



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 31

DOM
2016-12-15
Meddelad i Stockholm

Mål nr
4784-16

KLAGANDE

JHCS Fastigheter AB, 556738-8417

Ombud: Advokat Erik Olsson och jur.kand. Olle Lindberg
Advokatfirman Kahn Pedersen
Box 16119
103 23 Stockholm

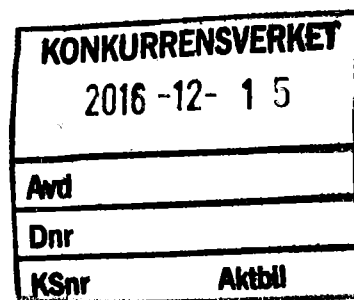
MOTPART

Danderyds kommun

Ombud: Advokat Esa Kymäläinen och jur.kand. David Nykvist
Danowsky & Partners Advokatbyrå KB
Box 16097
103 22 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller JHCS Fastigheter AB:s ansökan om ingripande enligt LOU och förordnar att Danderyd kommuns upphandling av vård- och omsorgsboende för äldre inom fastigheterna Danderyd Ginnungagap 1 och 2, dnr KS 2013/0163, ska göras om.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 8 mars 2016 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 777455

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag-fredag 08:00-16:30
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt		

YRKANDEN M.M.

Danderyds kommun (kommunen) genomför en anbudstävling avseende uppförande av vård- och omsorgsboende för äldre inom fastigheterna Danderyd Ginnungagap 1 och 2, dnr KS 2013/0163 (upphandlingen).

JHCS Fastigheter AB (JHCS) ansöker om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och yrkar att upphandlingen ska göras om.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och yrkar att förvaltningsrätten ska avslå, alternativt avvisa ansökan.

VAD PARTERNA ANFÖR

JHCS anför bl.a. följande till stöd för sin talan. Den aktuella upphandlingen avser ett byggtreprenadkontrakt, alternativt en upphandlingspliktig byggkoncession, och kommunen har därför varit skyldig att genomföra en formenlig upphandling enligt LOU. Kommunen har emellertid försökt strukturera upplägget så att det skulle vara fråga om ett kontraktsföremål som LOU inte är tillämpligt på. Lagstiftningens tillämplighet är dock inte beroende av hur ett kontrakt rubriceras eller av den upphandlande myndighetens avsikt avseende den rättsliga klassificeringen.

Bakgrund

Upphandlingen initierades genom att kommunen via sin hemsida bjöd in vård- och bostadsföretag i samverkan till vad som av kommunen benämns "anbudstävling" avseende uppförande och drift av vård och omsorgsboende inom fastigheterna Ginnungagap 1 och 2 i Djursholm. Villkoren framgår av inbjudan till anbudstävling samt av det utkast till exploateringsavtal som

kommunen bifogat inbjudan. Så som upplägget i upphandlingen är utformat ska kommunen sälja fastigheterna Ginnungagap 1 och 2 till den vinnande anbudsgivaren, som därvid åtar sig att bygga ett vårdboende, i enlighet med kommunens instruktioner, och därefter bedriva verksamheten i vårdboendet i enlighet med avtal under kommunens valfrihetssystem enligt lagen (2008:962) om valfrihetssystem (LOV) för vård- och omsorgsboende. Även om upphandlingen i inbjudan är beskriven som en försäljning så omfattar den således även ett genomförande av byggprojekt samt ett åtagande om drift av vårdboende.

Rättslig bedömning av föremålet för upphandlingen

Av 1 kap. 2 § LOU följer att lagen ska tillämpas vid upphandling av ett byggtreprenadkontrakt. Även upphandlingar av byggkoncessioner omfattas av LOU, och regleras särskilt i 13 kap. LOU. Det torde stå bortom allt tvivel att upphandlingen syftar till att upphandla uppförandet av ett vårdboende. Detta framgår redan av bakgrundsbeskrivningen i upphandlingen där följande anges.

Efter utredning av olika former för fastighetsägande och drift av nya vård- och omsorgsboenden för äldre har kommunstyrelsen 2015-02-16 § 32 beslutat att genomföra anbudstävling om uppförande och drift av nytt vård- och omsorgsboende för äldre på fastigheterna Ginnungagap 1 och 2.

Under rubriken *krav på anbudsgivare* anges vidare:

Kommunen kommer endast att sälja Fastigheten till anbudsgivare som har dokumenterad förmåga (ekonomiskt, utformningsmässigt, byggteknisk och administrativt) att genomföra byggprojekt och att förvalta boendet (...)

Under rubriken *program* anges vidare:

Anbudstävlingen omfattar 63 lägenheter för vård och omsorgsboende i grupper om max 9 lägenheter per enhet. Minst fem (5) av enheterna ska ha

demensinriktning. De övriga enheterna ska kunna anpassas till vård och omsorgsboende med demensinriktning.

Det framgår således tydligt av underlaget att anbudsinbjudan omfattar ett åtagande att uppföra ett sådant byggnadsverk som avses i 2 kap. 3 § LOU. I avsnittet ”Utformningsprogram för vård- och omsorgsboendet” i förfrågningsunderlaget har vidare följande angetts.

Vård- och omsorgsboendet ska självfallet uppfylla alla myndighetskrav (Boverkets, Socialstyrelsens, IVO:s, Arbetsmiljöverkets etc.) liksom kraven i kommunens LOV-underlag. Därutöver har kommunen följande krav på utformning och innehåll för vård- och omsorgsboendet inom Kv Ginnungagap:

- Det ska finnas tillagningskök i byggnaden, dvs. kök där man kan laga all mat.
- Det ska finnas ett gemensamt utrymme på varje enhet, med köksutrustning.
- Det ska finnas utrymme för att kunna samla flera enheters boenden och anhöriga samtidigt (minst två enheter samtidigt).
- Byggnad och lägenheter ska vara anpassade/förberedda för användning av modern digital teknik i vården.
- Boende ska ha möjlighet till bredbandsuppkoppling i lägenheten via fiber.
- Varje lägenhet ska vara utrustad med egen tvättmaskin.
- Lägenheterna ska utformas så att god visuell kontakt med utemiljön uppnås både för sittande och liggande boende.
- Inhägnad trädgård för möjlighet till utevistelse anpassad för boende med demenssjukdom.
- Parkeringsmöjligheter för anhöriga och för personal, minst 10 platser inom kvartersmark för vård- och omsorgsboendet och minst 5 platser för korttidsboendet.

Dessa instruktioner avseende det byggnadsverk som ska uppföras utgör under alla omständigheter sådana detaljerade specifikationer som medför att byggnadsverket kommer att utföras enligt krav som ställs upp av kommunen på sätt som avses i 2 kap. 3 § LOU. Det torde inte råda något tvivel om att det är ett avtal med ekonomiska villkor. Sannolikt erläggs ersättning av kommunen antingen genom att ”köparna” sätter ned köpeskillingen med ett

värde som motsvarar kostnaden för byggentreprenaden eller genom att kostnaden för byggentreprenaden ersätts genom den betalning som leverantören kommer att motta för utförda vårdtjänster, dvs. vid sitt utnyttjande av byggentreprenaden. Det är naturligtvis möjligt att ersättning utges på båda dessa vis. Det förefaller osannolikt att kommunen skulle låta uppföra ett vårdboende om inte kommunens medlemmar också hade ett trängande behov av ett sådant vårdboende.

Av 2 kap. 4 § LOU följer att det rör det sig om en byggkoncession om kontrakt är av samma slag som ett byggentreprenadkontrakt, men ersättningen helt eller delvis utgörs av en rätt att utnyttja anläggningen. För denna ansökan vidkommande saknar det därför betydelse hur ersättningen erlaggs. Om ersättning för byggentreprenaderna utgår genom avräkning på köpeskillingen rör det sig om en byggentreprenad enligt 2 kap. 3 § LOU som borde ha upphandlats i ett annonserat förfarande enligt 4 kap. Om det i stället är så att ersättning för byggentreprenaden erlaggs genom intäkter från vårdverksamheten enligt LOV är det i stället fråga om en byggkoncession enligt 2 kap. 4 § LOU. Direktupphandlingen skulle då i stället ha upphandlats i ett annonserat upphandlingsförfarande enligt LOU.

Fråga om direkttilldelning på grund av ensamrätt

Det får anses uppenbart att en upphandlande myndighet inte kan direkttilldela ett kontrakt med hänvisning till ensamrätt, när den aktuella ensamrätten skapas genom upplägget i en viss upphandling. För att få tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering med anledning av tekniska skäl krävs fysiska/konkreta tekniska skäl, så som att en viss produkt rent fysiskt är kompatibel med en annan. Bestämmelsen avser inte juridisk-tekniska skäl, så som att en fastighetsägare har full dispositionsrätt över sin fastighet.

Bolagets skada

Det kan konstateras att upphandlingen på flera sätt genomförts på ett sätt som inte hade varit tillåtet enligt LOU. I inbjudan anges t.ex. att kommunen förbehåller sig fri prövningsrätt och rätt att förkasta samtliga anbud. JHCS, som lämnat anbud i upphandlingen, skulle ha haft ett intresse av att delta i ett annonserat förfarande enligt LOU, vilket genomförs i enlighet med de grundläggande principerna och de regler som i övrigt styr sådana förfaranden. JHCS har därmed lidit skada eller åtminstone riskerat att lida skada av att kommunen har genomfört upphandlingen som en otillåten direktupphandling.

Talerätt

Av 16 kap. 4 § LOU framgår att förutsättningarna för att få använda sig av överprövningsinstitutet är att en leverantör anser sig lida eller kunna komma lida skada. Anbudsgivare har rätt att lämna anbud tillsammans med andra. JHCS har tidigare utfört arbete av nu aktuellt slag och är således en leverantör av den typ av byggtreprenadarbeten som bolaget önskar ska konkurransutsättas och som detta mål rör.

Kommunen anför bl.a. följande till stöd för sin inställning.

Grunder för avslag

Föremålet för anbudstävlingen är ett kontrakt om förvärv av fastighet

Det väsentliga och huvudsakliga syftet med den pågående anbudstävlingen är att utse en vinnare som i sin tur ska förvärva vissa fastigheter från kommunen. Härtill åtar sig vinnaren att, i egenskap av fastighetsägare, exploatera marken enligt, vid den tiden, gällande detaljplan. Föremålet för anbuds-

tävlingen är sålunda ett kontrakt som avser förvärv av fastighet som lagen, enligt 1 kap. 6 § första stycket 1 LOU, inte gäller för.

Såvitt gäller de uppgivna specifikationerna från kommunen framgår av prospektet att det aktuella markområdet kommer att bli föremål för ett senare detaljplanebeslut. Av avsnittet framgår också att vissa av kommunens uppgifter och anvisningar till deltagarna i tävlingen ”endast [är] vägledande”, såsom i fråga om byggnadsarea. Med hänsyn till det förestående detaljplane-förfarandet, där kommunen genom sitt planmonopol fritt äger bestämma användningsområdet för marken i fråga, är det både nödvändigt och ändamålsenligt att upplysa deltagarna i anbudstävlingen om att presenterade förslag bör hålla sig inom ramen för den markanvändning som kommunen avser att fastställa genom detaljplanebeslut. Det finns inte heller några hinder från plan- och byggrättsliga synpunkt för kommunen att ange tämligen avgränsade och specificerade kriterier för de byggnader och andra anläggningar som sedermera ska uppföras på den överlåtna marken.

Anvisningarna till deltagarna i anbudstävlingen är i linje med långvarigt bruk och praxis hos svenska kommuner rörande utformningen av exploaterings-, markanvisnings- och liknande avtal med privata intressenter. Dyliga överenskommelser anses av hävd höra till det undantagna området enligt 1 kap. 6 § första stycket 1 LOU, såsom utgörande överlåtelser av eller upplåtelser av annan nyttjanderätt till fastighet. Kommunernas bruk av exploaterings- och markanvisningsavtal har granskats av Konkurrensverket vid flera tillfällen. I Konkurrensverkets rapport *Konkurrensen i Sverige 2006* beskrivs kommunernas bruk av s.k. markanvisningstävlingar, utan att det i sammanhanget riktas kritik mot förfaringssättet från exempelvis upphandlingsrättslig synpunkt (Konkurrensverkets rapportserie 2006:4, s. 208). Konkurrensverket rekommenderar dock att konkurrensutsatta markanvisningstävlingar bör genomföras framför att marktilldelning sker genom s.k. direktanvisning. Den i målet ifrågasatta anbudstävlingen är att jämställa med en

konkurrensutsatt markanvisningstävling, vilket slags konkurrensutsättning Konkurrensverket således inte ansett otillåtna.

Föremålet för anbudstävlingen är inte ett byggentreprenadkontrakt enligt LOU

Enligt EU-domstolen är det en förutsättning för ett byggentreprenadkontrakt att avtalet inbegriper ekonomiska villkor i betydelsen att myndigheten erhåller en prestation mot vederlag enligt avtalet. EU-domstolen har i mål C-451/08 Helmut Müller GmbH framhållit att myndigheten ska ha ett direkt ekonomiskt intresse av prestationen, såsom att myndigheten blir ”ägare till resultatet” av den byggentreprenad som är föremål för kontraktet, att myndigheten ”på rättslig grund garanteras tillgång till de anläggningar” som är föremål för kontraktet för att använda dem för offentliga ändamål eller att myndigheten ”bidragit ekonomiskt vid utförandet av byggentreprenaden”. I målet klargjorde EU-domstolen även att omständigheten att en myndighet utövar sin befogenhet rörande tillsyn i frågor avseende stadsplanering varken medför ett direkt ekonomiskt intresse av byggentreprenaden eller en skyldighet att upphandla kontraktet enligt upphandlingsdirektivet. Kravet på ekonomiska villkor följer också av definitionen av kontrakt i 2 kap. 10 § LOU.

Det finns ett antal avgöranden där svenska domstolar ansett att en fastighetsöverlåtelse eller annan fastighetsrättslig upplåtelse rätteligen även inbegripit ett upphandlingsrättsligt byggentreprenadkontrakt. I dessa fall har domstolarna fäst särskilt avseende vid att kontraktet förbehållit myndigheten en nyttjanderätt till eller annan rätt/skyldighet att senare förvärva – den byggnad eller mark som exploitören åtagit sig att uppföra eller förädla. Kommunens pågående anbudstävling, inräknat det tillhörande avtalsutkastet om exploatering och överlåtelse av mark, förbehåller inte kommunen en nyttjanderätt eller annan relevant rätt till de uppförda byggnaderna. Före-

skriften om att vinnaren ska teckna ett LOV-avtal för boendet med kommunen medför inte heller att kommunen, på sätt som nämns i Helmut Müller-målet, på rättslig grund ”garanteras” tillgång till de byggnader som vinnaren ska uppföra. Kommunen är heller inte skyldig att tillhandahålla tjänster enligt LOV-systemet.

De av kommunen uppställda förutsättningarna och villkoren i den pågående anbudstävlingen tillåter inte att den blivande fastighetsägaren skulle medges avräkning eller nedsättning av köpeskillingen motsvarande hypotetisk eller faktisk kostnad för senare exploatering, såsom byggnationer. Kommunen har heller inte begärt att de tävlande ska redovisa sina respektive beräkningar av kostnaderna för att exploatera och bebygga den aktuella marken enligt gällande detaljplan. Att en kommersiell aktör beräknar en offererad köpeskillning för ett visst markområde med hänsyn till den verksamhet som får bedrivas på marken enligt gällande detaljplan är en konsekvens av grundläggande företagsekonomiska premisser. Vad JHCS anför om att vinnaren sannolikt skulle sätta ned den erbjudna köpeskillingen med ett värde som motsvarar kostnaden för byggtreprenaden ska med hänsyn till omständigheterna inte betraktas som ett ekonomiskt villkor i LOU:s mening. I vart fall är det inte visat att kommunen utställt löfte om eller på annat sätt avsett att utge eller tillämpa ett vederlag av påstått slag. Eftersom det brister i kravet på ett ekonomiskt villkor kan föremålet för den ifrågasatta anbudstävlingen inte utgöra ett byggtreprenadkontrakt.

Föremålet för anbudstävlingen är inte en byggkoncession enligt LOU

Byggkoncessioner skiljer sig från byggtreprenader genom det s.k. nyttjanderättskriteriet i 2 kap. 4 § LOU. För att en upphandlande myndighet ska kunna överlåta rätten att nyttja anläggningen till en koncessionshavare i den mening som avses i bestämmelsen, måste myndigheten kunna förfoga över nyttjanderätten till anläggningen. Det aktuella avtalsutkastet om exploate-

ring och överlåtelse av mark innebär att vinnaren blir ägare till marken på vilken vinnaren sedermera ska uppföra byggnaderna. Vinnaren kommer således att såsom fastighetsägare ha den oinskränkta rätten att kommersiellt nyttja sitt vård- och omsorgsboende. Kommunen har aldrig varit, och kommer inte att bli, ägare till den anläggning som ska uppföras på fastigheterna. Nyttjanderättskriteriet är följaktligen inte uppfyllt i förevarande fall. Härtill kommer att den påstådda byggkoncessionen inte heller inbegriper sådana ekonomiska villkor som är nödvändiga för att kontrakt om byggkoncession ska anses föreligga.

Förekommade byggentreprenad får direkttilldelas enligt LOU:s bestämmelser om ensamrätt m.m.

Kommunens pågående anbudstävling syftar till att överlåta fastigheterna Ginnungagap 1 och 2, varefter vinnaren åtar sig att exploatera fastigheterna i egenskap av fastighetsägare. Det följer av äganderätten till fastigheterna att projekterings-, anläggnings-, byggnations- och liknande arbeten i tiden efter äganderättsövergången inte kan utföras av annan än fastighetsägaren; i vart fall inte utan att fastighetsägaren lämnar sitt samtycke därtill.

Den rätt till berörda fastigheter, som vinnaren kommer att erhålla genom överlåtelsen, utgör en sådan ensamrätt hänförlig till viss leverantör som avses i 4 kap. 5 § första stycket 2 LOU. För det fall förvaltningsrätten skulle anse att föremålet för den ifrågasatta anbudstävlingen inbegriper ett byggentreprenadkontrakt ska kommunen således anses ha rätt att direkttilldela – eller direktupphandla – sådant kontrakt med tillämpning av fastighetsägarens (leverantörens) ensamrätt jämlikt nämnda lagrum. Alternativt ska direkttilldelning anses tillåten enligt lagrummet med beaktande av sådana tekniska skäl som följer av fastighetsägarens ensamma dispositionsrätt över berörda fastigheter. När en upphandlande myndighet får direkttilldela ex-

empelvis en byggentreprenad befrias också myndigheten från skyldigheten att annonsera anskaffningen enligt LOU.

Bolaget lider inte skada

JHCS har inte lidit och riskerar heller inte att lida skada. Bolaget synes göra gällande en rent ideell skada och har inte klargjort på vilket sätt bolaget lider eller riskerar att lida sådan skada som avses i 16 kap. 6 § LOU (jfr HFD 2013 ref 53). Bolaget har lämnat in ett förslag i den pågående anbudstävlingen, vilket förkastats från vidare utvärdering. Skälen härför är att bolaget saknar ekonomisk och teknisk kapacitet att utföra sådan exploatering som förutsätts enligt överlåtelseavtalet samt att bolaget i sitt förslag gjort otillåtna sekretessförbehåll. I sammanhanget ska påpekas att bolaget gav in förslag i eget namn och inte som en av flera parter i ett konsortium.

Med avseende på omständigheterna i detta fall gäller alltså att kommunen har förkastat anbudet från JHCS bl.a. på den grunden att bolaget uppvisade bristande ekonomisk samt teknisk och yrkesmässig kapacitet. I fråga om teknisk och yrkesmässig kapacitet gäller därtill att bolaget överhuvudtaget inte har relevant erfarenhet av att utföra byggentreprenader. Genomförandet av en byggentreprenad skulle dessutom vara främmande för bolagets verksamhetsföremål enligt dess bolagsordning.

JHCS förslag i anbudstävlingen har ingetts i eget namn. I prospektet för anbudstävlingen – avsnittet *Krav på anbudsgivare* – anges att det företag eller konsortium av företag som lämnar anbud måste uppfylla kraven för att bl.a. genomföra byggprojektet. I samma avsnitt anger kommunen att en presumtiv anbudsgivare kan begära förhandsbesked från kommunen om denne är osäker på huruvida kraven uppfylls. Bolaget avstod från denna möjlighet.

Av det ovan anförda följer att – om upphandling skulle ske enligt något av LOU:s förfaranden – skulle bolagets anbud uteslutas i kvalificeringsfasen, eftersom bolaget inte uppfyller sådana grundläggande krav som skulle uppställas med stöd av 11 kap. LOU. JHCS har följaktligen inte lidit och riserar inte heller att lida skada i LOU:s mening.

Grunder för avvisning

JHCS förslag i anbudstävlingen har ingetts i eget namn, vilket innebär att bolaget inte har rätt att åberopa annans kapacitet till uppfyllande av leverantörskriteriet. Föremålet för bolagets verksamhet är enligt dess bolagsordning att ”direkt och indirekt äga och förvalta fastigheter samt annan därmed förenlig verksamhet”. Det har inte heller på annat sätt framkommit att bolaget är verksamt på marknaden för tillhandahållandet av byggtreprenader. För det fall det ifrågasatta förfarandet skulle anses innefatta anskaffning av byggtreprenad, är bolaget inte en leverantör i LOU:s mening och följaktligen inte taleberättigad, varför ansökan ska avvisas.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förvaltningsrättens bedömning

Är LOU tillämplig?

Den i målet aktuella ansökan avser en anbudstävling som kommunen genomför. Förvaltningsrätten har i målet, inledningsvis, att ta ställning till om LOU är tillämplig på anbudstävlingen. För att så ska vara fallet krävs, enligt 2 kap. 13 § LOU, att kommunen har vidtagit åtgärder i syfte att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster eller byggtreprenader. Av 1 kap. 6 § LOU framgår att kontrakt avseende bl.a. förvärv av fastighet är undantagna från LOU.

Av utredningen i målet framgår att det bolag som vinner kommunens anbudstävling ska förvärva vissa fastigheter från kommunen. Vidare framgår att den vinnande anbudsgivaren, i egenskap av fastighetsägare, ska uppföra ett vård- och omsorgsboende på de fastigheter som anbudstävlingen omfattar. JHCS har i målet gjort gällande att anbudstävlingen avser ett upphandlingspliktigt byggentreprenadkontrakt eller en upphandlingspliktig byggkoncession.

Enligt definitionen i 2 kap. 4 § LOU avses med *byggkoncession* ett kontrakt av samma slag som ett byggentreprenadkontrakt, men där ersättningen helt eller delvis utgörs av rätt att utnyttja anläggningen. För att det ska vara fråga om en byggkoncession måste avtalet således avse en rättighet att utnyttja en anläggning. Med hänsyn till att kommunen inte kommer att äga det vård- och omsorgsboende som är föremål för anbudstävlingen anser förvaltningsrätten att anbudstävlingen inte kan anses röra en byggkoncession. Fråga är då om kommunen genom anbudstävlingen kan anses ha vidtagit åtgärder i syfte att tilldela ett byggentreprenadkontrakt.

Av 2 kap. 3 § LOU framgår att med *byggentreprenadkontrakt* avses bl.a. ett kontrakt som medför att byggnadsverk realiserar, oavsett hur kontraktet utformas, enligt krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten. Enligt vad som framgår av det avtalsutkast, som ingår som underlag i anbudstävlingen, har kommunen uppställt ett antal detaljerade krav vad gäller utformningen på det vård- och omsorgsboende som ska uppföras. Med hänsyn härtill anser förvaltningsrätten att kommunen genom anbudstävlingen får anses ha vidtagit åtgärder i syfte att tilldela ett byggentreprenadkontrakt. Mot bakgrund av att anbudstävlingen avser ett byggentreprenadkontrakt kan undantaget i 1 kap. 6 § LOU avseende förvärv av fastighet inte anses tillämpligt.

För att LOU ska vara tillämplig krävs, enligt 2 kap. 10 § LOU, att kontraktet har ekonomiska villkor. För att så ska vara fallet krävs att prestationen ska vara av direkt ekonomiskt intresse för kommunen. Ett sådant ekonomiskt intresse föreligger inte enbart när den upphandlande myndigheten blir ägare till resultatet av byggtreprenaden, utan kan även föreligga när myndigheten på rättslig grund garanteras tillgång till de anläggningar som är föremål för kontraktet för att använda dem för offentliga ändamål (se t.ex. EU-domstolens avgörande i mål C-451/08 Helmut Müller GmbH).

Förvaltningsrätten delar JHCS bedömning att det inte är sannolikt att kommunen skulle låta uppföra ett vårdboende om inte kommunens medlemmar hade ett behov av ett sådant vårdboende. Av punkt 4.2 i det avtalsutkast, som ingår som underlag i anbudstävlingen, framgår vidare att det vinnande bolaget vid första inflyttning ska kunna ta emot hyresgäster enligt socialkontorets anvisningar från andra vård- och omsorgsboenden i kommunen som ska läggas ner. Förvaltningsrätten anser att kommunen härmed garanteras tillgång till den anläggning som anbudstävlingen kommer att resultera i och att avtalsutkastet därmed tydligt visar att kommunen har ett direkt ekonomiskt intresse av den aktuella byggtreprenaden. Det kontrakt som är föremål för anbudstävlingen får därmed anses ha sådana ekonomiska villkor som krävs för att LOU ska vara tillämplig.

Kommunen har, för det fall föremålet för anbudstävlingen skulle anses innebära ett byggtreprenadkontrakt, gjort gällande att anbudstävlingen inte omfattas av LOU, eftersom det som ska upphandlas endast kan fullgöras av en viss leverantör. Kommunen har i denna del anfört att ingen annan än vinnaren i anbudstävlingen kan utföra arbeten på marken efter att äganderätten till fastigheterna övergått till denna. För att undantag från upphandling ska kunna ske med hänsyn till en ensamrätt, enligt 4 kap. 5 § 2 LOU, krävs att det bara finns en viss leverantör som kan tillverka och leverera varan eller tjänsten. Enligt förvaltningsrättens mening har det inte framkommit att det

inte skulle finnas andra leverantörer än den som vinner anbudstävlingen som skulle kunna erbjuda vård- och omsorgsboende inom kommunen. Enligt förvaltningsrättens mening har det därför inte framkommit att undantagsbestämmelsen avseende ensamrätt skulle vara tillämplig. Förvaltningsrätten finner heller inte visat att den aktuella anbudstävlingen av annan anledning inte omfattas av upphandlingsplikt.

Har JHCS talerätt?

För att ha rätt att ansöka om överprövning av en upphandling krävs enligt 16 kap. 4 § LOU att sökanden är en leverantör i lagens mening samt att sökanden anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada. I 2 kap. 11 § LOU definieras begreppet leverantör som ”den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggtreprenader”. Av praxis från EU-domstolen följer att begreppet leverantör och rätten att ansöka om överprövning ska tolkas vidsträckt (se bl.a. EU-domstolens avgöranden i mål nr C-26/03 Stadt Halle samt mål nr C-305/08 CoNISMa).

JHCS har uppgett att bolaget har utfört sådana arbeten som är föremål för anbudstävlingen. Mot bakgrund härav samt med beaktande av att JHCS har lämnat anbud i anbudstävlingen anser förvaltningsrätten att JHCS får anses vara en leverantör i LOU:s mening. Det kan vidare presumeras att bolaget – i och med att bolaget har lämnat in en ansökan om överprövning – anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada till följd av de påstådda bristerna. Förvaltningsrätten anser därför att JHCS har talerätt och att bolagets ansökan ska prövas i sak.

Föreligger grund för ingripande enligt LOU?

För att rätten ska kunna besluta om ingripande enligt LOU krävs, enligt 16 kap. 6 § LOU, att kommunen har brutit mot LOU samt att bolaget har lidit

eller kan antas lida skada till följd härav. Förvaltningsrätten har ovan funnit att det byggentreprenadkontrakt som är föremål för anbudstävlingen omfattas av upphandlingsplikt. Kommunen får därmed anses ha brutit mot de grundläggande principerna i LOU som inte tillämpat lagen vid genomförandet av anbudstävlingen. Enligt förvaltningsrättens mening har JHCS visat att kommunens agerande i detta avseende har medfört att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada. Det föreligger därför grund för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU och ansökan ska således bifallas. Eftersom bristen är hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet anser förvaltningsrätten att upphandlingen ska göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1A LOU).

Eva Norling
Rådman

Carina Westin har varit föredragande.