

KLAGANDE

Heblico AB, 556608-0932
Box 22328
104 22 Stockholm

MOTPART

Ånge kommun
841 81 Ånge

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Länsrätten i Västernorrlands läns dom den 29 januari 2010 i mål
nr 1884-09, se bilaga A

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten ändrar länsrättens dom och bestämmer att upphandlingen ska
göras om.

- Klagande/ombud
- Motpart/ombud
- SKV
- FK NFC
- LST/Trp.st
- LR
- AKV*

- För delgivning
- För kännedom
- För handläggning
-

YRKANDEN M.M.

Heblico AB

Heblico AB (Heblico) yrkar att kammarrätten upphäver länsrättens dom och bestämmer att upphandlingen ska göras om och därvid genomföras på det sätt som stadgas i LOU.

Heblico anför följande, utöver vad som antecknats i länsrättens dom. Avtalet mellan Ånge kommun och Uniteam kan inte anses vara ett hyres- eller arrendeavtal av den art att LOU inte är tillämplig. Avtalet måste anses vara ett avtal om anskaffning av bostäder och ska därför omfattas av LOU. Byggnaden är enbart tänkt att användas för ett speciellt ändamål, nämligen elevboende till kommunens skola. Den har planerats och uppförts enligt kommunens önskemål, på tillfälligt arrenderad mark med tidsbegränsat bygglov och ska rivas/demonteras efter hyrestidens utgång. Byggnaden har uppförts för att lösa ett behov som kommunen hade och det kan inte på något sätt anses vara en "befintlig byggnad" eftersom det inte fanns någon byggnad på platsen innan. Att byggnaden uppförts med delvis färdiga bostadsmoduler kan inte göra att den anses som en "befintlig byggnad".

Ånge kommun

Ånge kommun (kommunen) bestrider bifall till överklagandet.

Kommunen anför följande, utöver vad som antecknats i länsrättens dom. Det avgörande för bedömningen av om hyresundantaget är tillämpligt eller inte är om leverantörens prestation enligt det avtal som kommunen har ingått till sin typiska karaktär är uthyrning eller uppförande av en byggnad åt kommunen. Synsättet stöds av vad som sägs i beaktandesats 10 i det klassiska direktivet angående fastighetsförvaltningstjänster. Det resonemanget är inte begränsat till förvärv av fastighetsförvaltningstjänster.

Kontraktets huvudinnehåll är uthyrning av lokal. Det är kommunen egalt om dess behov av att hyra lokal löses genom moduler eller i en vanlig byggnad. Kommunen har inte varit ute efter att anskaffa en byggnad. I den mån uppförandet av modulerna kan ses som ett offentligt byggentreprenadkontrakt är detta av underordnad betydelse jämfört med hyresavtalets huvudinnehåll och endast en följd av detta.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Upphandlingen omfattas av LOU

Heblico anser att upphandlingen omfattas av LOU och att kammarrätten därför kan överpröva den. Kommunen däremot menar att upphandlingen inte omfattas av LOU, eftersom den till sitt huvudinnehåll avser hyresrätt.

LOU gäller bl.a. för offentlig upphandling av byggentreprenader (1 kap. 2 § LOU¹). Med byggentreprenadkontrakt avses bl.a. ett kontrakt som medför att ett byggnadsverk realiserar, oavsett hur kontraktet utformas, enligt krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten. Med byggnadsverk avses det samlade resultatet av bygg- och anläggningsarbeten, om resultatet självständigt kan fullgöra en teknisk eller ekonomisk funktion (2 kap. 3 § LOU).

Kontraktet som målet gäller har rubriken Hyresavtal. Av innehållet framgår att det avser dels hyra i 36 månader av 57 bostadsmoduler, dels transport av modulerna till uppställningsplatsen samt hopsättning och montering av dem. Av handlingarna framgår att kontraktet föregicks av att kommunens

¹ Vissa av de bestämmelser i LOU som kammarrätten har tillämpat i detta mål har numera ändrats. Ändringarna trädde i kraft den 15 juli 2010 men enligt en övergångsbestämmelse ska äldre bestämmelser tillämpas på upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet. Enligt kammarrättens mening får övergångsbestämmelsen anses innebära att äldre bestämmelser ska tillämpas i ett fall som detta.

humanistiska nämnd beslutade att ge en gymnasierector uppdraget att anordna boende för elever som skulle komma att antas till ett visst program.

Av utredningen framgår således att kontraktet har medfört att bostadsmoduler kommit att uppföras. Bostadsmoduler måste anses vara byggnadsverk. Det framgår också att kontraktet har medfört att dessa byggnadsverk realiserats enligt krav som ställts upp av kommunen. Följaktligen är kontraktet, oavsett sin rubricering, ett byggentreprenadkontrakt i den mening som avses i LOU. Det betyder att LOU gäller för upphandlingen om den inte träffas av någon undantagsregel.

Den undantagsregel som här har åberopats säger att LOU inte gäller för kontrakt som avser hyresrätt till befintlig byggnad (1 kap. 6 § LOU).

Kontraktet avser inte bara uppförande av bostadsmoduler utan även hyra av bostäderna i denna byggnad. När kontraktet ingicks fanns byggnaden dock inte. Kontraktet kan därför inte till någon del sägas avse hyresrätt till befintlig byggnad och upphandlingen är inte på den grunden undantagen från tillämpningsområdet för LOU. Vad som sägs i den av kommunen åberopade beaktandesats 10 saknar betydelse för den bedömningen. Upphandlingen omfattas alltså av LOU.

Heblico får begära omprövning

Heblico anser sig i egenskap av leverantör ha lidit skada till följd av att bolaget uteslutits från att delta i upphandlingen. Kommunen har invänt att Heblico inte är leverantör i den mening som avses i LOU eftersom Heblico inte levererar bostadsmoduler och att Heblico därför inte får ansöka om överprövning (se 16 kap. 1 § LOU i här tillämplig lydelse som har återgetts i länsrättens dom).

Med leverantör avses i LOU den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggtreprenader (2 kap. 11 § första stycket LOU). Heblico bedriver enligt vad som framkommit i målet fastighetsförvaltning och därmed förenlig verksamhet och har förklarat sig ha haft intresse av att tilldelas kontraktet. Enligt kammarrättens mening bör begreppet leverantör tolkas extensivt (jfr EG-domstolens dom den 11 januari 2005 i mål C-26/03, Stadt Halle m.fl., punkt 41). Heblico ska således betraktas som leverantör och tillåtas att ansöka om överprövning.

Direktupphandlingen var otillåten

Heblico har anfört att kommunen har brutit mot LOU genom att göra en direktupphandling istället för att på föreskrivet sätt annonsera upphandlingen. Kommunen har invänt att tiden varit knapp och att det därför varit tillåtet att direktupphandla. Enligt kommunen kunde antalet moduler inte planeras förrän intagningen till gymnasieprogrammet hade gjorts den 30 juni 2009 och modulerna måste finnas på plats till terminsstarten den 18 augusti samma år.

Direktupphandling får användas endast om kontraktets värde är lågt eller det annars finns synnerliga skäl (15 kap. 3 § andra stycket LOU i här tillämplig lydelse). Bestämmelsen är avsedd främst för oförutsedda händelser som den upphandlande myndigheten inte kunnat råda över. Att den upphandlande myndigheten har råkat i brådska beroende på egen planering anses enligt lagförarbetena inte grunda rätt till direktupphandling (prop. 2006/07:128 s. 429).

Enligt kammarrättens mening kan behovet av elevbostäder inför skolstarten inte anses som en oförutsedd händelse som kommunen inte själv kunnat råda över. Den brådska som kommunen ansåg sig ha hamnat i var alltså inte ett godtagbart skäl att direktupphandla. Något annat skäl har inte anförts från kommunens sida. Direktupphandlingen var således otillåten.

Upphandlingen ska göras om

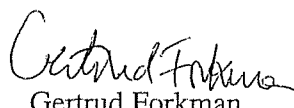
Vid direktupphandling får en ansökan om överprövning inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett kontrakt (16 kap. 1 § andra stycket LOU i här tillämplig lydelse). Ett avtal som en upphandlande myndighet har ingått utan att ha iakttagit sin skyldighet att tillämpa LOU hindrar dock inte att överprövning sker (se RÅ 2005 ref. 10). Att avtal har ingåtts hindrar alltså inte att kammarrätten överprövar upphandlingen.

Heblico har till följd av den otillåtna direktupphandlingen gått miste om möjligheten att lämna anbud och får därigenom anses ha lidit skada (jfr RÅ 2008 ref. 26). Upphandlingen ska därför göras om.

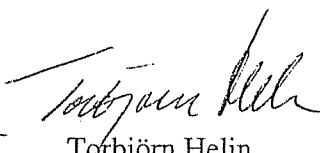
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).



Christer Sjödin
lagman
ordförande



Gertrud Forkman
kammarrättsråd
referent



Torbjörn Helin
kammarrättsråd

Petra Dalman
föredragande



LÄNSRÄTTEN I
VÄSTERNORRLANDS LÄN

Länsrättsnotarien T Flodin

DOM
2010-01-29
Meddelad i
Härnösand

Mål nr
1884-09 E

Bilaga A

SÖKANDE

Heblico AB, 556608-0932
Box 22328
104 22 Stockholm

MOTPART

Ånge kommun
841 81 Ånge

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

Ånge kommun, Bobergsgymnasiet, har den 8 juli 2009 tecknat avtal med Uniteam AB avseende evakueringsmoduler till elevboende.

Heblico AB (Heblico) ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin ansökan anför Heblico i huvudsak följande. Ånge kommuns upphandling av elevbostäder i Torpsshammar under år 2009 har inte skett genom sedvanlig annonsering. Detta har omöjliggjort ett transparent upphandlingsförfarande där alla intresserade leverantörer kan vara med och konkurrera på lika villkor. Kommunen har istället genomfört denna upphandling genom direktupphandling. Kommunen har arrenderat mark och därefter hyrt bostadsmoduler som satts upp och ska monteras bort efter avslutad användning. Upphandlingens värde är cirka 3 882 996 kr. Heblico har befintligt elevboende på orten och även kapacitet att bygga ut vid behov. Heblico anser att kommunen har handlat på ett sätt som är oförenligt med principerna för offentlig upphandling enligt 1 kap. 9 § LOU. Kommunens förfarande har medfört att Heblico som intresserad leverantör inte har givits möjlighet att lämna anbud och vara med och konkurrera om detta kontrakt. Regeringsrätten har i RÅ 2005 ref. 10 anført att den omständigheten att ett avtal redan föreligger inte utgör hinder för överprövning enligt LOU.

Dok.Id 58986

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 314 871 27 Härnösand	Backgränd 9	0611-34 98 00 E-post: lansrattenivasternorrland@dom.se	0611-34 98 10	måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-15:00

Ånge kommun bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. Kommunen har inte upphandlat elevboende utan bostadsmoduler om vardera ett rum och kök för att användas som bostäder. När kommunen undersökte möjligheten att köpa eller hyra bostadsmoduler att placera på kommunens arrenderade mark kunde leverantörer inte ge ett korrekt underlag och ett rättvist pris utan att veta det exakta antalet moduler. Kommunen var tvungen att avvakta med en upphandling till dess att intagningen av elever var klar. Först efter att intagningsnämnden hade haft sitt möte den 30 juni 2009 visste kommunen hur många elever som tagits in. Utifrån detta kunde antalet bostadsmoduler planeras. Tiden var knapp och kommunen gjorde därför en direktupphandling för att det skulle finnas bostadsmoduler på plats till terminsstarten den 18 augusti 2009. Kommunen vände sig till tre företag som levererar bostadsmoduler och bad dem inkomma med anbud. Av de två företag som lämnade anbud fann kommunen att Uniteam AB lämnat det mest fördelaktiga anbudet. Uthyrning av bostadsmoduler är inte något som Heblico tillhandahåller så vitt kommunen vet och de kan därför skäligen inte ha lidit skada.

Heblico anför i huvudsak följande i genmäle. I ett svar på en interpellation i kommunfullmäktige uppger ordföranden i Humanistiska nämnden att det gjorts en förenklad upphandling. Det stämmer inte utan kommunen har gjort en direktupphandling. För att få göra en direktupphandling krävs att det föreligger synnerliga skäl. Med detta avses omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande myndigheten. Situationer som avses är av force majeure liknande karaktär. Att den upphandlande myndigheten råkat i brådska beroende på egen bristande planering är inget skäl för direktupphandling. Att kommunen inte visste antalet elever förrän den 30 juni 2009 har ingen betydelse, man vet inte heller hur många elever som kommer att börja på utbildningen kommande år. Kommunen måste ha kunskapen att dimensionera sitt elevboende på ett sådant

sätt att man klarar sig både nu och framöver. Avtalet mellan kommunen och Uniteam AB kan inte anses vara ett hyres- eller arrendeavtal av den art som innebär att LOU inte är tillämplig. Att kommunen inte låtit denna upphandling vara offentligt annonserad på ett sätt som lagen föreskriver har resulterat i att Heblico helt har uteslutits från att delta och därmed har företaget lidit skada.

Ånge kommun anför i huvudsak följande i genmäle. Av Hebligos yttranden till länsrätten framgår att företagets verksamhet utgörs av bl.a. uthyrning av befintliga bostäder innefattande elevboende, dock inte uthyrning/uppförande av bostadsmoduler. Enligt uppgifter i näringslivsregistret utgörs bolagets verksamhet av att bedriva import och försäljning av bloms-ter- och trädgårdstillbehör, bedriva fastighetsförvaltning samt idka därmed förenlig verksamhet. Det synes ostridigt att bolaget inte är leverantör av bostadsmoduler och att bolaget därmed inte kan ha lidit skada eller kan komma att lida skada i den mening som avses i LOU. Talan bör avvisas då bolaget inte är taleberättigad på nu angiven grund.

Heblico anför i huvudsak följande i slutligt genmäle. Kommunen har ingen möjlighet och ska inte heller ifrågasätta vilka företag som kan leverera efterfrågat behov. När en upphandling är ute kan Heblico undersöka tillgången och lämna ett pris. Att Heblico inte ägde bostadsmoduler vid tidpunkten för direktupphandlingen innebär inte att man inte skulle kunna införskaffa sådana.

DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 6 § LOU gäller lagen inte för kontrakt som avser bl.a. förvärv av fastighet, arrenderätt eller hyresrätt. Motsvarande bestämmelse finns i artikel 16 Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster. Av artikeln framgår att direktivet

inte ska tillämpas på sådana offentliga tjänstekontrakt som avser förvärv eller hyra, oavsett finansieringsform, av mark, befintliga byggnader eller annan fast egendom eller rättigheter till sådan egendom.

I förarbetena till 1 kap. 6 § LOU anges att det är oklart vad som i artikel 16 avses med undantaget för "befintliga byggnader". Det kan vara fråga om en myndighet som avser att hyra lokaler och som i stället för att först göra det och sedan låta bygga om dem uppdrar åt fastighetsägaren att låta utföra ombyggnaden efter myndighetens anvisningar och sedan hyra lokalerna. Regeringen ansluter sig till utredningens bedömning att definitionen av byggtreprenadkontrakt leder till att de fall som nu beskrivits blir att anses som byggtreprenader och därför omfattas av lagens bestämmelser om offentlig upphandling och det faktum att direktivet använder uttrycket "befintlig" byggnad i artikel 16 syftar till att klargöra att undantaget inte omfattar byggtreprenadkontrakt. Undantaget i paragrafens första stycke punkt 1 ska således inte omfatta byggtreprenadkontrakt (prop. 2006/07: 128 s. 290 f.).

Av 2 kap. 3 § LOU framgår att med byggtreprenadkontrakt avses kontrakt som

1. avser utförande eller både projektering och utförande av arbete som är hänförligt till en verksamhet som anges i bilaga 1, eller
2. medför att byggnadsverk realiserar, oavsett hur kontraktet utformas, enligt krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten.

Av förarbetena till 2 kap. 3 § LOU framgår att byggtreprenader omfattas av LOU oavsett på vilket sätt dessa utförs. Definitionen av offentligt byggtreprenadkontrakt omfattar t.ex. det fallet att en upphandlande myndighet i stället för att uppdrar åt en leverantör att uppföra byggnad på myndighetens mark väljer att träffa avtal med leverantören om att denne ska uppföra byggnaden på egen mark enligt myndighetens önskemål för att därefter

ter överlåta eller hyra ut fastigheten till myndigheten (prop. 2006/07:128 s. 298).

Av avtal tecknat mellan Ånge kommun och Uniteam AB den 8 juli 2009 framgår att Ånge kommun kommer att hyra 57 moduler i 36 månader från och med den 17 augusti 2009. Av de allmänna hyresvillkor och komplementerande allmänna montage- och demonteringsvillkoren som gäller för avtalet framgår bl.a. följande. Hyrestiden omfattar i hyresavtalet angiven tidsperiod. Hyresavtalet förlängs automatiskt med tolv månader i taget om det ej skriftligen sagts upp av hyrestagaren senast sex månader före hyrestidens utgång. Uniteam AB får säga upp avtalet med omedelbar verkan och återta hyresobjektet bl.a. om hyrestagaren inte i rätt tid erlägger hyresavgift eller om hyrestagaren missköter hyresobjektet. Hyresobjektet är Uniteam AB:s egendom och hyrestagaren förvärvar inte någon äganderätt till hyresobjektet på grund av avtalet. Det framgår vidare att inför återlämnandet ska hyrestagaren bortskaffa egendom som ej ingår i hyresobjektet samt rengöra hyresobjektet enligt gällande skötselanvisning. Om hyresobjektet har specialanpassats efter hyrestagarens krav äger uthyraren rätt att på hyrestagarens bekostnad återställa hyresobjektet till standard/grundutförande. Av specifikation som bifogats avtalet framgår att modulerna är utrustade med elinstallationer såsom strömbrytare och eluttag, toalett, handfat, varmvattenberedare, spis, kylkåp m.m.

Länsrätten gör följande bedömning.

Länsrätten konstaterar inledningsvis att Ånge kommun i målet har anfört att det har gjorts en upphandling av bostadsmoduler samt att Heblico anfört att det rör sig om en otillåten direktupphandling. Länsrätten har emellertid i första hand att ta ställning till om LOU överhuvudtaget ska tillämpas på det aktuella avtalet.

Ånge kommun har ingått avtal med Uniteam AB avseende hyra av bostadsmoduler i 36 månader. Av handlingarna i målet framgår att modulerna innehåller lägenheter om ett rum och kök som är utrustade med toalett och kök. Modulerna består således av färdiga bostäder. Uniteam AB behåller äganderätten under hyrestiden och får under vissa omständigheter säga upp avtalet med omedelbar verkan och återta modulerna. Vid hyrestidens slut ska de återlämnas och Uniteam har rätt att på kommunens bekostnad återställa modulerna till grundutförande om de har specialanpassats efter kommunens krav. Länsrätten finner vid en sammantagen bedömning av vad som framkommit i målet att det aktuella avtalet är att anse som ett hyresavtal som omfattas av undantaget i 1 kap. 6 § LOU. Bestämmelserna i LOU ska därmed inte tillämpas på avtalet och ansökan ska därför avslås.

DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökan.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1C).



Ingela Berggren

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet skall ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Regeringsrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Regeringsrätten
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

