



**KAMMARRÄTTEN  
I JÖNKÖPING**  
Avdelning 1:3

# DOM

2015-08-10  
Meddelad i Jönköping

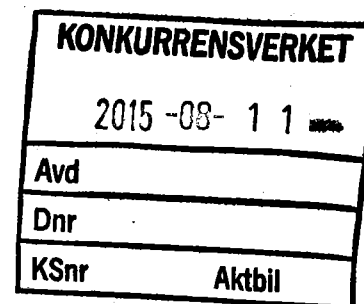
Mål nr 2844-14

## KLAGANDE

1. Borås Stad  
501 80 Borås

2. Borås Arena AB, 556644-0045  
Box 659  
501 13 Borås

Ombud: Advokat Jesper Sundström  
Wistrand Advokatbyrå  
Box 11920  
404 39 Göteborg



## MOTPART

Hausvertrieb Tikkanen Oy, 1047440-2

Ombud: Stefan Alvé  
Sportlex Advokatbyrå AB  
Box 2035  
132 02 Saltsjö-Boo

## ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Jönköpings dom den 25 augusti 2014 i mål nr 3188-14, se bilaga A

## SAKEN

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

- Klaganden/ombudet
- Motparten/ombudet
- Försäkringskassan
- Förvaltningsrätten
- Socialstyrelsen
- Konkurrensverket

## KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten ändrar förvaltningsrättens dom och avslår ansökan om överprövning.

- För kännedom
- För åtgärd
- För delgivning
- 

Dok.Id 171789

Postadress  
Box 2203  
550 02 Jönköping

Besöksadress  
Slottsgatan 5

Telefon  
036-15 68 00 (vx)  
E-post: [kammarrattenijonkoping@dom.se](mailto:kammarrattenijonkoping@dom.se)  
[www.kammarrattenijonkoping.domstol.se](http://www.kammarrattenijonkoping.domstol.se)

Telefax  
036-16 19 68

Expeditionstid  
måndag – fredag  
08:00-16:00

**YRKANDEN M.M.**

Borås Stad (kommunen) yrkar i första hand att förvaltningsrättens dom ändras på så sätt att Hausvertrieb Tikkanen Oy:s (Tikkanen) yrkanden avslås och i andra hand att förvaltningsrättens dom undanröjs och att målet återförvisas till förvaltningsrätten för ny prövning.

Borås Arena AB (Arenabolaget) yrkar i första hand att förvaltningsrättens dom ändras på så sätt att förordnandet om upphävande av avtalet mellan Arenabolaget och STX Sweden AB (STX) ska upphöra att gälla och i andra hand att förvaltningsrättens dom undanröjs och att målet återförvisas till förvaltningsrätten för ny prövning.

Tikkanen motsätter sig bifall till överklagandena.

**VAD PARTERNA ANFÖR**

*Kommunen*

Byggtreprenadkontrakt eller förvärv av hyresrätt?

Kommunen har haft ett behov av en gymnastikhall och föreslog för IF Elfsborg att Sjuhäradshallen, som IF Elfsborg äger via sitt bolag Elfsborg Arena AB, skulle hyras ut till kommunen. IF Elfsborg accepterade detta och beslutade samtidigt om en investering i ett övertryckstält för uppförande på Broplanen, som ägs av Arenabolaget, för att tillgodose ett behov av att kunna träna på en övertäckt fullstor konstgräsplan vintertid. Arenabolaget tecknade därefter avtal med STX om leverans av ett övertryckstält.

Kommunens behov av en gymnastikhall är ett självständigt behov som inte har någon koppling till uppförandet av övertryckstältet. Ombyggnad av Sjuhäradshallen regleras av ett självständigt avtal mellan kommunen och Arenabolaget och har ingen relevans i målet.

Avtalet mellan kommunen och Arenabolaget om Broplanen är inte ett entreprenadkontrakt utan ett hyresavtal avseende en befintlig fotbollsplan och är en förlängning av ett sedan flera år pågående hyresförhållande. Avtalet omfattas därmed av undantaget i 1 kap. 6 § LOU och ska inte föregås av en offentlig upphandling. Fotbollsplanen är redan anlagd och kontraktet medför därför inte att ett byggnadsverk realiseras. Övertryckstältet är upphandlingsrättsligt sett inte att betrakta som en byggnad. Tältet är inte avsett för permanent uppförande och kan monteras ned när Arenabolaget eller dess ägare IF Elfsborg så beslutar. Hyra av befintliga konstgräsplaner finns heller inte med i uppräknningen av byggentreprenader i LOU. Upphandlingsrättsligt kan hyresavtalet därmed inte utgöra ett entreprenadkontrakt.

Beställningen av övertryckstältet har gjorts självständigt av Arenabolaget, som är ett privat bolag ägt av IF Elfsborg. Övertryckstältet har Arenabolaget köpt in från STX, vilket också det är ett privat bolag. Upphandlingsunderlaget har utformats utifrån de krav Arenabolaget ställt, vilket har styrts av IF Elfsborgs behov. Kommunen har inte haft något inflytande över anskaffningen eller kravställningen. Kommunen har endast i egenskap av hyresgäst blivit informerad om förändringarna av hyresobjektet och accepterat att hyresavtalet justeras för att även omfatta övertryckstältet. Det finns inget som antyder att inköpet är ett kommunalt projekt. Kommunen äger inte övertryckstältet och står inte risken för att det uppfyller erforderlig kvalitet och funktion. Vilka åtaganden kommunen eventuellt har i fråga om drift och skötsel i samband med att kommunen hyr Broplanen från Arenabolaget regleras i ett befintligt hyresavtal som inte är föremål för prövning i detta mål.

Övertryckstältet kan inte heller anses vara en specialbyggnad eftersom det varken är avsett för permanent uppförande eller avser att uppfylla ett kommunalt behov. Kommunen har endast ett behov av att även fortsättningsvis hyra fotbollsplanen. Kommunens vilja att hyra fotbollsplanen påverkas inte

av om den är försedd med ett övertryckstält eller inte. Övertryckstältet syftar inte heller till att fylla ett behov som det åligger kommunen att tillhandahålla. Tikkanens slutsats att kommunen har ett behov av att kompensera fotbollsföreningarna med en alternativ hall för inomhusträning är således felaktig.

Vad Tikkanen anfört om fördelning av kostnader saknar relevans för bedömning av om det ifrågasatta avtalet omfattas av LOU eller inte. Även vad Tikkanen anfört i fråga om entreprenadarbeten saknar relevans. Det är uppenbart att det krävs vissa mindre entreprenadarbeten på mark för att göra det möjligt att placera ett övertryckstält över Broplanen. Detta är dock något som avtalats mellan Arenabolaget och STX, utan kommunens medverkan.

EU-domstolen har nyligen belyst frågan om hyresundantagets tillämplighet i mål C-213/13 Impresa Pizzarotti. Vid jämförelse med omständigheterna i det målet kan konstateras att hyresavtalet inte ska kvalificeras som ett avtal som omfattas av bestämmelserna om tilldelning av offentliga byggentreprenadkontrakt. Syftet med hyresavtalet är inte att uppföra en byggnad. Syftet är förhyrning av en fotbollsplan. Hyresavtalet är dessutom en förlängning av ett befintligt hyresavtal avseende samma plan. Uppförande av övertryckstältet är av underordnad betydelse i hyresavtalet. Det kan vidare konstateras att EU-domstolen, till skillnad från generaladvokaten, inte slagit fast att hyreskontrakt avseende en ännu inte uppförd byggnad ska kvalificeras som ett entreprenadkontrakt. Detta kan inte tolkas på annat sätt än att EU-domstolen öppnar för att även avtal om ännu inte uppförda byggnader ska kunna omfattas av hyresundantaget.

Grund för att förklara avtalet ogiltigt finns således inte. Kommunen bestri-der vidare att hyreskontraktet skulle kunna anses vara ett avtal avseende en tjänst som skulle upphandlats. Avtalet är ett hyresavtal avseende en befintlig anläggning. För det fall rätten skulle finna att montering av övertryckstältet är att se som uppförande av byggnad så är det en byggnad som vem som

helst kan tänka sig att hyra. Undantaget i 1 kap. 6 § LOU är därmed tillämpligt.

Arenabolagets avtal med STX omfattas inte av LOU

Avtalet avseende förvärv av övertryckstältet är ett självständigt avtal som inte påverkas av hyresavtalet. Vare sig Arenabolaget eller STX är en upphandlande myndighet, utan de är privatägda bolag som inte omfattas av LOU. Det finns därför ingen laglig grund för att förordna att avtalet mellan Arenabolaget och STX ska ogiltigförklaras.

Förvaltningsrättens prövning har gått utöver Tikkanens yrkanden

Tikkanen har ansökt om överprövning av giltigheten av hyresavtalet och yrkat att det ska ogiltigförklaras. Inom ramen för handläggningen av målet vid förvaltningsrätten yrkade Tikkanen interimistiskt att såväl hyresavtalet som avtalet mellan Arenabolaget och STX inte skulle få fullgöras. Förvaltningsrätten biföll det interimistiska yrkandet genom beslut som upphävdes då dom meddelades i målet. Tikkanen har således inte yrkat att avtalet avseende förvärv av övertryckstältet ska förklaras ogiltigt utan endast yrkat att förvaltningsrätten interimistiskt ska besluta att avtalet inte får fullgöras intill dess annat beslutats. Här har således förvaltningsrätten gått utöver vad som yrkats i målet.

Förvaltningsrätten borde berett Arenabolaget tillfälle att yttra sig

För det fall kammarrätten skulle finna att LOU är tillämplig på avtalet mellan Arenabolaget och STX borde förvaltningsrätten berett Arenabolaget tillfälle att yttra sig över uppgifterna i bolagets ansökan. Arenabolaget var inte part i målet vid förvaltningsrätten. Förvaltningsrätten har trots detta fattat ett beslut som innebär ett ingripande gentemot Arenabolaget. Skäl för

att återförvisa målet till förvaltningsrätten för förnyad prövning finns därmed.

*Arenabolaget*

Byggentreprenadkontrakt eller förvärv av hyresrätt?

Det hyresavtal avseende Broplanen som Arenabolaget har tecknat med kommunen är en förlängning av ett befintligt hyresavtal och ska som sådant inte föregås av en offentlig upphandling enligt LOU. Vad gäller övertryckstältet så var det IF Elfsborg som beslutade om att det skulle investeras i det för övertäckning av den konstgräsplan, kallad Broplanen, som Arenabolaget äger. Arenabolaget har för detta ändamål tecknat avtal med STX om leverans av ett övertryckstält. Vad gäller specifikation av övertryckstältets utformning så har detta helt och hållet styrts av IF Elfsborg efter föreningens behov av att kunna bedriva fotbollsträning för sin elit- och ungdomsverksamhet på en fullstor konstgräsplan vintertid. Kommunen har inte varit involverad i detta och kommunen har, såvitt Arenabolaget känner till, inget behov av att ett övertryckstält placeras över Broplanen. Arenabolaget har således inte beställt övertryckstältet för kommunens räkning utan för Arenabolagets och IF Elfsborgs räkning. Övertryckstältet ägs av IF Elfsborg via Arenabolaget. Övertryckstältet är inte avsett för permanent uppförande. Det kan och ska monteras ned när Arenabolaget och IF Elfsborg så önskar, t.ex. under sommarsäsong eller vid flytt till annan plats.

Det stämmer att det krävs vissa mindre entreprenadarbeten på mark för att övertryckstältet ska kunna uppföras. Dessa arbeten ska utföras av Arenabolaget i enlighet med det avtal Arenabolaget träffat med STX. Det är även korrekt att Arenabolaget har träffat en överenskommelse om uthyrning och ombyggnad av Sjuhäradshallen. Detta är en fristående överenskommelse om en befintlig byggnad som inte berör detta mål.

Arenabolaget anför i huvudsak detsamma som kommunen när det gäller följande frågeställningar:

- Avtalet med STX omfattas inte av LOU
- Förvaltningsrättens prövning har gått utöver Tikkanens yrkanden
- Förvaltningsrätten borde berett Arenabolaget och STX tillfälle att yttra sig

*Tikkanen*

Byggentreprenadkontrakt eller förvärv av hyresrätt?

Bakgrunden till kommunens engagemang i fotbollshallen är att gymnastikföreningarna i Borås under en längre tid önskat en egen gymnastikhall. Kommunen har tillsammans med föreningslivet utrett förutsättningarna för att lösa gymnastikhallsfrågan men det har varit svårt att hitta en lämplig yta att bygga en gymnastikhall på. Ett förslag till lösning var att kommunen skulle använda Sjuhäradshallen, där det bedrivs fotbollsverksamhet under vintern, till gymnastik och istället kompensera fotbollsföreningarna genom att bygga en övertryckshall över Broplanen. Kommunens förslag togs emot väl av såväl de lokala gymnastik- och fotbollsföreningarna som kommunens politiker. Lösningen innebär att Arenabolaget inledningsvis tar investeringarna och bygger om Sjuhäradshallen till en gymnastikhall och köper in en fotbollshall. Kommunen bidrar med säkerhet för banklån genom att öka sin borgen till Arenabolaget med 22 miljoner kr och betalar sedan anläggningarna genom att hyra dessa från Arenabolaget, för att därefter ställa gymnastik- och fotbollshallen till föreningslivets förfogande.

Kommunens fritids- och folkhälsonämnd har tillstyrkt projektet, likaså har projektet klubbats igenom i kommunstyrelsen och kommunfullmäktige. Kommunens initiativ och medverkan framgår av handlingarna till kommunfullmäktiges sammanträde den 20 februari 2014. Av dessa kan utläsas att fotbollshallen är ett kommunalt projekt i samverkan med föreningslivet i Borås. Det är ostridigt att kommunen i slutändan ska bekosta hela bygg-

processen och den färdigställda fotbollshallen samt alla övriga tillkommande kostnader, inklusive Arenabolagets arrendekostnad. Kommunen ska också svara för och bekosta all drift och skötsel av fotbollshallen. Kommunen är således den egentlige beställaren och köparen av den tilltänkta fotbollshallen. Därutöver visar avtalsvillkoren mellan Arenabolaget och kommunen, samt kommunens övriga engagemang i saken, att förslaget om fotbollshallen har kommit från kommunen och att fotbollshallen ska uppföras för att tillgodose behov som finns bland kommunens fotbollsföreningar efter flytten till Sjuhäradshallen. Mot bakgrund bl.a. av detta anser Tikkanen att fotbollshallen är avsedd att uppföras för kommunens räkning enligt kommunens krav och specifikationer och den skulle därför ha upphandlats enligt LOU.

Byggentreprenaden av fotbollshallen innefattar flera moment, bl.a. inledande projektering med markanalys, geoteknisk undersökning, upprättande av byggritningar, VVS-projektering och montering av hallkonstruktionen på en gjuten kantbalk. Av anbudsinbjudan till fotbollshallsentreprenaden framgår att fotbollshallen ska uppföras på totalentreprenad och att ABT 06 är en del av avtalsinnehållet. Mot bakgrund av detta är entreprenaden avseende fotbollshallen en byggentreprenad i den mening som avses i LOU. Kommunens hyra av den icke befintliga fotbollshallen är således ett förtäckt entreprenadkontrakt avseende en specialbyggnad som ska upphandlas enligt LOU. Ett sådant hyresavtal kan inte vara föremål för LOU:s hyresundantag. Det är värt att notera att dylika kontrakt som inte omfattas av upphandlingsreglerna för byggentreprenad i vart fall ska upphandlas enligt reglerna för upphandling av tjänst.

Alla avtal som ingåtts med koppling till kommunens fotbollshallsprojekt ska upphöra att gälla eftersom de inte tillkommit i enlighet med LOU. Kommunens fotbollshallsprojekt och de olika avtal som upprättats inom ramen för projektet bildar en odelbar helhet ur ett LOU-perspektiv. Det är inte tillåtet att bryta ut enstaka avtal i ett dylikt projekt och hävda att just de



avtalen inte behöver upphandlas. Tikkanen anser att alla avtal kopplade till fotbollshallsprojektet, inklusive avtalet mellan Arenabolaget och STX, är en del av kommunens otillåtna direktupphandling av fotbollshallen och ska följaktligen förklaras ogiltiga.

Borde förvaltningsrätten berett Arenabolaget tillfälle att yttra sig?

Tikkanen anser att förutsättningarna i RÅ 2004 ref. 48 i allt väsentligt stämmer överens med situationen i nu aktuellt mål. Arenabolagets uppgift har endast varit att upphandla fotbollshallen för kommunens räkning. Förvaltningsrätten synes därmed ha agerat riktigt som inte gett Arenabolaget möjlighet att yttra sig över ansökan i förvaltningsrätten. Kommunens upplägg med Arenabolaget som mellanhand synes ha genomförts för att kringgå LOU. Inom upphandlingsrätten tillämpas en genomsynsprincip som innebär att upplägg som genomförts i syfte att kringgå upphandlingskyldigheten underkänns. I ljuset av denna princip blir det tydligt att Arenabolaget har varit en mellanhand till kommunen och upphandlat fotbollshallen för kommunens räkning. Arenabolaget är således endast indirekt berört av förvaltningsrättens dom och ska därmed inte tillerkännas talerätt.

Tikkanen har till stöd för sin talan gett in följande handlingar

- Kommunstyrelsen i Borås Stads protokoll den 27 januari 2014
- Redogörelse för vad som beslutades vid kommunfullmäktiges sammanträde den 20 februari 2014 (hämtat från Borås Stads hemsida)
- Handlingar till kommunfullmäktiges sammanträde den 20 februari 2014
- Anbudsinbjudan

#### SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten inleder med att bedöma frågan om förvaltningsrätten gått utöver ramen för sin prövning. Enligt 29 § förvaltningsprocesslagen får inte

rättens avgörande gå utöver vad som yrkas i målet. Om det föreligger särskilda skäl får dock rätten även utan yrkande besluta till det bättre för enskild när det kan ske utan men för motstående enskilt intresse. I förvaltningsrätten yrkade Tikkanen att avtalet mellan kommunen och Arenabolaget avseende hyra av Borås Arena 2 (hyresavtalet) skulle ogiltigförklaras och som en följd av detta yrkades att kommunens borgensförbindelse avseende fotbollshallen skulle återkallas. Tikkanen yrkade även att förvaltningsrätten omedelbart skulle besluta att hyresavtalet och alla andra avtal som slutits med stöd av hyresavtalet och/eller borgensförbindelsen, inklusive Arenabolagets avtal med STX, inte skulle få fullgöras till dess något annat bestämts, dvs. inhibition. Förvaltningsrätten biföll Tikkanens interimistiska yrkande i beslut som upphävdes när domen meddelades. I domen biföll förvaltningsrätten ansökan och förordnande att alla ovannämnda avtal skulle upphöra att gälla. Av domskälen framgår bl.a. att rätten bedömt avtalen som en odelbar helhet och att samtliga avtal är hänförliga till förvärv som kommunen är ansvarig för.

Vad gäller borgensförbindelsen har det yrkats att den ska återkallas som en följd av ogiltigförklaring av hyresavtalet. En sådan följd är visserligen inte otänkbar men de konsekvenser som kan bli följden av ogiltigförklaring av ett avtal ligger utanför domstolarnas prövning i mål om överprövning av avtals giltighet enligt LOU. Det kan därtill konstateras att borgensförbindelsen inte är ingiven i målet och det har inte anförts skäl för att just den ska vara ogiltig. Vad gäller de avtal som slutits med stöd av hyresavtalet och/eller borgensförbindelsen, inklusive avtalet mellan Arenabolaget och STX, bedömer kammarrätten att förvaltningsrätten, genom en prövning av dessas giltighet, har gått utöver vad som yrkats. Det bedöms dock att felet utan väsentlig olägenhet kan avhjälpas i kammarrätten, varför skäl för återförvisning på denna grund inte föreligger. Eftersom förvaltningsrätten inte haft att bedöma giltigheten av de avtal som slutits med stöd av hyresavtalet och/eller borgensförbindelsen, inklusive Arenabolagets avtal med

STX, ska förvaltningsrättens dom ändras i den del den avser ogiltigförklaring av dessa avtal.

I och med att avtalet mellan Arenabolaget och STX ligger utanför prövningsramen finns inte skäl för kammarrätten att ta ställning till om STX borde ha beretts tillfälle att yttra sig i förvaltningsrätten. STX har därtill inte överklagat förvaltningsrättens dom. Vad gäller frågan om Arenabolagets ställning i målet gör kammarrätten följande bedömning. Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) har uttalat att en vinnande leverantör ska beredas tillfälle att yttra sig innan det meddelas en dom om rättelse som innebär att vinnande leverantörs anbud ska förkastas och, vad gäller klagorätt, att talerätt föreligger om det överklagade beslutet i sig har en precis och påtaglig betydelse för klaganden, oavsett vad utfallet blir eller kan bli av den åtgärd som domstolen väljer (bl.a. rättsfallen HFD 2011 ref. 29 och HFD 2012 ref. 2). HFD har inte ännu uttalat vad som bör gälla då det är fråga om ogiltigförklaring av avtal enligt LOU. Kammarrätten anser dock att HFD:s nämnda uttalanden kan vara vägledande även i sådana mål. Ogiltigförklaring av avtal utgör ett direkt ingripande i avtalsparternas rättsförhållanden som kan få långtgående ekonomiska effekter. Om en leverantör som ingått avtal med en upphandlande myndighet inte skulle få rätt att träda in i ett mål om ogiltigförklaring av avtal enligt LOU riskerar leverantören att stå helt utan möjlighet till domstolsprövning av frågan. Kammarrätten finner därför att som en allmän princip bör gälla att en vinnande leverantör ska beredas tillfälle att yttra sig då rätten överväger att ogiltigförklara ett avtal enligt LOU.

Enligt kammarrättens mening kan Arenabolaget, med utgångspunkt i förvaltningsrättens bedömning, likställas med en vinnande leverantör. Då förvaltningsrätten övervägde att ogiltigförklara hyresavtalet borde förvaltningsrätten ha berett Arenabolaget tillfälle att yttra sig. Vidare bedömer kammarrätten att förvaltningsrättens dom har en sådan precis och påtaglig betydelse för Arenabolaget att klagorätt föreligger. Det av Tikkanen åbero-

pade rättsfallet RÅ 2004 ref. 48 bedöms inte tillämpligt på den i målet aktuella situationen. Frågan om det förhållandet att förvaltningsrätten inte gav Arenabolaget tillfälle att yttra sig ska medföra återförvisning är enligt kammarrättens mening beroende av ställningstagandet i frågan om hyresavtalets giltighet. I den delen gör kammarrätten följande bedömning.

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på (RÅ 2009 ref. 69). Av detta följer att det är Tikkanen som har att ge in underlag till stöd för att föremålet för hyresavtalet borde upphandlats enligt LOU. Först för det fall kammarrätten kommer fram till att LOU är tillämpligt på avtalet har kommunen att visa att en undantagsbestämmelse är tillämplig (jfr bl.a. RÅ 2005 ref. 10 och RÅ 2008 ref. 79).

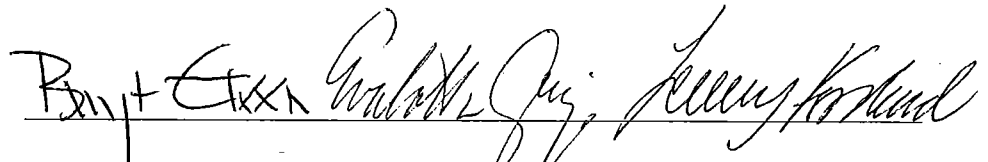
LOU gäller bl.a. för offentlig upphandling av byggtreprenader (1 kap. 2 § LOU). Med byggtreprenadkontrakt avses bl.a. ett kontrakt som medför att ett byggnadsverk realiserar, oavsett hur kontraktet utformas, enligt krav som ställts upp av den upphandlande myndigheten. Med byggnadsverk avses det samlade resultatet av bygg- och anläggningsarbeten, om resultatet självständigt kan fullgöra en teknisk eller ekonomisk funktion (2 kap. 3 § LOU). Från LOU är kontrakt avseende bl.a. förvärv av hyresrätt undantagna (1 kap. 6 § LOU). Frågan om ett avtal avser ett offentligt byggtreprenadkontrakt ska avgöras enligt unionsrätten. Ett avtals rubricering är därför inte relevant (jfr EU-domstolens dom i mål C-213/13 Impresa Pizzarotti, punkten 40).

Enligt kammarrättens mening ska övertryckstältet betraktas som ett byggnadsverk i LOU:s mening, oaktat att det inte är avsett för permanent bruk. Av central betydelse för frågan om avtalets giltighet är vidare om övertryckstältet ska uppföras enligt krav som ställts av kommunen. Det krävs därvid att kommunen har specificerat byggtreprenaden eller åtminstone

utövat ett bestämmande inflytande på dess projektering (jfr bl.a. EU-domstolens dom i mål C-451/08 Helmut Müller GmbH). Mot bakgrund av vad som anförts i målet bedömer kammarrätten att kommunen, åtminstone till viss del, varit delaktig i det aktuella projektet. Kammarrätten finner emellertid att vad Tikkanen åberopat inte gjort sannolikt att övertryckstältet ska uppföras enligt krav ställda av kommunen. Redan med anledning av detta kan konstateras att hyresavtalet inte utgör ett offentligt byggtreprenadkontrakt. Då avtal om hyra undantas från LOU har kommunen inte varit skyldig att tillämpa LOU på det aktuella avtalet. Överklagandena ska således bifallas och förvaltningsrättens dom ändras även i den delen den avser ogiltigförklaring av hyresavtalet. Vid denna utgång finns inte skäl att återförvisa målet på grund av att Arenabolaget inte beretts tillfälle att yttra sig i förvaltningsrätten.

---

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).



Kammarrättsrådet Bengt Green (ordförande), kammarrättsrådet Evalotta Grip och tf. kammarrättsassessorn Jenny Forslund (referent) har deltagit i avgörandet.

Föredragande: kammarrättsfiskalen Elin Tollin/



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I JÖNKÖPING**

Nickolina Hamrin Lönkvist

**DOM**  
2014-08-25  
Meddelad i  
Jönköping

Mål nr  
3188-14

### **SÖKANDE**

Hausvertrieb Tikkanen Oy, 1047440-2

Ombud: Stefan Alvé  
Sportlex Advokatbyrå AB  
Box 2035  
132 02 Saltsjö-Boo

### **MOTPART**

Borås Stad  
501 80 Borås

### **SAKEN**

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

---

## **FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten förordnar att Borås Stads hyresavtal med Borås Arena AB avseende hyra av fotbollshall och alla de andra avtal som har slutits med stöd av detta och/eller borgensförbindelsen inklusive Arenabolagets avtal med STX Sweden AB avseende leverans och installation av fotbollshallen ska upphöra att gälla.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut daterat den 1 juli 2014 upphör därmed att gälla.

## **BAKGRUND**

Hausvertrieb Tikkanen Oy (bolaget) har ansökt om överprövning av giltigheten av ett hyresavtal mellan Borås Arena AB och Borås Stad undertecknat den 3 respektive den 4 mars 2014. I ansökan, inkommen till förvaltningsrätten den 30 juni 2014, yrkade bolaget att hyresavtalet skulle ogiltig-

Dok.Id 139284

**Postadress**  
Box 2201  
550 02 Jönköping

**Besöksadress**  
Hamngatan 15

**Telefon**  
036-15 66 00

**E-post:**  
forvaltningsrattenijonkoping@dom.se  
www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

**Telefax**  
036-15 66 55

**Expeditionstid**  
måndag – fredag  
08:00-16:00

förklaras och att förvaltningsrätten omedelbart skulle besluta att hyresavtalet och alla andra avtal som slutits med stöd av avtalet och/eller en ingången borgensförbindelse, inklusive Arenabolagets avtal med STX Sweden AB avseende leverans och installation av fotbollshallen, inte skulle få fullgöras till dess något annat bestämts. Ett sådant beslut fattades av förvaltningsrätten den 1 juli 2014. Borås Stad inkom med yrkande om att det interimistiska beslutet skulle upphävas varvid förvaltningsrätten den 30 juli 2014 avslog yrkandet.

**YRKANDEN M.M.**

Bolaget yrkar att övertryckshallen på fastigheten Borås Lundby 1:1 i Borås kommun (fotbollshallen) ska upphandlas enligt bestämmelserna i LOU. Bolaget yrkar vidare att hyresavtalet mellan Borås Arena AB och Borås Stad avseende fotbollshallen ska ogiltigförklaras. Hyresavtalet är daterat den 4 mars 2014. Bolaget yrkar som en följd av detta även att Kommunens borgensförbindelser avseende fotbollshallen ska återkallas.

Borås Stad yrkar att samtliga yrkanden från bolaget ska avslås.

**VAD PARTERNA ANFÖR**

**Bolaget** anför bl.a. följande. Borås Arena AB ska arrendera mark av Borås Stad för att uppföra en fotbollshall. Byggprocessen för fotbollshallen beräknas uppgå till ca 12 miljoner kronor exklusive mervärdesskatt. Borås Stad har beslutat att gå i borgen upp till motsvarande belopp för lån som Borås Arena AB tar för att finansiera uppförandet av fotbollshallen. Borås Stad har full insyn i byggprocessen av fotbollshallen och hallens kvalitet och funktion ska uppfylla Borås Stads krav. Borås Arena AB får inte göra några investeringar eller ta ytterligare lån avseende fotbollshallen utan Borås Stads godkännande. Efter färdigställandet av fotbollshallen ska

Borås Arena AB hyra ut den till Borås Stad och hyresavtalet löper till 2054. Borås Stad har möjlighet att tidigast år 2018 köpa fotbollshallen av Borås Arena AB. Årshyran av fotbollshallen ska motsvara Borås Arena AB:s kapitalkostnad, arrendekostnad, försäkringskostnad samt andra liknande kostnader som Borås Arena AB har för fotbollshallen. Borås Stad ska också svara för och bekosta all drift och skötsel av fotbollshallen, inklusive allt yttre och inre underhåll av anläggningen. Borås Stad ska bekosta hela byggprocessen och den färdigställda fotbollshallen samt övriga tillkommande kostnader. Avtalsvillkoren samt Borås Stads övriga engagemang visar att fotbollshallen har planerats för och att den ska uppföras för Borås Stads räkning. Borås Arena AB har enligt uppgift efter samråd med Borås Stad ingått avtal med STX Sweden AB om totalentreprenad avseende leverans och installation av fotbollshallen. Borås Arena AB:s upphandling har således inte skett i enlighet med bestämmelserna i LOU.

Borås Stad är en upphandlande myndighet som är skyldig att tillämpa LOU vid köp av byggentreprenad. Från upphandlingsskyldigheten finns det ett undantag vid köp eller hyra av byggnader. Detta gäller dock endast redan färdigställda byggnader och inte byggnader som uppförs efter beställarens riktlinjer. I praxis har upphandlande myndigheter som har ingått avtal om hyra av en inte färdigställd byggnad bedömts vara en förtäckt byggnadsentreprenad. Hyresavtalet mellan Borås Stad och Borås Arena AB är ett förtäckt entreprenadkontrakt avseende en specialbyggnad som ska upphandlas enligt LOU. Borås Stads delaktighet i planering, projektering och betalning av fotbollshallen samt de krav och specifikationer som uppställts i hyresavtalet gör det dessutom tydligt att fotbollshallen ska uppföras för Borås Stads räkning. Borås Stad är en upphandlande myndighet och ska således följa bestämmelserna i LOU. En upphandlande myndighet kan inte genom olika arrangemang frånhända sig ansvaret för att upphandlingen genomförs enligt gällande regler. Hyresundantaget i 1 kap. 6 § LOU är inte tillämpligt eftersom fotbollshallen blir en om-/tillbyggnad av den konst-



gräsplan som Borås Stad hyr av Borås Arena AB och som ligger på Borås Stads mark men som tidigare har arrenderats ut till Borås Arena AB. Undantagsreglerna ska tillämpas restriktivt och den upphandlande myndigheten har bevisbördan för undantagets tillämplighet. Hyresundantaget ska vidare bedömas utifrån avtalets faktiska innehåll. Det är således avtalets utformning och syfte som får visa vad som är dess huvudsakliga innebörd. Undantaget avser hyra av befintliga byggnader. Fotbollshallen är en icke färdigställd specialbyggnad och kan därför inte bli föremål för undantaget i 1 kap. 6 § LOU. Enligt prop. 2006/07:128 omfattas inte byggentreprenadkontrakt av hyresundantaget. Det framgår också att med byggentreprenadkontrakt likställs en situation då en myndighet som avser att hyra lokaler uppdrar åt fastighetsägaren att låta utföra ombyggnaden efter myndighetens anvisningar och sedan hyra lokalerna.

En ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ska som huvudregel enligt 16 kap. 17 § LOU ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts. Hyresavtalet mellan Borås Stad och Borås Arena AB träffades den 4 mars 2014. Avtal om leverans och installation av fotbollshallen ingicks mellan Borås Arena AB och STX Sweden AB den 17 juni 2014. Bolagets ansökan om överprövning inkom den 30 juni 2014 och har således inkommit i rätt tid.

Bolaget anser att Borås Stad inte har upphandlat fotbollshallen enligt reglerna i LOU. Det har således skett en otillåten direktupphandling i strid med LOU. Avtalet har slutits utan en föregående annonsering i enlighet med LOU. En sådan brist medför att förvaltningsrätten enligt 16 kap. 13 § LOU ska besluta att avtalet är ogiltigt oavsett om bolaget har lidit skada eller inte. Skulle en upphandling enligt LOU ha gjorts hade Borås Stad i enlighet med 12 kap. 1 § LOU angett i annonsen eller i förfrågningsunderlaget vilken grund för tilldelning av kontraktet som skulle tillämpas. I den privata upphandlingen som Borås Arena AB har utfört har det inte

framgått om det var det anbud som var det ekonomiskt mest fördelaktiga eller det anbud som innehöll lägsta priset som skulle antas. Avtalet ska därför ogiltigförklaras.

**Borås Stad** anför bl.a. följande. Borås Stad hyr redan den befintliga anläggningen som ska kompletteras med det ifrågavarande trycktältet av Borås Arena AB. Kompletteringen av anläggningen är sådan som innefattas i det undantag som finns i 1 kap. 6 § LOU. Borås Stad är inte part i avtalet om köp av trycktält. Det finns således ingen grund för att häva avtalet mellan Borås Arena AB och STX Sweden AB. Borås Arena AB har ingen skyldighet att företa en upphandling men har ändå valt att genomföra en sådan.

Bolaget har begärt överprövning med anledning av att besked om att ett annat bolag, STX Sweden AB, har tilldelats ett kontrakt avseende leverans och montering av trycktält. Det har gått mer än 30 dagar sedan bolaget har erhållit meddelandet varför talan om ogiltigförklaring är preskriberad.

Borås Stad hyr sedan 2011 en anläggning av Borås Arena AB, innefattande uppvärmd konstgräsplan i fullstorlek för elvamannafotboll med enklare läktare. Det är denna anläggning som nu ska modifieras med ett trycktält som går att demontera under sommarhalvåret. Initiativet till modifieringen av anläggningen kommer från ägaren till bolaget, fotbollslaget IF Elfsborg, som i sin tur äger en egen inomhusanläggning för fotboll inom samma område, Sjuhäradshallen. Sjuhäradshallen överläts till kommunen och görs om till bl.a. träningshall för gymnastikföreningarna i kommunen. Eftersom Borås Stad redan hyrde den aktuella anläggningen omfattas den nu aktuella kompletteringen med trycktält en sådan åtgärd som kan göras med stöd av undantaget från upphandlingskraven i 1 kap. 6 § LOU. Borås Stad är en befintlig hyresgäst och kan inte vända sig till någon annan för att få sitt hyresobjekt förändrat. Borås Arena AB är ingen upphandlande myndighet

utan tillhör den kommersiella marknaden. Trots att det inte finns något krav enligt LOU har Borås Arena AB initierat en upphandling och inbjudan tillsändes bl.a. bolaget den 30 januari 2014. Bolaget lämnade anbud till Borås Arena AB utan angivande av att det skulle vara något felaktigt med upphandlingsförfarandet. Anbuderna från bolaget och övriga tre anbudsgivare utvärderades utifrån anbudsfrågan och det lägsta anbudet segrade. Den 21 maj 2014 sändes besked ut till de förlorande anbudsgivarna, bl.a. bolaget, att annan leverantör hade antagits. Eftersom inga andra invändningar kom från de övriga anbudsgivarna tecknades avtal med STX Sweden AB den 17 juni 2014. Först den 30 juni 2014 inkom bolaget med en begäran till förvaltningsrätten att hyresavtal den 3-4 mars 2014 med tillhörande avtal skulle ogiltigförklaras enligt 16 kap. 15 § LOU. Eftersom tilldelningsbeslut hade meddelats bolaget redan den 21 maj 2014 är talerätten preskriberad enligt 16 kap. 18 § LOU. Bolaget har till följd av Borås Stads förfarande inte lidit någon skada. Borås Arena AB har bjudit in de leverantörer de uppfattat som finns på marknaden att lämna anbud. Anbuds-förfarandet har varit öppet och transparent.

Det finns ett uttryckligt undantag från krav på upphandling vid förhyrning. Borås Stads förhyrning från Borås Arena AB är således inte i sig ifrågasatt. Det är endast uppförandet av det aktuella trycktältet på den redan förhyrda anläggningen som är föremål för överklagandet. Bolaget har i den delen inte angett annat än att LOU inte har följts och att detta i sig lett till skada för bolaget. På vilket sätt LOU inte har följts har inte angetts, inte heller på vilket sätt bolaget har lidit skada. Borås Stad anser inte att det finns någon grund för att häva vare sig hyresavtalet mellan Borås Stad och Borås Arena AB eller avtalet mellan Borås Arena AB och STX Sweden AB eller något tillhörande avtal. Det föreligger inget krav på kommunen att annonsera anskaffning av ett hyresavtal avseende en fastighet.

## SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

### Förvaltningsrättens bedömning

#### *Tidsfrist*

Vad gäller fristen för ansökan om överprövning anges i 16 kap. 17 § LOU följande. En ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ska, om inte annat följer av andra stycket, ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts.

Ansökan ska dock ha kommit in till förvaltningsrätten innan 30 dagar har gått från det att

1. Europeiska kommissionen har publicerat en annons enligt 7 kap. 3 § eller ett meddelande enligt 15 kap. 21 §, eller
2. den upphandlande myndigheten skriftligen har underrättat anbudssökandena och anbudsgivarna om att avtalet har slutits samt har lämnat en sammanfattning av sådana upplysningar som avses i 9 kap. 10 §.

I förevarande fall är första stycket tillämpligt. Borås stad har inte lämnat något sådant meddelande som avses i andra stycket punkten två i paragrafen. Bolagets ansökan om överprövning har därför inkommit i tid avseende samtliga aktuella avtal.

#### *Hyresundantaget*

Enligt 1 kap. 6 § 1 p LOU gäller lagen inte 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 den direktivbestämmelse som 1 kap. 6 § LOU bygger på (art 16 i direktivet 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfaranden vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster) framgår bl.a. följande. Särskilda undantag: Detta direktiv ska inte 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 2 kap. 3 § LOU anges följande. Med byggentreprenadkontrakt avses ett 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 ett byggnadsverk realiserar, 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. Vidare omfattas byggentreprenader av lagen 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 en 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 en entreprenad (prop. 2006/07:128 s. 298).

Hyra av ännu inte uppförd byggnad faller av det som anförts ovan utanför undantagets tillämpningsområde. Däremot omfattas avtal som innebär att

ett byggnadsverk realiseras, oavsett hur avtalet utformats, enligt krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten. Sådana avtal utgör byggtreprenader enligt 2 kap. 3 § LOU. Uppförande av byggnad efter beställarens riktlinjer omfattas i regel inte av undantagsbestämmelsen, särskilt inte om byggnaden är av speciell karaktär.

Förvaltningsrätten finner mot bakgrund av vad som har framkommit om avtalsförhållandenas faktiska innehåll att byggnaden är avsedd att uppföras enligt Borås Stads krav och specifikationer. Avtalen omfattas därför av definitionen byggtreprenad i LOU varför en upphandling enligt LOU skulle ha gjorts gällande uppförandet av idrottshallen. Borås Stad skulle vid en sådan upphandling ha varit avtalspart.

#### *Otillåten direktupphandling*

I 1 kap. 2 § andra stycket LOU anges bl.a. att 15 kap. LOU endast är tillämpligt i fråga om offentlig upphandling som avser kontrakt vars värde understiger de tröskelvärden som anges i lagen.

Av 15 kap. 3 § första stycket LOU framgår att en offentlig upphandling ska göras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande. I 15 kap. 3 § andra stycket LOU anges att direktupphandling får användas i tillämplig omfattning i de fall förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering som avses i 4 kap. 5-9 §§ är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl. Med direktupphandling avses enligt 2 kap. 23 § LOU en upphandling utan krav på anbud i viss form.

Av 15 kap. 4 § LOU följer att den upphandlande myndigheten vid tillämpning av ett förenklat förfarande eller ett urvalsförfarande måste iaktta en rad förfarandekrav avseende annonsering.

I 16 kap. 13 § LOU sägs att rätten ska beslut att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 15 kap. 4 §.

Med begreppet otillåten direktupphandling menas att en upphandling genomförs utan att den annonserats, trots att något undantag från annonsering inte finns i lagen. Ett exempel på otillåten direktupphandling är då ett felaktigt antagande görs om att undantag från LOU i sin helhet föreligger, exempelvis att det är fråga hyresavtal och att kriterierna för det är uppfyllda när så inte är fallet. I detta mål har ovan konstaterats att det inte föreligger något undantag varför Borås Stad genom sitt förfarande har genomfört en otillåten direktupphandling.

Förvaltningsrättens sammanfattande slutsats är att de i målet aktuella avtalen är sammanbundna och bildar en odelbar enhet. Kontraktets huvudsakliga föremål omfattas av definitionen för byggnadsentreprenad. Mot bakgrund bl.a. av att byggnadsentreprenaden ska utföras på mark som arrenderas ut av kommunen och med stöd av kommunal borgen får samtliga avtal hänföras till förvärv som Borås Stad är ansvarig för. Borås Stad är en upphandlande myndighet och är således skyldig att följa reglerna i LOU. Detta innebär att samtliga av de ingångna avtalen ska upphöra att gälla eftersom de inte har tillkommit i enlighet LOU. Mot bakgrund av det ovan anförda ska de ingångna avtalen förklaras ogiltiga.

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

Jan Källman



# SVERIGES DOMSTOLAR

Bilaga

## HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten*.

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av 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. 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 ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning 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 Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. **I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet.** Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

### Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen.
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 för detta.
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.