



KLAGANDE

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

MOTPART

Ånge kommun  
841 81 Ånge

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

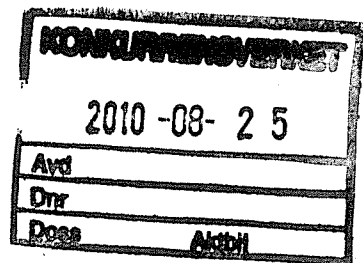
Länsrätten i Västernorrlands läns dom den 29 januari 2010 i mål nr 1942-09, se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten ändrar länsrättens dom och bestämmer att upphandlingen ska göras om.



- Klagande/ombud
- Motpart/ombud
- SKV
- FK NFC
- LST/Trp.st
- LR

*RTV*

- För delgivning
- För kännedom
- För handläggning
-

YRKANDEN M.M.

Parternas yrkanden

Lillboda Fastighetsbolag AB (Lillboda) yrkar att kammarrätten beslutar att upphandlingen ska göras om och därvid genomföras på sätt som stadgas i LOU.

Ånge kommun (kommunen) bestrider bifall till överklagandet.

Kommunens talan

Kommunen anför följande, utöver vad som antecknats i länsrättens dom.

Bostadsmodulerna har inte byggts efter kommunens ritningar och önskemål. Kommunen har hyrt lokaler som fanns när hyreskontraktet tecknades.

Om kammarrätten skulle finna att hyresundantaget inte är tillämpligt görs gällande att kontraktet likväl inte omfattas av överprövningsbestämmelserna i LOU eftersom det är fråga om en tjänstekoncession. Eleverna hyr direkt av hyresvärden Kjell Jonsson och kommunen garanterar inte dessa hyresbetalningar. Ersättningen från kommunen för tjänsterna utgörs delvis av en rätt för hyresvärden att utnyttja tjänsten. Hyresvärden tar därvid en verklig ekonomisk risk.

Förutsättningar för ingripande enligt LOU saknas i målet då Lillboda varken lidit eller kan komma att lida skada. Hade Lillboda lämnat anbud i en offentlig upphandling under 2008 hade kommunen uteslutit Lillboda från denna. Av revisionsberättelsen i årsredovisningen för Lillboda för år 2007 framgår att styrelsen och verkställande direktören inte fullgjort sina förpliktelser genom att skatter och avgifter redovisats och inbetalats för sent.

Lillbodas talan

Lillboda anför följande, utöver vad som antecknats i länsrättens dom.

Avtalet kan inte betraktas som en tjänstekoncession. Det innebär ingen överföring av någon rättighet. Eftersom kommunen betalar 672 000 kr per år har leverantören inte heller tagit den ekonomiska risken.

När upphandlingen gjordes släpade Lillboda inte efter med någon skattebetalning. Det är inte rimligt att utesluta ett företag från upphandling på grund av en skattetvist eller ett underskott på kontot.

**SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Upphandlingens innehåll

För att kunna bedöma om upphandlingen över huvud taget omfattas av LOU måste kammarrätten inledningsvis ta ställning till vad den gäller.

Lillboda har påstått att Ånge kommun har påbörjat och genomfört en upphandling avseende uppförande av bostadsmoduler m.m. för elever på ett visst s.k. riksrekryterande program i en kommunal gymnasieskola. Kommunen har förnekat detta och anför att upphandlingen endast har avsett hyra av lärosalar och vaktmästerilokaler till skolan.

Om Lillboda inte kan visa att upphandlingen har det innehåll som Lillboda påstått ska kammarrätten utgå från vad kommunen har sagt.

Det är ostridigt att bostadsmoduler för elevboende har uppförts av Kjell Jonsson inför höstterminen 2008 och att boende i dessa moduler har erbjudits elever på det aktuella gymnasieprogrammet.

De beslut som kommunen tog den 2 respektive 29 april 2008 har båda innebörden att kommunen klargör en avsikt att till en maxkostnad av 600 000 kr "ordna boende" för 60 elever och lärosalar. Detta visar att avsikten från kommunens sida vid denna tid varit inte bara att lösa ett behov av lärosalar och vaktmästerilokaler utan även att lösa ett behov av elevboende. I beslutet den 2 april sägs att frågan ska lösas genom "tecknande av avtal med Kjell Jonsson". Beslutet den 29 april innebär att det tidigare beslutet ändras så att Kjell Jonsson inte längre pekats ut som avtalspart. Av sammanträdesprotokollet kan utläsas att detta sker mot bakgrund av en diskussion om risken för att LOU annars blir tillämplig. Det finns inget som tyder på att kommunen faktiskt frångått avsikten att träffa avtal med Kjell Jonsson, men det kan inte heller bara på grund av de kommunala besluten säkert sägas att avsikten har stått kvar efter den 29 april.

Det skriftliga avtal som finns i målet har rubriken "Hyresavtal för lokal" och är daterat den 23 september 2008. Enligt sin lydelse omfattar avtalet endast hyra av lärosalar och vaktmästeri på sammanlagt 70 m<sup>2</sup> inklusive bredbandsanslutning. Hyrestiden är fyra år med tillträdesdag den 1 augusti 2008. Årshyran är 672 000 kr och ska betalas i förskott per månad med 56 000 kr. På avtalet har för hand antecknats "(Bredbandskostnad är 76 800:- per år varav Bobergsgymnasiets lärosalar utgör 72.000:- per år)". Ordalydelsen talar för att upphandlingen har det innehåll som kommunen påstått i målet. Men hyresbeloppet är orimligt högt för att avse endast en lokal på 70 m<sup>2</sup> i Ånge, även om bredbandsanslutning ingår. I en inlägga till länsrätten har kommunen redovisat att avtalet med Kjell Jonsson gäller två rum à 70 m<sup>2</sup> (dvs. sammanlagt 140 m<sup>2</sup>) samt några utrymmen för datorgrupprum. Detta överensstämmer inte med vad som angetts i det skriftliga

avtalet om sammanlagt 70 m<sup>2</sup> och ger bilden att det skriftliga avtalet inte speglar hela verkligheten. Även om hyresbeloppet skulle gälla två lärosalar på sammanlagt 140 m<sup>2</sup> och några grupprum är det orimligt högt. Kommunen har avstått från att lämna någon förklaring till detta. Det ligger därför nära till hands att anta att hyran egentligen är avsedd att täcka mer än lärosalar och vaktnästerlokaler. Den omständigheten att hyresbeloppet ungefär överensstämmer med vad kommunen i sina beslut i april 2008 förklarat sig vara beredd att betala för att ”ordna boende” och lärosalar talar för att upphandlingen omfattar även elevboende.

Lillboda har anfört att det är orimligt att Kjell Jonsson skulle ha uppfört elevboendet på egen risk eftersom det inte finns något annat behov av sådant boende i Ånge än det som gymnasieskolan ger upphov till. Kommunen har inte bemött detta i sak utan framfört att det är fråga om spekulationer och gissningar från Lillbodas sida. Enligt kammarrättens mening framstår det onekligen som svårförståeligt att Kjell Jonsson helt på eget bevåg skulle ha uppfört elevboendet. Det framstår istället som sannolikt att Kjell Jonsson har känt till kommunens behov av elevboende och att han dessutom har vetat att detta behov inte skulle komma att tillgodoses på annat sätt än genom honom. Hans bygglovsansökan kom in till kommunen den 15 april 2008, när beslutet den 2 april om att teckna avtal med honom om elevboende fortfarande gällde. Om kommunens verkliga avsikt med beslutet den 29 april hade varit att frånga beslutet att teckna avtal om elevboenden med just Kjell Jonsson framstår det som märkligt att Kjell Jonsson efter detta skulle ha hållit fast vid sin plan att uppföra elevboendena

Det hyresavtal för elevlägenhet som kommunen har åberopat är tecknat i augusti 2009 och hyresavin avser januari 2010. Enligt avtalet och avin uppstår Kjell Jonsson hyra för en lägenhet i ”elevboende Udden”. Enligt kommunen visar detta att de som bor i elevboendet hyr sina egna moduler direkt av Kjell Jonsson. Lillboda har inte bestritt dessa uppgifter, som därför

får godtas. Uppgifterna talar dock inte mot att kommunen i april 2008 hade avsikten att teckna avtal med Kjell Jonsson om att "ordna elevboenden" och att denna avsikt faktiskt också har realiserats.

Slutsatsen att upphandlingen omfattat även elevboende vinner också stöd av den faktura från AB Ånge Möbelaffär daterad den 2 september 2008 som Lillboda har åberopat.

På skolans hemsida, som också har åberopats av Lillboda, beskrivs elevboendet som "skolans" och det anges att frågor kring boendet kan besvaras av rektor eller av programsamordnaren. Dessa omständigheter talar klart för att kommunen har ett intresse i elevboendet.

Kammarrättens slutsats är att Lillboda med tillräcklig styrka har visat dels att kommunen i april 2008 har påbörjat en upphandling avseende elevboenden som syftat till att för cirka 600 000 kr garantera kommunen att elevboenden skulle uppföras och tillhandahållas inför gymnasieskolans terminsstart hösten 2008, dels att detta har lett till ett avtal mellan kommunen och Kjell Jonsson med sådant innehåll.

#### Det är fråga om en offentlig upphandling

Kammarrätten övergår därmed till att behandla frågan om upphandlingen omfattas av LOU. Först måste då avgöras om det är fråga om en offentlig upphandling enligt lagens terminologi.

LOU gäller bl.a. för offentlig upphandling av byggentreprenader (1 kap. 2 § LOU<sup>1</sup>).

---

<sup>1</sup> Vissa av de bestämmelser i LOU som kammarrätten har tillämpat i detta mål har numera ändrats. Ändringarna trädde i kraft den 15 juli 2010 men enligt en övergångsbestämmelse ska äldre bestämmelser tillämpas på upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet. Enligt kammarrättens mening får övergångsbestämmelsen anses innebära att äldre bestämmelser ska tillämpas i ett fall som detta.

Med byggentreprenadkontrakt avses bl.a. ett kontrakt som medför att ett byggnadsverk realiseras, oavsett hur kontraktet utformas, enligt krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten. Med byggnadsverk avses det samlade resultatet av bygg- och anläggningsarbeten, om resultatet självständigt kan fullgöra en teknisk eller ekonomisk funktion (2 kap. 3 § LOU).

Av utredningen framgår som ovan redovisats att avtalet mellan kommunen och Kjell Jonsson har medfört att bostadsmoduler kommit att uppföras. Bostadsmoduler måste anses vara byggnadsverk. Det framgår också att avtalet har medfört att dessa byggnadsverk realiserats enligt krav som ställts upp av kommunen. Följaktligen gäller avtalet, oavsett sin rubricering, en byggentreprenad i den mening som avses i LOU.

Med offentlig upphandling avses de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster eller byggentreprenader (2 kap. 13 § LOU). För att det ska vara fråga om ett kontrakt krävs att det är ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor (2 kap. 10 § LOU). Detta i sin tur förutsätter när det är fråga om en byggentreprenad att den upphandlande myndigheten i enlighet med kontraktet mot vederlag får en prestation som består i utförande av byggentreprenaden för den upphandlande myndighetens räkning. Prestationen ska vara av direkt ekonomiskt intresse för den upphandlande myndigheten. Ett sådant ekonomiskt intresse föreligger inte enbart när den upphandlande enheten blir ägare till resultatet av byggentreprenaden utan även när den upphandlande myndigheten på rättslig grund garanteras tillgång till de anläggningar som är föremål för kontraktet, för att använda dem för offentliga ändamål (se EG-domstolens dom den 25 mars 2010 i mål C-451/08 punkt 48 f. och där anförda tidigare domar).

Kommunen har visserligen inte åsyftat att bli ägare till resultatet av byggentreprenaden. Driften av det riksrekryterande gymnasieprogram som

elevboendet är knutet till måste dock antas vara av direkt ekonomiskt intresse för kommunen. Likaså måste elevboendet antas vara en förutsättning för den verksamheten. När kommunen först beslutade att "ordna" elevboendet var avsikten att göra detta genom att teckna avtal med Kjell Jonsson, dvs. genom att skriva ett avtal med honom. Kommunens beslut syftade således till att tilldela ett byggentreprenadkontrakt i den mening som avses i LOU. Det är således fråga om en offentlig upphandling.

Hyresundantaget är inte tillämpligt

Det ovan anförda betyder att LOU gäller för upphandlingen om den inte träffas av någon undantagsregel.

Den undantagsregel som kommunen i första hand har åberopat säger att LOU inte gäller för kontrakt som avser hyresrätt till befintlig byggnad (1 kap. 6 § LOU).

Upphandlingen avser inte bara uppförande av bostadsmoduler utan även hyra av vissa lokaler (lärosalar och vaktmästerilokaler) som finns i samma byggnad. När upphandlingen påbörjades fanns dock inte denna byggnad. Kontraktet kan därför inte till någon del sägas avse hyresrätt till befintlig byggnad och upphandlingen är inte på den grunden undantagen från tillämpningsområdet för LOU.

Det är inte fråga om en tjänstekoncession

Som grund för att upphandlingen inte ska omfattas av LOU har kommunen i andra hand åberopat att det är fråga om en tjänstekoncession.

Med tjänstekoncession avses ett kontrakt av samma slag som ett tjänstekontrakt men som innebär att ersättningen för tjänsterna helt eller delvis utgörs av en rätt att utnyttja tjänsten. Med tjänstekontrakt avses ett kontrakt



som gäller utförande av vissa i lagen närmare angivna tjänster och som inte utgör ett byggentreprenadkontrakt eller ett varukontrakt. Ett kontrakt som avser sådana tjänster och omfattar verksamhet som hänförs till byggentreprenader av närmare angivet slag, men som är underordnad kontraktets ändamål i övrigt, ska behandlas som ett tjänstekontrakt (2 kap. 17 och 18 §§ LOU).

Upphandlingen avser såvitt framkommit i allt väsentligt dels uppförande och tillhandahållande av elevboende, dels hyra av lärosalar och vaktmästerilokaler. I dessa delar är det som ovan framgått fråga om en byggentreprenad. Även om det skulle finnas något inslag av sådana tjänster som ett tjänstekontrakt kan avse kan det inte sägas att byggentreprenaden är underordnad kontraktets innehåll i övrigt. Det kan då varken vara fråga om ett tjänstekontrakt eller en tjänstekoncession.

Kommunen har inte gjort gällande att upphandlingen på någon annan grund är undantagen från tillämpningsområdet för LOU. Upphandlingen omfattas alltså av LOU.

#### Direktupphandlingen var otillåten

Lillboda har anfört kommunen har brutit mot LOU genom att göra en direktupphandling istället för att på föreskrivet sätt annonsera upphandlingen. Kommunen har inte argumenterat mot detta på annat sätt än genom de invändningar som behandlats ovan.

Direktupphandling får användas endast om kontraktets värde är lågt eller det annars finns synnerliga skäl (15 kap. 3 § andra stycket LOU i här tillämplig lydelse).

Det har inte framkommit att det skulle ha funnits lagliga förutsättningar för direktupphandling i detta fall. Direktupphandlingen var således otillåten.

Upphandlingen ska göras om

Vid direktupphandling får en ansökan om överprövning inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett kontrakt (16 kap. 1 § andra stycket LOU i här tillämplig lydelse). Ett avtal som en upphandlande myndighet har ingått utan att ha iakttagit sin skyldighet att tillämpa LOU hindrar dock inte att överprövning sker (se RÅ 2005 ref. 10). Att avtal har ingåtts hindrar alltså inte att kammarrätten överprövar upphandlingen.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i LOU och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts (16 kap. 2 § LOU i här tillämplig lydelse).


Genom att göra en otillåten direktupphandling har kommunen brutit mot de grundläggande reglerna i LOU.

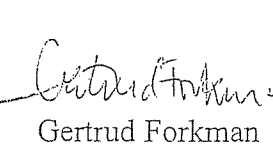
Kommunen har som framgått ovan gjort gällande att Lillboda varken lidit eller kan komma att lida skada eftersom kommunen skulle ha uteslutit Lillboda från upphandlingen om den gjorts enligt reglerna.

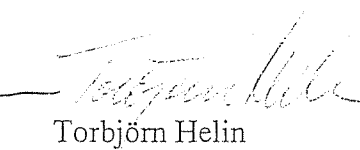
Vad kommunen har anfört i denna fråga innebär inte enligt kammarrättens mening att det går att dra slutsatsen att Lillboda med fog hade kunnat uteslutas från upphandlingen om den gjorts enligt reglerna. Det får därför konstateras att Lillboda till följd av den otillåtna direktupphandlingen gått miste om möjligheten att lämna anbud. Lillboda får därigenom anses ha lidit skada (jfr RÅ 2008 ref. 26). Upphandlingen ska därför göras om.

---

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).

  
Christer Sjödin  
lagman  
ordförande

  
Gertrud Forkman  
kammarrättsråd  
referent

  
Torbjörn Helin  
kammarrättsråd

Petra Dalman  
föredragande





### 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	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

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 anført 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 gymnasieriktorn 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 fåtöljer. 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 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.

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 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.

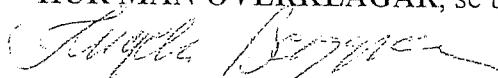
Av det EG-direktiv på vilket LOU grundas framgår att undantaget i 1 kap 6 § LOU rör hyra av befintliga byggnader. Är det i stället fråga om en upphandlande myndighet som uppdrar åt en leverantör att uppföra byggnad enligt myndighetens önskemål för att därefter överlåta eller hyra ut fastigheten till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

Hyresavtalet 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

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.

