



**LÄNSRÄTTEN I
VÄSTERNORRLANDS LÄN**

DOM
2010-01-29
Meddelad i
Härnösand

Mål nr
1942-09 E

SÖKANDE

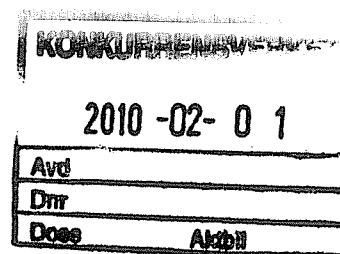
Lillboda Fastighetsbolag AB, 556610-9855
Hallsta 2310
841 92 Ånge

MOTPART

Ånge kommun
841 81 Ånge

SAKEN

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



Ånge kommun, Bobergsgymnasiet, har den 23 september 2008 tecknat avtal med Torpshammars Touring med rubriken "Hyresavtal för lokal".

Lillboda Fastighetsbolag AB (Lillboda) ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin ansökan anför Lillboda i huvudsak följande. Ånge kommun har i strid med LOU genomfört en otillåten direktupphandling av hyreslokal. I egenskap av anbudsgivare har Lillboda lidit skada till följd av den felaktiga hanteringen. Kommunens upphandling av elevbostäder i Torpshammar under 2008 har inte skett genom sedvanlig annonsering. Detta har omöjliggjort ett transparent upphandlingsförfarande. Av ett protokoll från kommunens humanistiska nämnd den 2 april 2008, § 27, framgår att nämnden har gett skolans rektor i uppdrag att ordna boende för 60 AWARE-elever inklusive lärosalar från och med läsåret 08-09 och framåt genom tecknande av avtal med Kjell Jonsson, ställföreträdare för Torpshammars Touring, för en maxkostnad av 600 000 kr per år i högst fyra år, samt att i dialog med ÅFA erbjuda ÅFA-lägenheter till elever som har önskemål om enskilt boende. Den 15 april 2008 inkom Kjell Jonsson med bygglovsansökan till kommunen avseende elevbostäder. Hyreskontrakt tecknades den 23 september 2008 till ett belopp om 672 000 kr per år med en kontraktstid på fyra år. Kontraktets

Dok.Id 58157

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

värde uppgick således till 2,69 miljoner kronor. Byggnationen gjordes med bostadsmoduler som ska monteras bort efter avslutad användning. Att bostäderna byggs efter kommunens önskemål, att den enda tänkta hyresgästen är kommunen, att bostäderna är av tillfällig karaktär, att bostäderna kommer att monteras ned efter hyresperiodens slut och att bostäderna skulle kunna byggas av vem som helst gör att elevbostäderna ska ses som byggentreprenad och upphandlas enligt LOU. Hyresundantaget i LOU är endast tillämpligt för befintliga bostäder som inte byggs på den upphandlande myndighetens begäran eller ritningar. Undantaget är inte heller tillämpligt om byggnaden är av tillfällig karaktär och ska tas bort efter hyresperioden. Genom kommunens felaktiga förfarande har Lillboda som intresserad leverantör inte getts möjlighet att lämna anbud. Kommunen har vidare genom sitt agerande försuttit möjligheten att tillvarata konkurrensen på marknaden. Regeringsrätten har i RÅ 2005 ref. 10 anfört att den omständighet att kontrakt redan föreligger inte utgör hinder för överprövning enligt LOU.

Ånge kommun bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. Den 29 april 2008 beslutade kommunens humanistiska nämnd att ge gymnasieskolans rektor i uppdrag att hyra lärosalar och ordna boende för 60 elever under högst fyra år. Beslutet har inte överklagats. Eleverna ska garanteras boende under sin treåriga gymnasietid. Rektorn kontaktade kommunens bostadsbolag ÅFA AB för att undersöka möjligheterna att ordna boende. Även Lillboda kontaktades och vid ett möte med bolaget klargjordes att Lillboda kunde hyra ut ett antal rum, dock endast under ett år. Under tiden byggde Torpshammars Touring sina moduler helt på egen risk och i egen regi och erbjöd att eleverna skulle kunna hyra av dem. Så skedde också och kommunen har aldrig upphandlat elevboende av Torpshammars Touring. Bolaget är ensam ägare till boendet och hyr ut direkt till elevernas målsmän. I byggnaden fanns även ett utrymme för ytterligare sällskapsrum/klassrum och kommunen bestämde sig för att hyra två rum

om 70 kvadratmeter vardera, totalt 140 kvadratmeter, samt några utrymmen för datorgrupprum. Kontraktet tecknades den 23 september 2008. Att hyra något i befintliga lokaler behöver inte upphandlas enligt LOU. Hur Lillboda kunnat lida skada är svårt att förstå. Kommunen har varit i kontakt med Lillboda avseende hyra av elevboende. Kommunen känner inte till att Lillboda skulle ha lektionssalar att hyra ut. Kommunen har inte beställt elevbostäder och inte heller upphandlat sådana bostäder. Kommunen hyr lärosalar i befintliga lokaler.

Lillboda anför i huvudsak följande i genmäle. Vid sammanträde den 30 januari 2008 gav humanistiska nämnden gymnasierektorn uppdraget att ta fram underlag och lösningar för boendesituationen. Vid sammanträde den 2 april 2008 gavs rektorn i uppdrag att ordna boende genom att teckna avtal med Kjell Jonsson för en maxkostnad om 600 000 per år i högst fyra år. Vid sammanträde den 29 april 2008 upphävdes beslutet av den 2 april och rektorn gavs i uppdrag att hyra erforderliga lärosalar samt ordna boende för 60 elever. Den 15 april 2008 inkom Kjell Jonsson med bygglovsansökan, vilket tyder på att han har fått löfte om uthyrning av klassrummen samt elevboendet när beslutet fattades i nämnden den 2 april. Även om nämnden den 29 april upphävde sitt tidigare beslut är det rimligt att anta att uppdraget till Torpshammars Touring kvarstod. Kommunen kunde därmed teckna avtal när bygget var färdigt. I nämndens beslut den 2 april anges beloppet 600 000 kr. Beloppet går lätt att återfinna i hyresavtalet mellan Torpshammars Touring och Ånge kommun. I avtalet framgår att årshyran är 672 000 kr och att gymnasiets lärosalar utgör 72 000 kr. Man kan därmed med god grund anse att elevboendet utgör 600 000 kr. Hyresavtalet är skrivet på ett sådant sätt att det döljer hyran av elevboende. Om de hyrda lokalerna endast avsåg 70 kvadratmeter skulle kvadratmeterhyran bli 9 600 kr eftersom årshyran är 672 000 kr, vilket är en orimligt hög kostnad. Sammantaget tyder detta på att kommunen betalar för hela byggnaden, både elevboendet och lärosalar. Det kan inte råda några tvivel om att Torpshammars Touring

efter nämndens besked den 2 april påbörjat investeringen. Att bolaget på eget bevåg skulle ha byggt allt för att hyra ut faller på sin orimlighet. Ingen skulle ta en sådan risk eftersom det inte finns något annat naturligt behov av boende på orten. Lillboda har lidit skada av det inträffade eftersom kommunen systematiskt arbetat med att gå runt LOU:s regler. Att kommunen inte hört talas om att Lillboda har lektionssalar är märkligt eftersom bolaget hyrt ut dessa under fem år i rad innan nu aktuell direktupphandling gjordes.

Ånge kommun anför i huvudsak följande i genmäle. Kommunen vidhåller att Torpshammars Touring uppfört lokalerna i egen regi utan beställning av kommunen. Beträffande kostnaderna enligt kontraktet kan följande förtydligas. Avtalet omfattar enligt dess lydelse lokalhyra om en storlek av 70 kvadratmeter, inkluderande kostnad för bredband. Denna kostnad utgör enligt en handskriven notis 72 000 kr vad avser Bobergsgymnasiets lärosalar. Lillboda synes ha misstagit sig beträffande detta och antagit att summan utgör kostnaden för hyra av lokal. Vad som Lillboda i övrigt anført i sitt genmäle är rena spekulationer vilka inte är möjligt att fästa något avseende vid.

Lillboda anför följande i slutligt genmäle. Kommunen har själv köpt in möbler till det elevboende som Torpshammars Touring på eget bevåg påstås ha satt upp. Detta visar att kommunens förfarande syftat till att kringgå LOU. – Lillboda bifogar en faktura från AB Ånge möbelaffär ställd till Ånge kommun märkt ”Elevboende, AWARE” avseende 30 stycket resår-madrasser, täcken, kuddar, toppklädsel, sängbord, sänglampor, skrivbord, stolar till skrivbord, arbetslampor till skrivbord, bokhyllor samt fätöljer. Elevboendet marknadsförs vidare som en del i AWARE på kommunens hemsida.

Ånge kommun anför följande i slutligt genmäle. Kommunen ställer sig ytterst tveksam till på vilket sätt omständigheten att skolan möblerat för eleverna skulle vara relevant i nu aktuellt mål. Även de lägenheter som hyrts av elever direkt från det kommunala bostadsbolaget ÅFA har möblerats av skolan.

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 byggtreprenader, 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.

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 byggentreprenadkontrakt 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 realiseras, oavsett hur kontraktet utformas, enligt krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten.

Av förarbetena till 2 kap. 3 § LOU framgår att byggentreprenader omfattas av LOU oavsett på vilket sätt dessa utförs. Definitionen av offentligt byggentreprenadkontrakt omfattar t.ex. det fallet att en upphandlande myndighet i stället för att uppdra 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 överlåta eller hyra ut fastigheten till myndigheten (prop. 2006/07:128 s. 298).

Av avtal tecknat mellan Ånge kommun och Torpshammars Touring den 23 september 2008 framgår bl.a. följande. Avtalet avser hyra av lokal inom fastigheten Klöstre 7:1 inklusive bredband. Lokalerna omfattar en yta på cirka 70 kvadratmeter. Hyresvärden upplåter rätt för hyresgästen att nyttja lokalerna för ändamålet lärosalar och vaktmästeri. Upplåtelsen gäller för en tid av fyra år. Lokalen upplåts utan särskild för verksamheten avsedd inredning och utrustning. Hyresgästen får inte göra ombyggnads- eller tillägsarbeten eller vidta ändringar i lokalen utan skriftligt tillstånd från hyresvärden.

Länsrätten gör följande bedömning.

Länsrätten konstaterar inledningsvis att Ånge kommun har anfört att avtalet endast omfattar hyra av lärosalar och vaktmästeri, medan Lillboda har anfört att avtalet i själva verket även avser hyra av elevbostäder. Kontraktet i sig ger inte stöd för att avtalsförhållandet skulle gälla något annat än hyra

av lärosalar och vaktmästeri. Länsrätten finner därmed att det inte är visat att det förelegat ett avtal mellan Ånge kommun och Torpshammars Touring avseende elevboende.

Länsrätten har att ta ställning till om det aktuella avtalet avseende hyra av lärosalar och vaktmästeri omfattas av LOU och därmed skulle ha föregåtts av ett upphandlingsförfarande enligt denna lag.

Av det EG-direktiv på vilket LOU grundas framgår att undantaget i 1 kap 6 § LOU rör hyra av befintliga byggnader. Är det i stället fråga om en upphandlande myndighet som uppdrar åt en leverantör att uppföra byggnad enligt myndighetens önskemål för att därefter överlåta eller hyra ut fastigheten till myndigheten, ska avtalet enligt lagens förarbeten betraktas som en byggentreprenad.

Hysesavtalet mellan Ånge kommun och Torpshammars Touring tecknades den 23 september 2008. I målet har inte framkommit annat än de aktuella lokalerna inryms i bostadsmoduler som vid avtalets tecknande stod färdiga. Av handlingarna i målet framgår vidare att lokalerna upplåtits utan särskild för verksamheten avsedd inredning och utrustning och att hyresgästen inte får bygga om eller vidta ändringar i lokalen utan skriftligt tillstånd från hyresvärden. Länsrätten finner med hänsyn till det ovan nämnda att det aktuella avtalet omfattas av undantaget i 1 kap. 6 § LOU. Bestämmelserna i LOU ska därmed inte tillämpas på avtalet och ansökan ska därför avslås.

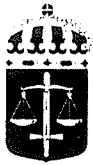
DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökan.

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



Ingela Berggren



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande skall kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå 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 kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.