

LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN

DOM
2009-02-10
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
665-09
Rotel 227

SÖKANDE



MOTPART
SFHM/Armémuseum, 202100-0464
Box 14095
104 41 Stockholm

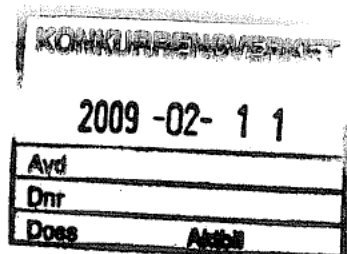
Ombud: Advokat Anna Carbell-Wetterberg
Advokatfirman Carbell Wetterberg AB
Tallbacken 1
185 91 Vaxholm

SAKEN

Tillämpning av lagen (2008:1091) om offentlig upphandling - LOU

DOMSLUT

Länsrätten avslår [redacted] ansökan om överprövning.



BAKGRUND OCH YRKANDEN MED MERA

Sveriges försvarshistoriska museer/Armémuseum (Armémuseum) har den 19 januari 2009, utan föregående upphandling, tecknat ett avtal benämnt hyresavtal med Borggården Restaurang AB (Borggården) avseende upplåtelse av bland annat restauranglokal.

██████████ ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att länsrätten dels ogiltigförklarar Armémuseums beslut vid val av ny restaurangentreprenör, dels påtvingar Armémuseum att genomföra en korrekt upphandling i linje med uppställda krav i LOU. Till stöd för sin talan anför han bland annat följande. "Druvan" har bedrivit sin verksamhet i den befintliga restaurangen i över tio år. Armémuseum har beslutat att "Druvan" inte får fortsätta bedriva verksamheten på grund av indraget tillstånd att servera alkohol. Innehav av stadigvarande serveringstillstånd var nämligen ett av Armémuseums uppställda krav för att få bedriva restaurangverksamhet i deras lokaler. Han hade för avsikt att fortsätta bedriva verksamheten, men har meddelats att något upphandlingsförfarande inte erfordrades. Armémuseum visade inget intresse av att låta honom ta över verksamheten efter "Druvan". Den 30 december 2008 fick han sedan veta att Armémuseum fattat ett beslut om att ingå avtal med en annan restaurangentreprenör. Det är riktigt att LOU gör undantag för hyresrätt enligt 1 kap. 6 §. Armémuseum köper dock ett flertal tjänster, som matservering, caféverksamhet samt löpande konferensanordnanden i anslutning till deras verksamhet; därför aktualiseras reglerna i LOU enligt 1 kap. 2 §. Armémuseums beslut står i strid med en rad etablerade principer såsom likabehandlingsprincipen och transparensprincipen. Det finns även misstanke om mutbrott. Det har kommit till hans kännedom att Armémuseums chef ██████████ är maka till ██████████ som är anställd på Nationalmuseum som intendent. Kopplingen mellan restaurangentreprenören från Nationalmuseum,

som tilldelats kontraktet, och [REDACTED] är slående. En separat polisanmälan om mutbrott har lämnats in till Riksenheten mot korruption.

Armémuseum yrkar att länsrätten skall avslå [REDACTED] ansökan om överprövning och anför bland annat följande. Armémuseum bedriver museiverksamhet från förhyrda lokaler på Riddargatan 13. En del av lokalerna hyr Armémuseum i sin tur ut för café- och restaurangverksamhet. Hyresgästen har även möjlighet att utnyttja sina lokaler för festvånings- och cateringverksamhet. Hyresavtalet är ett sedvanligt hyresavtal rörande café- och restauranglokal. Huvuddelen av tidigare hyresgästs omsättning har kommit från externa lunchgäster och inte från besökare på Armémuseum. Det enda speciella krav som ställs på hyresgästen är, eftersom lokalerna är belägna i museibygnaden, att restaurangen hålls öppen de tider som Armémuseum är öppet. Museets besökare skall kunna ha tillgång till café och restaurang. Vidare skall hyresgästen kunna tillhandahålla mat och andra cateringtjänster åt Armémuseum för det fall Armémuseum väljer att utnyttja dessa tjänster. Hyresgästen har ingen exklusivitet till mat- och dryckesförsäljning i Armémuseums lokaler och Armémuseum använder även andra leverantörer för denna typ av tjänster. LOU gäller inte för kontrakt som avser hyresrätt. I anledning härav har Armémuseum inte funnit att upphandling enligt LOU erfordrats för att hitta ny hyresgäst. Armémuseum ställde upp en kravprofil för blivande hyresgäst och hade kontakt med ett antal intressenter. Därefter har förhandlingar förts och en överenskommelse ingåtts med en av intressenterna. Armémuseum och den tidigare hyresgästen MB & MH Food Partner AB träffade den 18 november 2008 en överenskommelse om att hyresavtalet rörande restauranglokalerna skulle upphöra per den 31 december 2008. Verksamheten hade bedrivits under namnet Druvan. [REDACTED] har uppgett att han ville prova på restaurangbranschen och överta verksamheten i lokalerna. Han har fått presentera sin tänkta verksamhet och underrättats om att Armémuseum valt att diskutera vidare med annan entreprenör. Han har inte bedömts kunna motsvara

Armémuseums kravprofil. Det bestrids att [REDACTED] skulle ha lidit eller kan komma att lida skada som avses i LOU.

[REDACTED] anför bland annat följande. Saken utgör inte ett sedvanligt hyresavtal, det skall istället betraktas som tjänst på grund av att Armémuseum tillgodoser sitt behov av att köpa ett flertal tjänster som matservering, caféverksamhet och konferensanordnanden. Armémuseum nyttjar dessutom sin restaurangentreprenör löpande, i flera olika arrangemang under året som anordnas på museet exempelvis vid invigning av utställningar, konferenser samt konserter på Artillerigården/Borgargården. Restaurangentreprenören har skyldighet att rätta sig efter museets öppettider, även under helger som i praktiken visat sig vara en direkt olönsam affär för den tidigare restaurangentreprenören på grund av lågt kundflöde i relation till månadshyra, personal- samt inköpskostnader. Det är förvisso riktigt att restaurangen har en separat ingång. Icke desto mindre finns även två andra ingångar till restaurangen, den ena via långkorridoren samt den andra via Artillerihallen som är öppen beroende på pågående utställningar. Dessa två ingångar länkar naturligtvis samman restaurangen med museet. Armémuseum omnämner restaurangen i sin marknadsföring. Marknadsföringen sker på Armémuseums hemsida, i deras informationsbroschyr samt genom affischering inne på själva museet. Denna marknadsföring går under Armémuseums varumärke och Armémuseum uppbär kostnaderna. När restaurang Druvan tilldelades sitt hyresavtal 1998 skedde detta efter en regelrätt upphandling enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling. Vidare tillämpar andra museer samma upphandlingsförfarande, nu närmast Etnografiska Museet i Stockholm som söker ny restaurangentreprenör vars anbud skall vara inne senast den 2 juli 2009. Det är mot den bakgrunden mycket anmärkningsvärt att Armémuseum inte tillämpar samma lagar och bestämmelser som Armémuseums tidigare företrädare och andra museer gjort. Vad som inträffat med det tidigare bolaget och som ledde till åter-

kallelse av serveringstillstånd berör inte honom. Han har ingen koppling till det bolaget eller dess ägare.

Armémuseum anför bland annat följande. Armémuseum tar ut marknads-
mässig ersättning av hyresgästen. Krav på speciella öppettider är inte ovan-
liga i hyressammanhang. Restaurangen har som tidigare nämnts separat
ingång. Hyresgästen avgör i övrigt självständigt hur verksamheten skall
bedrivas. Det avgörs från fall till fall om Armémuseum väljer att köpa mat
eller andra tjänster från hyresgästen eller annan. Armémuseum upplyser
självlärt sina besökare om att det finns en restaurang i huset. Såvitt avser
Etnografiska Museet pågår i dagsläget inte något upphandlingsförfarande,
vilket bekräftas av museichefen [REDACTED]. När det gäller det för-
farande som föregick hyresavtalet med Druvan var det såvitt har fram-
kommit inte fråga om ett upphandlingsförfarande enligt lagen (1992:1528)
om offentlig upphandling.

Till yttrandet fogas bland annat ritningar över restauranglokalen och
Hyresavtal mellan Armémuseum och Borggården restaurang AB.

[REDACTED] anför bland annat följande. Den månatliga hyreskostnaden
får visserligen anses som marknadsmässig. Det särskiljande med denna
upplåtelse är emellertid att restaurangentreprenören undslipper den initiala
upplåtelsekostnad som är vedertagen när man övertar en restauranglokal.
Denna engångskostnad uppgår till avsevärda belopp på marknaden. Upp-
låtelsekostnaden för attraktiva lokaler som de på museet torde kunna
beräknas uppgå till mellan fyra och fem miljoner kronor. Betydande kapi-
talkostnader för upplåning uteblir således helt i föreliggande fall. Kostna-
den för upplåtelsen av lokalen måste därför anses understiga en marknads-
mässig ersättning. Skillnaden mellan den marknadsmässiga ersättningen
och den faktiskt erlagda ersättningen utgör ersättning för de tjänster som
restaurangen tillhandahåller Armémuseum. Av punkt 2 i hyresavtalet

framgår att hyresgästen Borggården på begäran skall tillhandahålla mat och andra cateringtjänster i samband med konferenser, vernissager och andra arrangemang i byggnaden. Vid ett sedvanligt hyresavtal är det mone-
tära vederlaget det centrala. I föreliggande fall är det tillhandahållandet av dessa tjänster som är i fokus och som utgör en förutsättning för avtalets fortlevande. Så länge restaurang Druvan har funnits har ett muntligt avtal förelegat att erbjuda personalrabatt för samtliga anställda på museet. Denna personalrabatt uppgick till 10 kr per person. Det finns inga indicier som talar emot att en liknande överenskommelse med den nya restaurang-
entreprenören kommer att upprättas. I detta avseende tillhandahålls ytterli-
gare en tjänst. Angående upphandlingen vid Etnografiska museet så angavs den 2 juli 2009 som datum för inlämnande av anbud. Detta är felaktigt, det aktuella datumet gäller en upphandling från 2004 vid Världskulturmuseet i Göteborg. Faktum kvarstår dock att Etnografiska Museet i Stockholm skall genomföra en upphandling under våren 2009.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Av 1 kap. 2 § LOU framgår att denna lag gäller för offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster samt av byggkoncessioner.

Av 1 kap. 6 § första stycket första punkten LOU framgår att LOU inte gäller för kontrakt som avser förvärv av fastighet, arrenderätt, hyresrätt, bostadsrätt, tomträtt, servitutsrätt eller någon annan rättighet till fastighet, dock gäller lagen för upphandling av finansiella tjänster med anledning av kontrakt som avses i denna punkt.

Av andra stycket framgår att med fastighet enligt första stycket punkt 1 avses det som enligt jordabalken utgör eller tillhör en fastighet. Befintlig byggnad som tillhör någon annan än ägaren till jorden skall också anses utgöra en fastighet. Detsamma gäller sådana tillbehör till byggnaden som avses i 2 kap. 2 och 3 §§ jordabalken, om de tillhör byggnadens ägare.

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att upphandlande myndigheter skall behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Länsrättens bedömning

Den fråga som länsrätten har att ta ställning till är om det mellan Armémuseum och Borggården har slutits sådant avtal om köp av tjänst som omfattas av 1 kap. 2 § LOU och som därför skulle ha upphandlats enligt reglerna i LOU, eller om avtalet är hänförligt till undantagen i 1 kap. 6 § LOU.

Av EG-domstolens praxis framgår att tillämpligheten av undantagsbestämmelsen skall vara restriktiv och det ankommer på upphandlande myndighet att visa att förutsättningar för undantag är uppfyllda (se mål C-20/01 och C-28/01).

Den, sedan den 1 september 2007, nedlagda myndigheten Nämnden för offentlig upphandling, NOU, har uttalat om gränsdragningen mellan hyra och arrende å ena sidan och anskaffandet av tjänst å andra sidan (NOU info 1996, s. 53-55) följande. Ju större frihet en arrendator eller hyresgäst har att själv disponera fastigheten, utforma innehållet i sina arbetsuppgifter och påverka verksamhetens lönsamhet, desto starkare skäl talar för att transaktionen är att bedöma som hyra eller ett arrende. NOU uttalar vidare att i flera hyresavtal förekommer även viss reglering av vad hyresgästen skall eller inte skall syssla med inklusive tjänster åt uppdragsgivaren. Ju fler tjänster som utförs åt uppdragsgivaren och ju mer uppdragsgivaren styr hyresgästens verksamhet i den uthyrda byggnaden desto mer talar enligt NOU: s mening för att avtalet skall betraktas som ett avtal om anskaffning av tjänster och föregås av en upphandling enligt LOU.

Länsrätten kan konstatera att till viss del skall Borggården utföra tjänster åt Armémuseum, det är exempelvis ett ovillkorligt krav enligt avtalet att Borggården på begäran skall tillhandahålla mat och andra cateringtjänster åt Armémuseum. Borggården är även skyldigt att hålla öppet de tider då museet är öppet och under dessa tider får Borggården inte ta någon del av restaurangen i anspråk på sådant sätt att restaurangen inte i sin helhet blir tillgänglig för museets besökare. Borggården får dock anses ha mycket stor frihet i hur lokalen skall disponeras och hur verksamheten skall ordnas i övrigt, oaktat att Armémuseum uppställt dessa krav på verksamheten. Länsrätten finner mot bakgrund av detta och vad som i övrigt har framkommit i målet att avtalet måste anses utgöra ett sådant avtal om hyresrätt som undantas från reglerna i LOU enligt 1 kap. 6 §. Armémuseum har således inte varit skyldigt att upphandla avtalet i enlighet med bestämmelserna i LOU.

Vad [REDACTED] har anfört om mutbrott eller vad han anfört i övrigt föranleder inte länsrätten att göra någon annan bedömning. [REDACTED] ansökan om överprövning skall således avslås.

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



Eva Pedersen

rådman

Föredragande har varit Andreas Hamrén.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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 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 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.

