



**KLAGANDE**



KONKURRENSVERKET	
2009 -03- 02	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

**MOTPART**

Region Skåne  
291 89 Kristianstad

Ombud: Åsa Nordström  
Region Skåne  
Enheten för juridik  
291 89 Kristianstad

**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Länsrätten i Skåne läns beslut den 4 november 2008 i mål nr 10920-08,  
se bilaga A

**SAKEN**

Avvisad ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig  
upphandling (LOU)

\_\_\_\_\_ överklagar länsrättens avvisningsbeslut och anför bl.a.  
följande. Följande omständigheter talar för att LOU är tillämplig på de  
aktuella besluten. Wihlborgs fastigheter AB (Wihlborgs) hade aldrig på-  
börjat ett kontorsbygge på den aktuella tomten om inte minst två tredje-  
delar av huset varit uthyrt innan byggstart, något som Region Skåne nu  
garanterat. Byggnaden i fråga refereras alltid till som "det nya regionhu-  
set" i media och till anställda. Att det står i hyresavtalet att Region Skåne  
inte ska betraktas som beställare av byggnaden är bara en konstruktion  
som inte har någon bäring på verkligheten. Region Skåne planerar på  
egen hand hur de olika våningsplanen ska se ut med kontorslandskap,  
sammanträdesrum, rum för vila och måltider, enskilda rum etc. – för att i  
och med byggstart omsättas i verklighet av Wihlborgs. Huset är inte  
byggt ännu och hyresundantaget i LOU är inte tillämpligt på ännu inte

*För häruddom*

existerande byggnader. Dessutom finns det andra lokaler att hyra i önskat område. Ett nytt regionhus kommer således att byggas på uppdrag av Region Skåne. Det är principiellt synnerligen viktigt att fastställa om LOU är tillämplig i detta fall. Likaså är det principiellt viktigt att fastslå om han i egenskap av icke-leverantör har rätt att få denna sak prövad i domstol. Talerätt i fall som dessa bör inte endast tillkomma en leverantör, utan även andra medborgare.

Region Skåne anser att överklagandet ska avslås och anför bl.a. följande. Regionens beslut avser inte en upphandling. Regionfullmäktiges och regionstyrelsens beslut är inte beslut om att sluta ett ramavtal eller att tilldela ett kontrakt i den mening som gäller enligt LOU. Bestämmelserna i LOU är därför inte tillämpliga. Besluten kommer i stället att prövas i enlighet med bestämmelserna i 10 kap. kommunallagen (1991:900). För det fall kammarrätten finner att LOU är tillämplig har [REDACTED] ändå inte talerätt eftersom rätt att föra talan i överprövningsmål enligt LOU endast tillkommer leverantör. Med leverantör avses enligt 2 kap. 11 § LOU den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggentreprenader. Det framgår av [REDACTED] överklagande att han inte anser sig vara leverantör. Han har därför inte någon talerätt enligt LOU.

#### DOMSKÄL

Fråga i målet är om det aktuella avtalet avser byggentreprenad som ska upphandlas enligt bestämmelserna i LOU och om så är fallet om [REDACTED] har talerätt i målet.

[REDACTED] har anfört att det aktuella avtalet avser byggentreprenad, som faller in under LOU. Han har vidare anfört att hyresundantaget i 1 kap. 6 § första stycket 1 LOU inte är tillämpligt eftersom byggnaden inte är befintlig och byggnaden är avsedd att uppföras i enlighet med Region Skånes önskemål.

Region Skåne har gjort gällande att LOU inte är tillämplig i aktuellt mål, dock utan att utveckla detta något närmare.

Enligt 1 kap. 6 § första stycket 1 LOU gäller LOU 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 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 realiseras, 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 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. Definitionen omfattar även ett uppdrag att utföra en bygg- eller anläggningsentreprenad som lämnas av en mellanhand för myndighetens räkning. I detta senare fall skulle myndighetens uppdrag till mellanhanden annars kunna ses som en tjänsteupphandling och inte som en upphandling av entreprenad (prop. 2006/07:128 s. 298).

Definitionen av "public work contracts" utvidgades genom direktiv 89/440/EEG. Därigenom klargjordes att alla bygg- och anläggningsarbeten, oavsett om de åtföljs av andra uppgifter, är byggtreprenader. EG-kommissionen har i sin Guide to the Community rules on public works contracts från 1997 angett att tillämpningsområdet för direktiv 93/37/EEG är det största möjliga i syfte att fånga in hela det spektrum av kontraktsförhållanden som skulle kunna övervägas av upphandlande enheter för att tillgodose enheternas särskilda behov. Vidare anges att köp av existerande byggnad faller utanför tillämpningsområdet om byggnaden inte uppförts i enlighet med den upphandlande enhetens krav och denne förbundit sig att köpa byggnaden efter uppförandet. Likaså faller ren förhyrning av byggnad utanför om ingen koppling finns till uppförande eller till ett köpavtal (Guide to the Community rules on public works contracts från 1997 s. 12 – översättning från engelska). Definitionen av byggtreprenad avser att inkludera även sådana situationer där en leverantör för en upphandlande enhets räkning låter någon uppföra en byggnad på mark som inte ägs av enheten och förbinder sig att överlåta eller hyra ut marken och byggnaden till enheten vid senare tillfälle. Bestämmelsen gäller endast i de fall byggnaden uppförs enligt enhetens anvisningar. Den gäller t.ex. inte i ett fall då en upphandlande enhet kö-

per mark med byggnader på villkor att investeringar ska göras i upprustning av byggnaderna utan specificering beträffande upprustningen (Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 1996, s. 129 – översättning från engelska).

Av EG-domstolens praxis framgår att undantag från de regler som avser att säkerställa de rättigheter som fastställs i fördraget inom området för offentlig upphandling av tjänster ska tolkas restriktivt och att det är den som åberopar undantaget som ska visa omständigheter som gör undantaget tillämpligt (mål C-20/01 och C-28/01).

Av ramavtalet avseende uppförande av nytt kontorshus mellan Wihlborgs och Region Skåne framgår bl.a. följande. Region Skåne är intresserat av att hyra kontorslokaler i Malmö. En viss del av fastigheten Malmö Kranen 5 utgör enligt Region Skånes uppfattning en lämplig lokalisering för nya kontorslokaler. Wihlborgs ska på området uppföra en byggnad och har erbjudit Region Skåne att hyra byggnaden till dess helhet eller del därav. Region Skåne förbinder sig att i enlighet med och på villkor som framgår av detta avtal och bilagt hyresavtal, hyra byggnaden eller del av byggnaden av Wihlborgs, som i sin tur förbinder sig att på samma villkor hyra ut byggnaden eller del därav till Region Skåne. Region Skåne ska inte, med hänvisning till vad som överenskommit i detta avtal, kunna betraktas som beställare av uppförandet av byggnaden. Wihlborgs ska genomföra projekteringen av byggnaden i samråd med Region Skåne. Under projekteringsfasen ska Wihlborgs och Region Skåne ha samrådsmöten med två veckors intervall om inte annat överenskommes särskilt mellan parterna. Under byggnadens uppförande ska Wihlborgs bereda Region Skåne möjlighet att delta vid byggmöten etc. Region Skånes önskemål om byggnadens utformning ska tillgodoses i största möjliga utsträckning. Wihlborgs ska vid tecknandet av entreprenadavtal för uppförande av byggnaden tillse att entreprenören åläggs att uppföra byggnaden i enlighet med vad som överenskommit mellan parterna.

Mot bakgrund av vad som framgår av avtalsvillkoren finner kammarrätten att den aktuella byggnaden är avsedd att uppföras enligt Region Skånes krav och specifikationer, vilket inte heller har motsagts av regionen. Detta medför enligt kammarrättens bedömning att avtalet mellan Region Skåne och Wihlborgs omfattas av definitionen byggtreprenad i LOU. Avtalet är därmed inte undantaget från upphandling enligt 1 kap. 6 § första stycket 1 LOU. LOU är således tillämplig i målet.

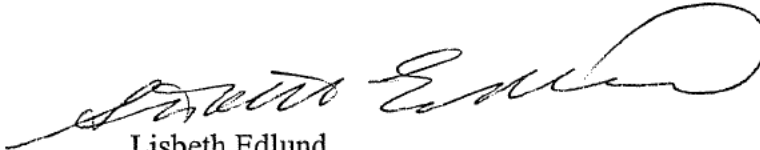
Frågan är då om [REDACTED] har rätt att begära överprövning enligt LOU.

Av 16 kap. 1 och 2 §§ LOU framgår att en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada i ett upphandlingsförfarande kan ansöka om överprövning. Rätt att föra talan i överprövningsmål enligt LOU tillkommer således endast leverantörer. I målet är ostridigt att [REDACTED] inte är en leverantör. Han har således inte rätt att föra talan om överprövning enligt LOU. Länsrättens beslut att avvisa hans talan är därmed riktig. Överklagandet ska därför avslås.

DOMSLUT

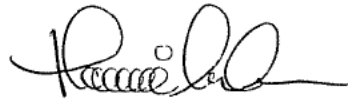
Kammarrätten avslår överklagandet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1)

  
Lisbeth Edlund

  
Birgitta Henriksson  
referent

  
Lennart Berglund

  
/Marie Andersson



LÄNSRÄTTEN I  
SKÅNE LÄN  
Avdelning 1  
Sune Wennerberg

**BESLUT**  
2008 -11- 04  
Meddelat i Malmö

Mål nr  
10920-08E

*Bilaga A*

**SÖKANDE**

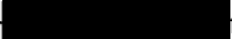


**MOTPART**  
Region Skåne  
291 89 Kristianstad

**SAKEN**  
Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU);  
nu fråga om avvisning

---

**BESLUT**

Länsrätten avvisar  talan.

### BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Region Skåne, Regionfullmäktige, beslutade den 7 oktober 2008, § 122, att uppdra åt regionstyrelsen att teckna ett ramavtal och hyresavtal avseende förhyrning av nytt regionhus i Malmö. Regionstyrelsen har därefter den 9 oktober, § 236, beslutat att godkänna förslag till ramavtal med Wihlborgs fastigheter AB.

██████████ överklagar besluten och anför bland annat följande. Region Skåne har rätt att hyra lokaler för sin verksamhet. Vanligen behövs inte upphandling enligt LOU av hyresrätter i befintliga hus, men i det aktuella fallet har regionstyrelsen beslutat att låta Wihlborgs fastigheter AB uppföra ett nytt regionhus i Malmö. Det tilltänkta huset med kontorslokaler planeras att byggas efter Region Skånes önskemål gällande bland annat kontorslokalernas utformning. Därmed blir det en entreprenad som faller under LOU.

### SKÄL FÖR BESLUTET

Enligt 16 kap. 4 § LOU får ett beslut som lagen är tillämplig på inte överklagas med stöd av 10 kap. kommunallagen. Vidare framgår av 16 kap. 1 och 2 §§ LOU att en leverantör, som anser att han lidit eller kan komma att lida skada i ett upphandlingsförfarande, kan ansöka om överprövning hos länsrätten.

██████████ har anført att de aktuella besluten avser en entreprenad som faller under LOU. Av handlingarna i målet framgår att Wihlborgs fastigheter AB ska uppföra en byggnad och att bolaget har erbjudit Region Skåne att hyra byggnaden. Hyresperioden ska vara tjugo år från tillträdesdagen. Vidare framgår av avtalet att Region Skåne inte ska betraktas som beställare av uppförandet av byggnaden. Enligt länsrätten utgör det aktuella avtalet inte bygg-



entreprenad eller byggkoncession i den mening som avses i LOU, utan får anses vara ett kontrakt som avser hyresrätt. LOU är således inte tillämplig på förfarandet. Vid sådana förhållanden – och då [REDACTED] såvitt framgår av utredningen i målet inte heller är en sådan leverantör i ett upphandlingsförfarande som enligt bestämmelserna i LOU kan begära överprövning hos länsrätten – ska hans talan avvisas.

Länsrätten kommer, i mål 10893-08 och 10979-08, att pröva [REDACTED]  
[REDACTED] överklagande i enlighet med bestämmelserna i 10 kap. kommunallagen.

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

  
Peder Liljeqvist

## 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.