med den ekonomiska risken menas möjligheten för den kontrakterade leverantören att utsättas för marknadens nycker. Detta kan enligt EU-domstolen ta sig uttryck på flera sätt. Bland annat kan det utgöras av en risk för att utsättas för konkurrens från andra ekonomiska aktörer, en risk för bristande jämvikt mellan utbud och efterfrågan, en risk för insolvens hos dem som är betalningsskyldiga för tillhandahållna tjänster, en risk för att inkomsterna inte ska täcka samtliga

¹² Se prop. 1990/91:117, s. 34 f. och 152 f.

¹³ Se RA 1995 ref. 98.

¹⁴ Jfr. ”Kommunala befogenheter – En redogörelse för kommuners och landstings allmänna befogenheter enligt lag och rättspraxis”, Lindquist, 7 u., s. 368. Jfr även den skiljaktiga meningen i RA Ab-393/81.

¹⁵ En definition av begreppet *tjänstekoncession* återfinns i bl.a. artikel 1.4 av Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/18/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet).

¹⁶ Se mål C-348/10 *Norma*, punkt 42 och mål C-206/08 *Eurawasser*, punkt 57.

kostnader eller till och med en risk att stå ansvaret för alla sorters skador som uppkommer till följd av brister i tjänsten.¹⁷

För att det ska röra sig om en tjänstekoncession ska enligt EU-rätten en betydande del av den ekonomiska risken ha övergått till den kontrakterande leverantören.¹⁸

Tjänstekoncessioner omfattas inte av lagen om offentlig upphandling (2007:1091) -LOU-¹⁹ men EU-domstolen har i ett flertal avgöranden slagit fast att i vart fall de grundprinciper om likabehandling, transparens (förutsebarhet) samt icke-diskriminering som följer av EU:s funktionsfördrag är gällande vid tilldelningen av dessa kontrakt.²⁰ Därför kräver EU-rätten att tilldelningen av tjänstekoncessioner föregås av ett öppet, transparent anbudsförfarande.²¹

Företagarombudsmannens bedömning

Det ankommer ytterst på domstolar att genom en rättsprövning avgöra om ett kommunalt beslut är olagligt eller inte. Högsta förvaltningsdomstolen har i HFD 2012 ref. 29 ansett att tilldelning av en tjänstekoncession inte kan prövas av förvaltningsdomstol. Sverige har efter denna dom kritiserats av EU-kommissionen för att inte ha uppfyllt sina åtaganden enligt EUF-fördraget. Sålunda har Malungshems tilldelning av rätten att låta Västerdala Turism bedriva hotell och restaurangverksamhet i Sankt Olof Hotell och Krog aldrig prövats i domstol.

Vidare har det aktuella avtalet ingåtts mellan det kommunala bolaget Malungshem och Västerdala Turism. Kommunala bolags beslut att ge stöd kan i dagsläget inte överprövas i domstol. Sålunda har inte heller denna fråga prövats i domstol.

I nu förevarande fall har Kommunen ansett sig haft ett behov av att ha ett hotell inom centralorten vilken uppfyller viss standard. Efter att det kommunala bostadsbolaget Malungshem byggt hotellet i fråga har bolaget, utan att följa EU-rättens krav på ett offentligt anbudsförfarande, tilldelat Västerdala Turism rätten att inom ramen för hotellet bedriva hotell- samt restaurangverksamhet.

¹⁷ Se mål C-274/09 *Stadler* punkten 37.

¹⁸ Se mål C-206/08 *Eurawasser*, punkt 77.

¹⁹ Se 1 kap. 2 § 6 st. LOU.

²⁰ Se mål C-324/98 *Telaustria*, punkt 62, mål C-458/03 *Parking Brixen*, punkt 49 samt C-221/12 *Belgacom*, punkten 28.

²¹ Se mål C-458/03 *Parking Brixen*, punkterna 50 och 52.

Detta kontrakt innebär att Västerdala Turism getts rätten att utnyttja hotellet samt restaurangverksamheten. Västerdala Turism bär den övervägande risken för verksamheten eftersom de är beroende av kundernas betalning för att få verksamheten att gå runt.

Hyreskontraktets senare utformning där hyran baserar sig på omsättning påverkar enligt Företagarombudsmannens mening inte riskbedömningen.

Enligt Företagarombudsmannens bedömning utgör kontraktet mellan Malungshem och Västerdala Turism en så kallad tjänstekoncession enligt EU-rättens mening och skulle således ha föregåtts av ett offentligt anbudsförfarande .

Att inte konkurrensutsätta en tjänstekoncession som i nu förevarande fall är inte bara olagligt enligt EU-rättens mening utan får även anses mycket olämpligt. Genom att inte tillvarata konkurrensen har Malungshem, som enligt egen uppgift redan innan kontraktet ingicks befann sig i en svår ekonomisk sits, inte säkerställt att bolaget fick det bästa möjliga anbudet för driften av verksamheten. Dessutom har konkurrensen snedvridits när endast en leverantör fått möjligheten att lämna anbud på kontraktet.

Malungshems beslut att efterskänka 2008 års hyra och endast kräva betalning motsvarande 50 000 kronor utgör ett stöd till Västerdala Turism. Eftersom det under samma tid fanns konkurrerande hotellverksamheter på orten finns det inte synnerliga skäl enligt 2 kap. 8 § 2 st. KL att ge ett sådant stöd till bolaget. Genom att acceptera dessa villkor har Malung-Sälens kommun, genom Malungshem, gett ett otillåtet stöd till bolaget. Kommunen förtjänar av denna anledning kritik.

Företagarombudsmannens målsättning

Om en myndighet inte följer lagar och regler får det till följd att det allmännas förtroende för rättsstaten skadas. Det saknas sanktioner mot kommuner och kommunala bolag som bryter mot kommunallagen vilket är anmärkningsvärt i sig.

Det är Företagarombudsmannens ambition att driva rättsprocesser mot kommuner som bryter mot lagen. Ett bättre företagarklimat gynnar alla. Företagarombudsmannen kommer även i fortsättningen att driva frågor där konkurrensen sätts ur spel och dessutom arbeta för att ett sanktionssystem för kommuner införs.

Företagarombudsmannen, en del av Den Nya Valfärden, verkar för ett bättre företagarklimat i Sverige. Företagarombudsmannens huvudsakliga uppgift är att ge uppmärksamhet och publicitet åt konkreta exempel på brister i företagarklimatet. Företagarombudsmannen har en styrelse bestående av företagare, ekonomer och publicister som på ideell basis leder verksamheten. Företagarombudsmannen genomför utredningar både på eget initiativ och efter anmälan. Anmälare kan vara företagare, politiker, journalister eller andra samhällsmedborgare som har reagerat på fall där företagande försvåras på grund av brister i lagstiftning, föreskrifter eller myndighetsutövning.