

BILAGA 1

Juridiska risker med att avtala med Mölndal Parkering AB (MPAB:s) upphandling enligt lagen om upphandling av koncessioner (2016:1147) LUK.

MPAB har valt att genomföra en direktupphandling med stöd av LUK. Det innebär bl.a. följande. En tjänstekoncession är ett kontrakt av samma slag som ett tjänstekontrakt, med den skillnaden att ersättningen som den ekonomiska aktören erhåller för tjänsternas utförande består av rätten att utnyttja tjänsten alternativt dels sådan rätt, dels betalning. Rätten att utnyttja en tjänst innefattar möjligheten för den ekonomiska aktören att erhålla ersättning i form av betalning från de kunder som använder de tjänster som tillhandahålls. En tjänstekoncession kan exempelvis bestå av rätten för en ekonomisk aktör att driva en parkeringsplats och då ta betalt från de kunder som parkerar sina fordon på parkeringsplatsen. För att en tjänstekoncession ska föreligga krävs att den ekonomiska aktören tar på sig en ”betydande del” av den risk som är förknippad med utnyttjandet av tjänsten. Tjänstekoncessioner kan alltså inte föreligga om en otillräcklig del av risken överförs från den upphandlande myndigheten eller enheten till den ekonomiska aktören.

Det finns inga risker knutna till lagarna om offentlig upphandling för Parkeringsbolagets del eftersom det är MPAB som upphandlar en tjänst av Parkeringsbolaget i koncession.

Med avtalet följer i de fall LUK tillämpas, en affärsrisk i att Parkeringsbolaget endast erhåller intäkter i de fall någon använder Parkeringsbolagets APP. Vid utebliven användning blir följden således att inga intäkter kommer Parkeringsbolaget tillgodo.

Parkeringsbolaget säljer en tjänst i en annan kommun och det innebär att lokaliseringsprincipen aktualiseras som handlar om att en kommun som huvudregel inte får rikta sig till andra än sina medlemmar i sin verksamhet. Undantag från lokaliseringsprincipen kan göras såtillvida verksamheten kommer de egna kommunmedlemmarna tillgodo. Det finns praxis som visar att ofullkomligheter i kommunindelningen och befolkningens rörlighet medför att undantag från lokaliseringsprincipen godtas. Ett klassiskt avgörande är RÅ 1977 ref. 77 när motorvägen E6 byggdes och i samband därmed Göteborg Stad byggde väg genom Mölndal med avfart till nytta för Göteborgs Stad kommunmedlemmar. Denna nytta medförde att det inte förelåg något överskridande av lokaliseringsprincipen.

Parkeringsbolaget säljer sin APP-tjänst och det innebär att reglerna i Konkurrenslagen kan komma att aktualiseras. När det gäller konfliktlösningsregeln i Konkurrenslagen så kan en kommun förbjudas att i sin säljverksamhet tillämpa visst förfarande om detta snedvrider konkurrensen eller är ägnat att snedvrida förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden eller hämmar eller är hämmat förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens. Förbud får inte meddelas för förfaranden som är försvarbara från allmän synpunkt. En kommun får inte förbjudas att bedriva viss säljverksamhet om den är förenlig med lag. Det är skillnad på verksamhet och förfaranden. Enligt förarbetena till Konkurrenslagen (prop. 2008/09:231 s. 38 f) anses en kommuns kompetensenliga agerande enligt kommunallagen vara försvarbar ur allmän synpunkt. Förbud får även meddelas mot verksamhet som en kommun bedriver men den får inte förbjudas om den är förenlig med lag. Kommunal parkering är tveklöst en del av den kommunala kompetensen och utgör typiskt sett sådan verksamhet som en kommun får ägna sig åt med stöd av den kommunala kompetensen. Någon framgång med att hävda att avtalet bryter mot konfliktlösningsregeln är därför inte framgångsrik.

Av förarbetena (prop. 2007/08:135 s. 67) till Konkurrenslagen framgår följande. När det gäller förhållandet mellan konkurrenslagen och annan lagstiftning framgår av motiven att, när riksdagen efter avvägning mellan olika allmänna intressen genom lag beslutat om offentliga regleringar som medför konkurrenshämmande verkningar, den situationen kan uppkomma att konkurrenslagen inte alls ska tillämpas (prop. 1992/93:56, s. 70). Ett företag kan vara rättsligt förpliktat att handla på ett visst sätt. Konkurrensbegränsande avtal eller avtalsvillkor som inte ger uttryck för den fria partsviljan, utan är en direkt och avsedd effekt av lagstiftning eller en ofrånkomlig följd av denna, kan således inte angripas med stöd av konkurrenslagen.

Av ovan måste förstås att om det finns offentlig reglering, exempelvis i kommunallagen som kan ge upphov till konkurrensproblem så ska konkurrenslagens regler inte tillämpas. Anledningen till att det syfte som regleras i den offentliga regleringen får företräde framför konkurrenslagen är att det kan sägas handla om en slags lagstiftad konkurrensstörning som då inte kan angripas. Detta får till effekt att om det uppstår en konkurrensbegränsning till följd av att en kommun följer kommunallagen så är det inte möjligt att angripa förfarandet med stöd av konkurrenslagen.

Konkurrensverket har i beslut (dnr 304/2018, 327/2018) den 6 mars 2020 uttalat att förfarandet strider mot kommunallagen men att effekten inte är så stor att konfliktlösningsregeln aktualiseras.

Eftersom parkeringsverksamhet ligger inom den kommunala kompetensen och antalet parkerande göteborgare kan ha ökat sedan KKV fattade beslut anser jag att förfarandet numera skulle kunna vara i enlighet med kommunallagens lokaliseringsprincip. Dock kvarstår risker med ny granskning av KKV och att de än en gång skulle komma fram till att det inte är i enlighet med kommunallagen.