



**LÄNSRÄTTEN I
VÄSTERNORRLANDS LÄN**

Länsrättsnotarien T Flodin

DOM

2010-01-29
Meddelad i
Härnösand

KONKURRENSSTÄMPL (6)
Mål nr
1884-09 2010-01-29

Avd
Dnr
KONKURRENSSTÄMPL

2010-01-29

Avd
Dnr
Doss Akbil

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 Torpshammar 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	Backgränd 9	0611-34 98 00	0611-34 98 10	måndag – fredag
871 27 Härnösand		E-post: lansrattenivasternorrland@dom.se		09:00-12:00 13:00-15:00

Änge 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 Heblicos 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 blomster- 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 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 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 byggentreprenadkontrakt leder till att de fall som nu beskrivits blir att anses som byggentreprenader 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 byggentreprenadkontrakt. Undantaget i paragrafens första stycke punkt 1 ska således inte omfatta byggentreprenadkontrakt (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 realiserar, 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

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 kompletterande 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.

Änge 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 - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kamrarrätten 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 kamrarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kamrarrätten 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 kamrarrätten 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 kamrarrätten,
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.