

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING****DOM**
2016-02-17
Meddelad i
LinköpingMål nr
7960-15**SÖKANDE**

Botrygg Bygg AB, 556502-6241

Ombud: Kerstin Warvsten
Botrygg Bygg AB
Box 335
581 03 Linköping**MOTPART**

Norrköpings kommun, 212000-0456

Ombud: advokaten Anna Ulfsson och juristen Martin Bogg
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm**SAKEN**

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 240144

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 406 581 04 Linköping	Brigadgatan 3	013-25 11 00 E-post: forvaltningsrattenilinkoping@dom.se www.forvaltningsrattenilinkoping.domstol.se	013-25 11 40	måndag – fredag 08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Norrköpings kommun (kommunen) och Bokbacken Fastigheter AB (Hemsö) har den 4 november 2015 ingått ett hyreskontrakt för lokal avsedd att användas till äldreboende med 60 lägenheter inklusive tillagningskök (avtalet). Enligt avtalet är hyrestiden 25 år och hyran 11,3 miljoner kr per år. Av ”Genomförandeavtal”, bilaga 7 till avtalet, framgår bl.a. följande. Kommunen hyr ett antal lokaler i området Sandbyhov som bland annat upplåts till äldreboenden. Dessa ska ersättas med nya äldreboenden där detta projekt är ett av dessa boenden. Hemsö ska stå för det praktiska genomförandet av entreprenaden. Eftersom en nybyggnation ska utföras och hyresgästen är en kommun som omfattas av LOU, ska kommunen i sin upphandling följa LOU. Kommunen är upphandlande myndighet och den part som kommer att fatta tilldelningsbeslut. Genomförandeavtalets bestånd är beroende bl.a. av att tilldelningsbeslut avseende upphandlingen har fattats.

Botrygg Bygg AB (Botrygg) yrkar i ansökan om överprövning att förvaltningsrätten ska besluta att avtalet är ogiltigt.

Kommunen anser att ansökan ska avvisas eller avslås.

Förvaltningsrätten har den 14 december 2015 avslagit Botryggs yrkande om interimistiskt beslut.

VAD PARTERNA HAR ANFÖRT**Botrygg**

Avtalet avser nybyggnation av fastighet. Kommunen har i detalj styrt utformningen av det planerade byggnadsverket. Avtalssumman överstiger tröskelvärdet och ligger väsentligt över rådande marknadspriser. Avtalet

omfattar byggherretjänst och byggentreprenadtjänst. Kommunen upphandlar byggentreprenadtjänsten, men inte byggherreupdraget. Därmed konkurrerats inte för kostnadsnivån avgörande delar såsom avkastningskrav, yteffektivitet i planlösning och därmed total kvadratmeterhyra. Endast hälften av kommunens totalkostnad konkurrerats genom upphandlingen av byggentreprenaden. Resultatet blir en avsevärt högre totalkostnad. Som exempel på stora kostnadsposter som inte konkurrerats kan nämnas förräntningskrav på befintlig tomtmark, pantbrev, konsultkostnader, projektledning och administration.

Det finns en byggherremarknad för produktion av samhällsfastigheter. På denna marknad är avkastningskravet det främsta konkurrensmedlet. Vidare finns ett antal planlagda tomter för boendeändamål inom kommunen. Det går således mycket väl att anordna en upphandling där fler byggherrar får möjlighet att lämna anbud på äldre bostäder. Om så sker konkurrerats uppskattningsvis 80 procent av totalkostnaden. Upphandlingskyldigheten ska i detta fall förstås som en skyldighet att upphandla ett hyresvärdsåtagande för lämpliga lokaler.

Eftersom hyran är en funktion av bl.a. projektkostnaden, som i sin tur är summan av byggherre- och byggentreprenadskostnader, går det inte att påstå att hyresavtalet inte skulle omfatta byggherretjänst och att ersättning eller annan kompensation inte utgår för denna. Det finns inga renodlade hyresavtal. I och med att avtalet omfattar en bestämd hyra och kommunens upphandling av byggentreprenadtjänsten inte påverkar hyran, är hyresavtalet ett byggentreprenadkontrakt som omfattar såväl byggherretjänst som byggentreprenadtjänst.

Upphandlingen av byggentreprenaden är inte i sig upphandlingspliktig. Den är att betrakta som en underentreprenad och affärsmässigt en intern affär för Hemsö, i vilken kommunen inte har något direkt ekonomiskt intresse. Den

valda konstruktionen är besynnerlig och innebär en utslagning av konkurrensen på byggherremarknaden för samhällsfastigheter.

Avtalet innebär ett otillbörligt gynnande av Hemsö, som genom direktupphandlingen kan ta ut ett överpris. Det framgår vid en jämförelse av hyresnivåer. Botrygg har lidit skada i form av utebliven nettovinst.

Kommunen

Avtalet innebär att kommunen upphandlar en byggentreprenad enligt LOU för byggnation av äldreboende och tecknar hyresavtal med en hyresvärd. Affären kan inte anses konstlad, utan är ändamålsenlig och affärsmässigt motiverad.

Kommunen har ingen skyldighet att upphandla hyresvärd. Avtalet utgör ett renodlat hyresavtal som är undantaget från LOU:s tillämpningsområde. Hyresnivån är marknadsmässig och jämförbar med andra äldreboenden inom kommunen. Detta är emellertid ovidkommande för prövningen i målet.

Det förekommer att hyresavtal är förtäckta byggentreprenadkontrakt. Så är det emellertid inte i detta fall. Kommunen har varit väldigt tydlig med att byggentreprenadkontraktet ska upphandlas, vilket nu sker. Botrygg har möjlighet att delta i upphandlingen. Något kringgående av LOU är således inte för handen. Att kommunen har ett avgörande inflytande över byggentreprenaden är i sig inte konstigt. Huruvida hyresavtal ingås före eller efter den upphandlade byggentreprenaden är slutförd saknar betydelse, eftersom byggentreprenaden konkurrensutsätts.

Avtalet omfattar inte någon upphandlingspliktig byggherretjänst. Det utgår heller ingen ersättning eller annan kompensation för någon sådan tjänst enligt avtalet. Därmed föreligger inget kontrakt avseende byggherretjänst.

Samtliga hyresobjekt har någon gång uppförts genom en byggentreprenad. Hyran kompenserar hyresvärden för kostnader hänförliga till hyresobjektet, inklusive kostnaden för uppförandet. Att det i hyran ingår ersättning för kostnad hänförlig till hyresobjektet, vad Botrygg kallar byggherretjänst, medför inte att det rör sig om en upphandlingspliktig byggentreprenad eller köp av varor. I så fall skulle hyresundantaget i LOU aldrig vara tillämpligt. Hyran måste självklart regleras och bestämmas i ett hyresavtal. Det medför inte att hyresavtalet blir ett byggentreprenadkontrakt. Vid bestämmande av hyrans storlek har hänsyn tagits till den förväntade kostnaden av byggentreprenaden. Att byggentreprenaden är en intern affär för Hemsö stämmer alltså inte.

Ogiltighet av avtal enligt LOU kräver inte skadelidande. Oavsett detta bestrids att Botrygg har lidit någon skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 2 kap. 10 § LOU avses med kontrakt ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som

1. sluts mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer,
2. avser utförande av byggentreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster, och
3. undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur.

Enligt 16 kap. 13 § LOU ska rätten besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, bl.a. om avta-

let har slutits utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 eller 2 §, 13 kap. 2 eller 5 §, 14 kap. 5 § eller 15 kap. 4 §.

Förvaltningsrättens bedömning

Det framgår av handlingarna i målet att kommunen genomför en upphandling enligt LOU av byggtreprenadkontraktet avseende den planerade byggnation som avtalet avser.

Botrygg menar att avtalet därutöver utgör ett upphandlingspliktigt kontrakt avseende bl.a. byggherretjänster. Byggherretjänsterna består enligt Botrygg i uttagande av pantbrev, konsulttjänster, projektledning, administration m.m. och Botrygg menar att ersättning för dessa tjänster ingår i den avtalade hyran. Kommunen menar att det dels finns ett renodlat hyresavtal som omfattas av hyresundantaget i 1 kap. 6 § LOU, dels ett byggtreprenadkontrakt som upphandlas enligt LOU. Kommunen bestrider vidare att avtalet omfattar en upphandlingspliktig byggherretjänst och gör gällande att det inte utgår någon ersättning för någon byggherretjänst enligt avtalet.

Förvaltningsrättens prövning i målet begränsas till om det, utöver vad som anges om byggtreprenadkontraktet, har ingåtts avtal om tjänster mot ersättning utan att detta har annonserats enligt bestämmelserna i LOU. Förvaltningsrätten konstaterar att det i Genomförandeavtalet, som utgör bilaga till det nu aktuella avtalet, finns åtaganden från Hemsö om att bl.a. ta fram förfrågningsunderlag, genomföra projektering m.m. Som förvaltningsrätten uppfattar Botryggs talan är det emellertid inte dessa tjänster som Botrygg gör gällande borde upphandlas enligt LOU.

Det är en förutsättning för att LOU ska vara tillämplig att den upphandlande myndigheten anskaffar en vara, byggtreprenad eller annan tjänst mot ekonomisk ersättning (jfr Lagen om offentlig upphandling, en kommentar,

Rosén Andersson m.fl. s. 50 och 165). Det är avtalets syfte och utformning som är avgörande för hur ett eller flera avtal klassificeras.

Enligt förvaltningsrättens mening framgår det inte av avtalet att kommunen och Hemsö har ingått avtal om byggherretjänster mot ersättning. Att Hemsö Fastighets AB står som byggherre i förfrågningsunderlaget avseende bygg-entreprenadkontraktet samt att Hemsös olika kostnader för byggnadens uppförande och förvaltning kan komma att belasta kommunen i form av framtida hyra föranleder ingen annan bedömning. Eftersom det som Botrygg anfört inte innebär att kommunen och Hemsö inom ramen för avtalet har ingått ett kontrakt beträffande byggherretjänster finns inte skäl att ogiltigförklara avtalet. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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

Kristina André Lilja

Föredragande: Carl Hultsberg



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping.

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

För att kammarrätten ska kunna ta upp Ert överklagande måste Er skrivelse ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då Ni fick del av domen/beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Om sista dagen för överklagande infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att besvärshandlingen kommer in nästa vardag.

Om klaganden är en part som företräder det allmänna, ska överklagandet alltid ha kommit in inom tre veckor från den dag beslut meddelades.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens 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 ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nå för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.
2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.