

Fortsatt ekonomisk analys av tecknat tjänstekoncessionsavtal för simhall m.m. - mål nr 77-19 i Kammarrätten.

1. Analys av Kommunens inlagor till Kammarrätten

För att mellan Härnösands kommun (Kommunen) och Attini Hotel AB (Entreprenören) tecknat tjänstekoncessionsavtal ska kunna godkännas i nu pågående mål i Kammarrätten ska avtalet bl.a. innebära att en tillräcklig risk överförs till koncessionshavaren. En av frågorna som kommer att bli viktiga för målets utgång är vilken risk som överförs på Entreprenören genom tecknat tjänstekoncessionsavtal.

Undertecknad sammanställde en utredning daterad 2019-11-01 som innehöll en sammanfattning på klagandens synpunkter över Kommunens yttrande daterad 2019-10-07.

Nedan har en sammanställning utförts på klagandens synpunkter över Kommunens yttrande daterat 2019-11-29, nedan kallad Inlagan.

2. Avtalstid för tjänstekoncession

Kommunen hävdar att det är nödvändigt för Entreprenören att avtalstiden är så pass lång som 20 år för att denne ska få tillbaka pengar på gjorda investeringar.

Kommentar: En koncessions löptid ska vara tidsbegränsad och bestämmas med beaktande av de byggentreprenader eller tjänster som efterfrågas. Om löptiden överstiger fem år får koncessionen inte ha en längre löptid än vad som rimligen kan förväntas för att koncessionshavaren ska få tillbaka gjorda investeringar och få avkastning på det investerade kapitalet. Vid beräkningen ska hänsyn tas till både inledande investeringar och investeringar som görs under koncessionens löptid för att nå målen enligt kontraktet.

Tjänstekoncessionsavtalet innehåller inga krav på Entreprenören att utföra några som helst inledande investeringar eller investeringar under koncessionens löptid. I en insändare i TÅ av Andreas Sjölander från

2019-12-17 skriver Sjölander att ett långt avtal behövs då kommunen förväntar sig att Entreprenören kommer att göra stora investeringar i simhallen.

Vad Kommunen och Andreas Sjölander stödjer sig på framkommer varken i tjänstekoncessionsavtalet, insändaren eller i Kommunens inlagor. Det synes vara ett önsketänkande.

Tjänstekoncessionsavtalet innehåller en icke motiverad lång avtalsperiod (20 år) och avtalet skall därför förklaras ogiltigt.

3. Fel indata av Kommunen

Kommunen skriver i sin Inlaga att tjänstekoncessionen tilldelades 2016. Året innan, alltså 2015, var totalkostnaden för simhallen ca 16,8 miljoner kr medan intäkterna var ca 7,3 miljoner. Detta visar att Entreprenören som tar över driften av simhallen tar en betydande verksamhetsrisk, menar Kommunen. Det var en förutsättning för tjänstekoncessionsavtalet att Entreprenören skulle bära motsvarande kostnader som Kommunen hade gjort, och det var därför nödvändigt att Kommunen ger ett driftbidrag om 7,2 miljoner kr per år. Det hade annars varit omöjligt att hitta en privat aktör som var villig att ta över verksamheten.

Kommunen skriver vidare att med ett driftbidrag på 7,2 miljoner kr skulle Entreprenören, baserat på siffrorna från 2015, behöva få in lite mer än 9,5 miljoner kr från verksamheten för att över huvud taget gå runt. Kommunen anser därför att entreprenören skall anses ta en betydande risk.

Kommentar: Kommunen anger att totalkostnaden för simhallen för året 2015 låg på ca 16,8 miljoner kr. Simhallens ekonomiska utfall för 2015 framgår av tjänstekoncessionsavtalet. Där kan kostnaderna för Simhallen summeras till ca 16,0 miljoner. Dock ingår en avskrivningspost på ca 3,1 miljoner i summeringen. Avskrivningskostnaden har inte förts över på Entreprenören utan skall fortsättningsvis bäras av Kommunen.

Avskrivningskostnaden skall därför avräknas de 16 miljoner kr som Kommunen hade som kostnad för simhallen 2015 och därmed fås en kostnad om ca 12,9 miljoner kr.

Kommunen anger vidare att intäkterna för simhallen för året 2015 låg på ca 7,3 miljoner kr. I bilaga till tjänstekoncessionsavtalets kan konstateras att intäkterna för Simhallen kan summeras till ca 8,3 miljoner kr.

Med en kostnad för verksamhetsåret 2015 på ca 12,9 miljoner kr och intäkter på 8,3 miljoner kr fås ett underskott på ca 4,6 miljoner kr. Med det driftbidrag som Entreprenören erhåller enligt tjänstekoncessionsavtalet på 7,2 miljoner kr per år fås ett överskott på 2,6 miljoner.

Det är anmärkningsvärt att Kommunen redovisar felaktiga uppgifter gällande det ekonomiska utfallet för 2015. Det är uppenbart att med den grovt felaktiga redovisningen av ekonomin för 2015 har Kommunen velat styrka att Entreprenören tar en betydande verksamhetsrisk, vilket denne inte kan bedömas göra med korrekta ingångsdata som grund.

4. Kostnader för simhallens ekonomi-, HR- (personalfrågor) och administrationsverksamhet.

Kommunen hävdar i inlagan att det måste läggas till kostnader för bl.a. ekonomi, HR och administration eftersom dessa uppgifter tidigare skötts av kommunen centralt och därför inte ingår i simhallens budget. Kommunen menar att den exakta siffran är svår att kalkylera men uppskattar att den haft en overhead-kostnad om ca 1,8 miljoner kr relaterade till simhallen.

Kommunen hävdar vidare att den kostnad som klagandena räknat med, 400 000 kr, framstår under alla omständigheter som orimligt låg och kan inte vitsordas.

Kommentarer: Kommunens beskrivning av hur arbetet med simhallens ekonomi-, HR- och administrationsverksamhet har skötts emotsägs av följande omständigheter:

Lars Thidholm har varit simhallschef från 2001 till 2015. Förutom ledning och utveckling av verksamheterna på simhallen hade Thidholm ansvaret för simhallens personal och dess ekonomi. Hela arbetet med ekonomi- och personalfrågor hanterades av Thidholm som verksamhetschef och simhallens övriga personal. Thidholm beskriver de arbetsuppgifter han själv och personalen utförde rörande ekonomi-, HR- och administrationsuppgifter i en skrivelse daterad 2020-01-13. Utdrag:

”Jag har varit simhallschef på Härnösands Simhall från 2001 till 2015.

Förutom ledning och utveckling av verksamheterna på simhallen hade jag ansvaret för simhallens personal och ekonomi. Hela arbetet med ekonomi- och personalfrågor hanterades av mig som verksamhetschef och simhallens övriga personal.

I den kostnadssammanställning som redovisas för simhallen åren 2011-2015 i tjänstekoncessionsavtalets bilagor ingår bl.a. kostnader som utförts av simhallens egen personal för utförd verksamhetsledning, styrning, kassahantering, betalning av fakturor, utskick av fakturor, kontoföring, postgirokontroller, avstämningar m.m.

Jag tog själv fram budget för varje år för simhallens totala verksamhet. Jag fick genom kommunens ekonomisystem en rapport om utfallet varje månad.

Inför varje nytt verksamhetsår hade jag ett möte med kommunens ekonomi- och förvaltningschef. Därutöver hade jag kontakt med ekonomienheten maximalt 1 gång per månad för avstämning av månadsutfallet.

Även alla personalfrågor hanterades av mig som verksamhetschef vid simhallen som arbetsbeskrivningar, personalmöten, utvecklingssamtal, rekrytering av personal, utformning av annonser m.m. vid rekrytering av personal, anställningsintervjuer m.m. Kommunens HR-avdelning var inte inblandad i detta arbete.

Således kan jag konstatera att allt arbete med simhallens ekonomi-, HR- och administrationsverksamhet utfördes av simhallens personal och bokfördes på simhallens kostnadskonto under den period som jag var simhallschef.”

Beskrivningen av Lars Thidholm är viktig då den visar att simhallens arbetsuppgifter inom ekonomi-, HR- och administrationsområdet har varit mer omfattande än vi tidigare antagit. Merkostnaden för ifrågavarande arbetsuppgifter angavs i tidigare inlagor från klaganden till 400 000 kr per år.

Mot bakgrund av Lars Thidholms ingående beskrivning enligt ovan gjorda utdrag kan konstateras att antagandet om att simhallens merkostnad för ekonomi-, HR- och administrationsuppgifter skulle uppgå till 400 000 kr inte är relevant.

Det som skall uppskattas i denna del som berör simhallens ekonomi-, HR- och administrationsuppgifter är den **merkostnad** som Entreprenören ev. kan komma att få vid överförande av simhallens ekonomi-, HR- och administrationsuppgifter från kommunal förvaltning till eget företag. Simhallen har en verksamhet som antas omsätta ca 13,0 miljoner och ha ca 11 heltidsanställda.

Det kan med ovanstående fakta konstateras att de resultaträkningar som ligger till grund för att bedöma tjänstekoncessionsavtalets ekonomi (åren 2011-2013 och 2015) i allt väsentligt innehåller kostnader för simhallens ekonomi-, HR- och administrationsverksamhet. Kostnader bedöms tillkomma för en entreprenör vid uppstart av ett nytt bolag för följande aktiviteter/inköp:

- ett eget ekonomi- och administrationssystem (därigenom fås månatliga rapporter över resultat- och balansräkning),
- årligt bokslut och deklaration,
- arvode till styrelsen för lednings- och styrelsearbete.

Den tillkommande merkostnaden för Entreprenören för att överföra simhallens ekonomi-, HR- och administrationsuppgifter från kommunal förvaltning till eget nytt bolag, där det inte finns någon uppbyggd ekonomi- och administrationsfunktion i bolaget eller inom koncernen, bör inte överstiga 200 000 kr per år. Vid bedömning av ev. tillkommande kostnader skall utgångspunkten vara att det är koncessionsavtalets Entreprenör, Attini Hotel AB, som ska bli huvudman för simhallens verksamhet. Attini Hotel AB hade 2018 en omsättning på ca 80 miljoner. Attini Hotel AB har självklart ett eget fungerande ekonomi-/administrationssystem som simhallens verksamhet kan integreras i. Merarbetet för befintlig styrelse torde vara marginellt. Det ovan sagda innebär att även 200 000 kr torde vara i överkant. Det är inte osannolikt att Entreprenören i verkligheten kommer att kunna minska simhallens kostnader för dess ekonomi-, HR- och administrationsverksamhet då stor del av dessa arbetsuppgifter bedöms kunna övertas av Attini Hotel AB:s befintliga personal som handhar bolagets ekonomi-, HR- och administrationsverksamhet. Det sagda bör gälla även om Entreprenören väljer att bilda ett separat bolag för verksamheten i simhallen då koncernens funktioner kan nyttjas. Sammanfattningsvis görs bedömningen, efter

kompletterande utredning enligt ovan, att ingen merkostnad bör påföras i den kalkyl som upprättas för att bedöma de ekonomiska konsekvenserna av tjänstekoncessionsavtalet. Det innebär att den utredning som klaganden redovisade i tidigare inlägga daterad 2019-10-31 som visade på ett överskott för Entreprenören över avtalsperioden, 20 år, på 50 miljoner kr bör ökas med $400\,000\text{ kr} \times 20\text{ år} = 8\text{ miljoner kr}$.

5. Är intäkterna från simhallens gym-verksamhet för höga?

Kommunen menar i sin Inlägga att den sista justering som måste göras rör intäkterna för de gym-verksamheter som bedrivs inom gymmen Actic och Spegeln. Kommunen skriver att dessa verksamheter genererar en betydande del av simhallens intäkter. Kommunen skriver vidare att lokalerna där dessa verksamheter drivits ingår i tjänstekoncessionen och att Entreprenören inte är skyldig att driva gym i dessa lokaler.

Kommunen skriver vidare att Actic och Spegeln har konkurrerat med andra gym och träningscenter i området på vanliga, marknadsstyrda villkor. Dessa verksamheter är därför särskilt utsatta för konkurrens.

Kommentarer: Actic är en privat driven gym-kedja som hyr in sig i simhallen på vad man får utgå från marknadsmässiga hyresnivåer. Verksamheten inom Actics gym sköts i huvudsak av simhallens personal. Spegeln är simhallens eget gym som sköts av simhallens personal.

Vad det gäller Actics hyresavtal med Kommunen är det inte deras verksamhet som är primärt av intresse utan det är hyresintäkterna för deras lokaler som påverkar simhallens intäkter, se sammanställning nedan.

Enligt Tomas Jenssen, chef på Kommunens Samhällsförvaltning, hyrde Kommunen ut lokal till gymmet Actic inom simhallen under 2018 enligt följande:

- **Actic**, lokalarea ca 90 kvm. Hyran, uppgår till 40 % av intäkten exkl. moms. Dessutom finns ett serviceavtal som avser de tjänster Kommunen utför åt Actic – kassatjänst, instruktioner etc. För det får Kommunen 10 % av intäkten exklusive moms. Totala intäkterna uppgår till 50 % av Actics bruttointäkter. Därutöver erhåller Actic 20 %

av Guldkortet för att simhallens kunder får utnyttja Actic på guldkortet. Bruttointäkt som tillföll Simhallen exkl. moms men inkl avgift för Guldkortet är **880 552 kr** för år 2018.

- **Spegeln**, Kommunens gymverksamhet som drivs av simhallens personal.

Spegelns och Actics intäkter redovisas inte under hyror och arrenden i resultatredovisningar för simhallen utan ingår i den ekonomiska redovisning som görs för simhallens totala verksamhet.

Några kommentarer behövs rörande lokalerna för gymverksamheten i Actics och Spegelns lokaler. Lokalerna ligger i ett centralt läge med över 208 000 besökare per år till simhallen enligt Kommunens besöksstatistik. Det torde vara ett av de mest eftertraktade lokallägena i Härnösand för sektorn friskvård.

Kommunen erhöll för 2018 en intäkt på 880 552 kr exkl. moms för Actics verksamhet (50 % av Actics bruttointäkter enligt sammanställning ovan). Det är en hisnande hög intäkt mot bakgrund av att lokalytan uppgår endast till 90 kvm. Omräknat till hyra per kvm uppgår hyran till närmare 10 000 kr per kvm! 10 % av intäkterna utgörs av en avgift för att Kommunen utför vissa tjänster åt Actic som kassatjänst, instruktioner etc. Få verksamheter torde ha ett sådant extraordinärt bra ekonomiskt utfall.

Kommunen har i tjänstekoncessionsavtalet med Entreprenören avtalat att det är upp till Entreprenören att bestämma om gymverksamhet ska bedrivas i gymlokalerna (Spegeln och Actics lokaler). Kommunens avtal med Actic löper ut 2022-12-31. Det kan sägas upp till avtalstidens slut enligt redovisning i tjänstekoncessionsavtalet. Ev. kostnad för uppsägning betalas av Kommunen då detta inte är reglerat på annat sätt i avtalet.

Här uppstår naturligtvis frågan varför Entreprenören skulle låta Actic fortsätta att driva verksamheten efter 2022. Entreprenören kan få åtkomst till Actics lokaler fr.o.m. 2023-01-01 och driva verksamheten själv. Det skulle ge en potentiell merintäkt på ytterligare ca 800 000 – 900 000 kr per år. Kostnaderna torde vara marginella då huvuddelen av arbetet redan idag utförs

av Kommunens personal och ingår i de redovisade kostnaderna. Över en avtalsperiod på 20 år bör det handla om **ytterligare ca 15 miljoner** i intäkter för Entreprenören.

Kommunen har inte redovisat uppgifter på vilka intäkter som Simhallens eget gym, Spegeln, har. Mot bakgrund av intäkterna för Actics verksamhet bör även Spegelns gymverksamhet vara utvecklingsbar och utgöra en betydande del av simhallens intäkter som Kommunen också medger enligt sin inlaga. Eftersom simhallen väljer att fortsätta med Spegelns verksamhet måste det tolkas som att verksamheten ändå ger ett inte oväsentligt intäktsbidrag jämfört med att hyra ut berörd lokal till extern hyresgäst.

Av den ekonomiska analys som gjordes i tidigare inlaga av klaganden, daterad 2019-10-31, framgår att utvecklingen för simhallens intäkter över tid har varit mycket positiv. Från 2011 till 2018 har intäkterna ökat med ca 41 %!! Mot bakgrund av att Kommunen dessutom ligger efter i höjning av entrépriserna och att priserna ligger för lågt i förhållande till närliggande jämförbara simanläggningar finns inga indikationer på att Entreprenören skulle ha ett mer utmanande ekonomiskt läge 2018 och framåt jämfört med perioden 2011-2015.

Utdrag ur tidigare sammanställning på simhallens intäkter över tid:

Simhallen	2011	2012	2013	2014	2015	2018
	Kr	Kr	Kr	Kr	Kr	Kr
Intäkter	6 146 000	7 334 000	7 525 000	8 712 000	8 334 000	8 642 000

Av ovanstående redogörelse framgår att det inte finns något stöd för Kommunens argumentation att nedjustering måste göras för Actics och Spegelns intäkter. Faktum är precis tvärtom. Justering ska utföras men med en uppjustering p.g.a. framtida möjlig intäktsökning på ca 15 miljoner kr över avtalsperioden, 20 år, genom att Entreprenören har möjlighet att kräva att Kommunen säger upp sitt hyresavtal med Actic. Entreprenören kan då bedriva egen gym-verksamhet i Actics lokaler och ta del av den intäkt som hittills tillfallit Actic (ca 800 000-900 000 kr/år).

Kommunen skriver att Actics och Spegelns verksamheter är särskilt utsatta för konkurrens och Kommunen vill därmed mena att Entreprenören tar en betydande risk. Ovanstående ekonomiska analys visar att Kommunens påstående saknar relevans. Kommunens påstående sätter fingret på ett viktigt faktum; nämligen att den huvudsakliga verksamheten som Entreprenören tar över är av monopolkaraktär som dessutom har en efterfrågan som har visat sig stabil och ökande över tid.

Genom att

- Kommunen systematiskt eliminerat alla betydande risker för Entreprenören i tjänstekoncessionsavtalet
- Kommunen över avtalsperioden, 20 år, överför ett betydande kapitalbelopp till Entreprenören
- simhallen har en stigande besöksfrekvens
- simhallsverksamheten är av monopolkaraktär

kan det ej anses att Entreprenören övertar en betydande risk genom tjänstekoncessionsavtalet.

6. Är Entreprenören tvingad att överta utökad personal utan kompensation?

Kommunen skriver i sin Inlägga att Entreprenören har skyldighet att överta befintlig personal vid överlåtelsepunkt, 15,25 heltidsanställda. (och tillhörande personalkostnader) enligt LAS och ej vad som gällde vid tidpunkt för tjänstekoncessionens undertecknande av parter, 11,0 heltidsanställda .

Kommentarer: Det framgår inte om den upphandlande myndigheten, Kommunen, har gjort en juridisk bedömning av tillämpligheten av den arbetsrättsliga regleringen vid utformning av avtalets kriterier angående Entreprenörens skyldigheter vid övertagande av personal (se 10.3 i Tjänstekoncessionsavtalet).

Det finns ett flertal rättsliga invändningar mot Kommunens påstående.

Först måste utredas i det särskilda fallet om en överlåtelse skett på sådant sätt att § 6 b LAS äger giltighet. För detta ändamål måste fallet prövas mot de sju s.k. Spijkers-kriterierna (nr 24/85, 1986 ECR). Om verksamhetsövergång inte skett är det inte förenligt med de EU-rättsliga principerna att formulera särskilda avtalsklausuler om krav på personalövertagande. Konflikt kan även uppkomma om krav på upphandlingens affärsmässighet om anbudsgivarna inte har möjlighet att tillämpa sin frihet att använda den egna organisationens personal (eller via underentreprenad), vilket framgår av mål nr 3696-1998 (Kammarrätten i Göteborg).

Ett krav på personalövertagande måste kunna försvaras under de EU-rättsliga grundprinciperna vid offentlig upphandling, och i synnerhet proportionalitetsprincipen. För att ett krav ska anses proportionerligt ska det, enligt prövning mot proportionalitetsprincipen via en trestegsmodell, anses vara lämpligt, effektivt, och nödvändigt och de negativa effekterna ska vara proportionella i förhållande till syftet. Att ett krav på personalövertagande ska vara nödvändigt i förhållande till syftet innebär att syftet inte kan uppnås på något mindre ingripande sätt. De möjliga negativa effekterna för övertagande Entreprenör måste kunna visas vara rimliga i förhållande till det eftersträlvade syftet. Endast i vissa situationer kan möjligen krav på personalövertagande motiveras av att personalkontinuitet anses proportionella. Dessa fall torde dock vara relativt begränsade. Mot bakgrund av Proportionalitetsprincipen är det högst oklart om Kommunen kan ställa särskilda krav om personalövertagande vid upphandling.

Även om det efter en rättsanalys, utifrån Spijkers-kriterierna, påvisas att en överlåtelse av verksamhet skett på sådant sätt att § 6 b (LAS) äger giltighet så kvarstår flera allvarliga invändningar mot Kommunens ovan refererade påstående vilka utvecklas nedan.

Det är korrekt att enligt artikel 4.1 får en verksamhetsövergång inte i sig utgöra skäl för uppsägning från vare sig överlåtarens eller förvärvarens sida. Artikeln har implementerats i svensk lag genom 7 § 3 st. LAS. Enligt 7 § 3 st. LAS är en verksamhetsövergång enligt § 6 b LAS inte i sig saklig grund för uppsägning av arbetstagare.

Ett undantag från detta, som också återfinns i överlåtelsedirektivet, är att förbudet dock inte skall hindra uppsägningar som sker av ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl där förändringar i arbetsstyrkan ingår, enligt 7 § 3 st. 2 p. LAS.

Om arbetsgivaren vidtar en driftsinskränkning utgör detta i regel saklig grund för uppsägning, förutsatt att arbetsgivaren kan visa på att en seriös företagsekonomisk bedömning har gjorts gällande personalsituationen och behovet av uppsägningar. Övertalighet är som konstaterats en saklig grund för uppsägning inom ramen för vad som betraktas som arbetsbrist. Det framgår vidare klart av Arbetsdomstolens praxis att en arbetsgivare får säga upp arbetstagare med hänvisning till s.k. hypotetisk arbetsbrist, d.v.s. förmodad arbetsbrist vid uppsägningstidens slut. Även vid ett entreprenörsbyte, exempelvis att Attini Hotel AB överlåter delar av verksamhet till underentreprenör, äger arbetsgivare rätt att säga upp personal om det råder oklarhet vid uppsägningstillfället om produktionsfaktorerna skall ingå eller inte vid verksamhetsöverlåtelse. Detta framgår bl.a. av AD:s domslut, 2014 nr 1.

Tjänstekoncessionsavtalet för Simhallen medger enligt bilaga 9 i tjänstekoncessionsavtalet att Entreprenören äger rätt att självständigt reglera allmänhetens öppettider för gym och övriga delar av simhallen utöver bad, äventyrsbad och relaxavdelning. Det bör noteras att tjänstekoncessionsavtalet under 3.2.2, punkt iv anger att anläggningen skall upplåtas för allmänhet inklusive möjlighet till friskvårdsverksamhet exempelvis gym- och gruppträning. I bilaga 9 görs dock denna skrivning oklar och motsägelsefull genom att Entreprenören preciseras helt äga rätten till allmänhetens öppettider för gym. Entreprenören äger därmed rätten att helt exkludera allmänheten från Simhallens gymavdelning med gällande skrivning, då det inom avtalsjuridik gäller att det är den part som svarat för oklarheten som får bära ansvar för den.

Om Entreprenören vid överlåtelse väljer att minska eller helt exkludera allmänheten från gymavdelning föreligger en sådan verksamhetsminskning som kan utgöra saklig grund för uppsägning av personal. Det bör vidare

noteras att befintlig personal inom Actic är simhallspersonal och ingår i samma personalpool som ansvarar för våta utrymmen.

I tjänstekoncessionsavtalet regleras fråga om övertagande av personal i 10.3. I punkt 10.3.1 anges att personal skall övertas vid verksamhetsöverlåtelse enligt § 6 b Lagen om anställningsskydd (LAS). I samma punkt refereras till ”Anställd personal i verksamheten” med en hänvisning till bilaga 10. Där redovisas sammanlagt 12 anställda (2016-06) som omräknat till helårsanställda motsvaras av 11,0 heltidsanställda. I avtalet finns ingen skrivning om att Entreprenören skulle vara skyldig att överta personal, utöver vad som framgår av det underlag och avtal som signerats av parterna, vid ett senare överlåtelседatum.

Av information inhämtad från Samhällsförvaltningen framgår att kommunen under 2018 ökat personaltätheten med 38 (!) timanställda, vilket motsvarar +4,25 helårstjänster och utgör en ökning av personaltäthet, jämfört med 2016 års nivå, med 39 %. Enligt punkten 24.4 i tjänstekoncessionsavtalet gäller att anpassning av avtalet skall ske om omständigheter uppstått eller förändrats som Entreprenören rimligen inte kunnat förutse. En ökning av personaltäthet med nästan 40 % från Kommunens sida, efter att avtalet undertecknats, utgör en sådan oförutsedd omständighet som Entreprenören kan åberopa för att Kommunen skall svara för kostnader utöver vad som framgick vid tidpunkt för avtalets undertecknande.

Kommunens genomgripande förändringar av personaltäthet efter tjänstekoncessionsavtalets undertecknande utgör därutöver rättsgrund för att betydande förändringar i tjänstekoncessionens väsentliga delar kan anses ha inträtt. Den upphandlande myndigheten får då inte genomföra sådana förändringar i avtalet utan måste istället säga upp det innevarande tjänstekoncessions-kontraktet, i enlighet med kontraktets stipulerade villkor, för att därefter tilldela en ny koncession.

Sammanfattningsvis visar sammanställningen ovan att personalökning som gjorts av Kommunen efter tidpunkten för tjänstekoncessionsavtalets tecknande utgör legitim grund för Entreprenören att åberopa bestämmelsen i tjänstekoncessionsavtalets punkt 24.4 för att kräva att Kommunen står för

överskjutande personalkostnader om ingen överenskommelse nås om personalminskning. Kostnaderna för överskjutande personal får då bäras helt av Kommunen (= skattebetalarna).

7. Får allmänheten tillgång till bättre öppettider?

Kommunen hävdar i Inlagan att Entreprenören åtagit sig att utveckla lokalerna och verksamheten, bl.a. genom att utöka öppettiderna med ”*minst 10 timmar/vecka*”. Detta ska Entreprenören göra utan att driftbidraget ökar.

Kommentar: Påståendet är en sanning med stor modifikation.

Tjänstekoncessionsavtalet är, vad gäller allmänhetens tillgänglighet till simhallens olika delar, svåröverskådligt. Ett försök har gjorts att jämföra öppettiderna för simhallens olika delar för år 2016, 2019 resp. de öppettider som avtalats i tjänstekoncessionsavtalet.

Sammanfattande bedömning av allmänhetens tillgänglighet till simhallen

Kommunen menar att Entreprenören ökar tillgängligheten med minst 10 timmar per vecka och att detta görs utan att driftbidraget ökar. Det skulle tyda på att Entreprenören tar en risk enligt Kommunen.

Vid en djupgående analys som genomförts enligt ovan framträder en bild som kan sammanfattas enligt följande:

- Allmänhetens tillgänglighet i antal timmar har ökat med minst de avtalade 10 timmarna per vecka. Dock har dessa timmar i huvudsak lagts på mindre attraktiva förmiddagstider då simhallen har skolsimsundervisning.
- Öppettiderna för allmänhetens populära kvällssim (mellan 19.30–21.00 på måndag och onsdag) som simhallen haft under många år har helt strukits i tjänstekoncessionsavtalet.
- Öppettiderna för allmänhetens relaxavdelning har förkortats under attraktiv kvällstid. Inga tider finns längre för allmänheten efter 19.30.
- Öppettiderna för allmänhetens morgonsim har helt tagits bort sommartid.

- Som nämnts ovan är Entreprenören inte skyldig att driva gymverksamhet i Actics och Spegelns lokaler. Det är enligt tjänstekoncessionsavtalet upp till Entreprenören hur denne vill nyttja dessa lokaler.
- Vissa föreningar garanteras fortsatt verksamhet i de våta utrymmena (6 st föreningar). Ett antal andra föreningar som idag har tillträde till simhallens gymnastiklokal för verksamhet har Entreprenören möjlighet men inte skyldighet att erbjuda fortsatt tillträde till anläggningen.

Det bör även tilläggas att Entreprenören kan tillgodose krav om +10 tim/vecka endast genom att tillhandahålla tillgänglighet till Mellanbassäng, vilket redan skett fr.o.m. 2019, då tjänstekoncessionsavtalet ej reglerar fråga om tillgänglighet till specifika bassänger utan endast till ”baddelar” (se tjänstekoncessionsavtalet, bilaga 9).

Syftet med denna omDispositionering av allmänhetens tillgänglighet till simhallen bedöms vara att med planerad kombination av simhall - hotell får Entreprenören större möjligheter att nyttja simhall och relaxavdelning efter kl. 19.30 för hotellets gäster utan att allmänheten har tillgång till dessa utrymmen.

Ovanstående analys ger belägg för att även här har tjänstekoncessionsavtalet utformats så att Entreprenörens risk minskar och att upplägget syftar till att ge Entreprenörens andra projekt – hotellbygget – så goda förutsättningar som möjligt.

8. Intäkterna kan ej garanteras?

Kommunen hävdar i Inlagan att ett genomgående moment i klagandenas argumentation är förutsättningen att intäkterna förblir desamma. När Kommunen inte garanterar dessa intäkter innebär tjänstekoncessionsavtalet en avsevärd ekonomisk risk för Entreprenören, menar Kommunen. Detta medför, enligt Kommunen, att det borde vara uppenbart att avtalet utgör en tjänstekoncession i upphandlingsrättslig mening.

Kommentar:

I tjänstekoncessionsavtalet punkten 6.1.1 framgår att Entreprenören fastställer priser för Simhallen. Taxor för inträde... ”*får dock inte överstiga priserna i jämförbara, närliggande anläggningar*”.

Som visats i klagandens tidigare inlägga daterad 2019-10-31 har entrépriserna för Härnösands Simhall jämförts med entrépriserna för Sollefteå Simhall. Översiktligt visade jämförelsen att Härnösands Simhall har entréavgifter som ligger i genomsnitt ca 15 % lägre än entréavgifterna för Sollefteå Simhall (Sollefteå Simhall har bedömts vara den simhall i länet som är mest jämförbar med Härnösands Simhall).

En förklaring synes vara att Kommunen velat hålla ner intäkterna för att visa ett så dåligt resultat som möjligt. Av samma anledning har man ökat kostnaderna genom att anställa 38 st. timanställda och kostnadsfört dessa på simhallen.

Av Kommunens egen redovisning över Simhallens prisjusteringar över åren framgår att mellan 2011 och 2014 höjdes simhallens priserna i princip varje år. Från 2014 har entrépriserna endast justerats en gång, nämligen 2017. Från 2017 har entrépriserna i huvudsak stått stilla efter vad som kan bedömas av den information som framgår av Kommunens egen information.

Konsumentprisindex från 1 januari t.o.m. november 2016 har stigit med ca 6,0 %. Här är en del av förklaringen till varför Kommunen släpat efter med sina entrépriser. Som visades i klagandens tidigare inlägga daterad 2019-10-31 bör Entreprenören kunna påräkna en höjning av entréavgifterna på 15 % vilket skulle ge ytterligare ca 1,2 miljoner kr i intäkter.

Sammanfattningsvis har Kommunens slutsats, att avtalet utgör en tjänstekoncession i upphandlingsrättslig mening, ingen bäring. Huvuddelen av simhallens verksamhet är av monopolkaraktär och de av Kommunen idag satta intäkterna är satta starkt i underkant.

9. Sammanställning över vinster för Entreprenören

Nedan görs en sammanställning av de ekonomiska vinster Entreprenören förväntas göra genom tjänstekoncessionsavtalets konstruktion över avtalsperioden, 20 år:

- a. + **50 miljoner**, genom det driftbidrag om 7,2 miljoner per år som Entreprenören erhåller av Kommunen (enligt utredning i tidigare inlägga från klaganden daterad 2019-10-31),

- b. + **3 miljoner**, ändrat i gränsdragningslista för ansvaret för drift- och underhållsåtgärder, (se tidigare inläga från klaganden daterad 2019-10-31),
- c. + **7,0 miljoner**, Kommunen bedöms ligga på entrépriser som ligger ca 15 % lägre än jämförbar närliggande simanläggning, (se tidigare inläga från klaganden daterad 2019-10-31),
- d. + **4 miljoner**, Entreprenören bedöms ha fått en rabatt vid försäljning av hotelltomten med drygt 4 miljoner kr (se tidigare inläga från klaganden daterad 2019-10-31),
- e. + **8 miljoner kr**, tidigare bedömd merkostnad för Entreprenörens ekonomi-, HR- och administrationsverksamhet på 400 000 kr bör utgå. Entreprenörens överskott i punkten 9.1 ovan ökar därmed med 8 miljoner, från 50 till 58 miljoner kr (se kommentarer under punkten 4 ovan),
- f. + **15 miljoner kr**, ytterligare intäkter på 800 000 kr – 900 000 kr per år vid uppsägning av Actics hyreskontrakt och övertagande av verksamhet (se kommentarer under punkten 5 ovan).

Ovan specificerade och styrkta vinster som Entreprenören kan förväntas få utan att göra några större förändringar i verksamheten har beräknats uppgå till häpnadsväckande **87 miljoner kr** över avtalsperioden 20 år.

Stor del av uppskattningarna är gjorda utifrån Kommunens eget underlagsmaterial. Min bedömning är att uppskattningarna har ett osäkerhetsintervall men bör inte vara större än +/- 10 % totalt.

En ytterligare ekonomisk fördel som Entreprenören får är att Entreprenören får behålla 100 % av intäkterna vid hotellets nyttjande av simhallen. Kommunen ställer således upp med hela Simhallen för Entreprenörens egen hotellverksamhet utan att Entreprenören behöver erlagga ersättning till Kommunen för andra gruppers nyttjande (hotellets gäster). Denna fördel har inte uppskattats i någon summa då den är svårkalkylerbar. Den minskar dock risken för Entreprenören vid ett övertagande av simhallen.

För att ytterligare minska risken för Entreprenören har Kommunen åtagit sig att genomföra vissa förändringar som bedömts nödvändiga för att Entreprenören ska kunna genomföra hotellbygget. Kostnaden för dessa åtaganden har översiktligt uppskattats till **20-25 miljoner kr** i tidigare inlaga av Klaganden, daterad 2019-10-31.

10. Avslutande bedömning

Med ovanstående redovisningar av konsekvenser med tecknat tjänstekoncessionsavtal måste det anses väl styrkt att avtalet inte kan anses vara ett tjänstekoncessionsavtal.

Tjänstekoncessionsavtalet skall därför förklaras ogiltigt.

Lars-Erik Eriksson

Civ. ing. / fastighetsekonom

Pronova Fastighetsanalys AB