



KLAGANDE

Älvdalens kommun
Box 100
796 22 Älvdalen

MOTPARTER

1. [REDACTED]

2. [REDACTED]



ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Faluns dom den 14 september 2012
i mål nr 1730-12, se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Älvdalens kommun överklagar förvaltningsrättens dom och yrkar att denna ska upphävas. Till stöd för sin talan anför kommunen i huvudsak följande.

Kommunstyrelsen annonserade under hösten 2011 efter en arrendator för det av kommunen ägda skogsmuseet i Särna, Lomkällan. Annonseringen ägde rum via kommunens hemsida och i lokala annonsblad. Sex anbud inkom och efter utvärdering antogs anbudet från Särna OffRoad Center AB.

Skogsmuseets verksamhet är en viktig del av turistnäringen i Särna. Museet erbjuder, förutom utställningsverksamhet, även café- och lunchservering och lokaler för mindre sammankomster/konferenser. Ett hyreskontrakt för lokalen har träffats och i ett tilläggsavtal till detta har överenskommit att hyresgästen åtar sig att ha visning av skogsmuseet. Kommunen har här till träffat ett avtal om årligt driftbidrag på 300 000 kr till arrendatorn. Förutsättningen för att bidraget ska utgå är att arrendatorn driver museiverksamhet under sommarsäsongen (1 juni – 30 september).

Kommunens överenskommelse med arrendatorn om verksamheten, öppettider m.m. är inte så utförlig och detaljerad att den utgör grund för upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Arrendatorn äger rätt att bedriva egen verksamhet under sommarsäsongen och under övrig tid på året, förutsatt att denna verksamhet inte hindrar museiverksamheten. Den enda tjänst som arrendatorn utför åt kommunen avser öppethållande av museidelen och arrendatorn har härutöver frihet att bedriva egen verksamhet som inte ingår i avtalet med kommunen. Arrende- och hyresavtal faller inte inom ramen för LOU.

Alla intresserade har haft samma möjlighet att inkomma med ansökan och klagandena i målet har inte lidit skada eller riskerat att lida någon skada.

██████████ och ██████████ bestrider bifall till överklagandet och anför i huvudsak följande. Det förelåg bristande information om vilka övriga sökanden som var aktuella och kommunen informerades inte efter tilldelningsbeslutet om vilka planer som fanns för det vinnande företaget. Kommunen hänvisade till att det var företagshemligheter. Med hänsyn till att arrendatorn synes få förköpsrätt till köp av fastigheten bör upplåtelsen ha upphandlats i enlighet med LOU.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser och frågan i målet

Tillämpliga bestämmelser, aktuellt förarbetsuttalande och praxis redovisas i förvaltningsrättens dom.

Härutöver ska också följande bestämmelse beaktas. I 16 kap. 13 § andra stycket LOU föreskrivs att rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt bl.a. om det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 1, 3 eller 8 §§, ett interimistiskt beslut enligt 9 § eller tiodagarsfristen i 10 §, eller om avtalet har slutits före en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 9 kap. 9 § första stycket eller 15 kap. 19 §. För ogiltighet krävs dessutom att de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU har överträtts och att detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Av utredningen i målet framgår att kommunen den 3 april 2012 tecknade tre avtal med Särna OffRoad Center AB benämnda ”Hyreskontrakt för lokal”, ”Tilläggsavtal till hyresavtal Lomkällan” och ”Avtal om driftbidrag till museiverksamhet”. Frågan i målet är om kommunen varit skyldig att tillämpa LOU vid tilldelning av ifrågavarande kontrakt.

*Avtalens syfte och utformning och LOU:s undantag rörande
hyresrätt/arrenderätt*

Kammarrätten instämmer inledningsvis i förvaltningsrättens bedömning att avtalens syfte och utformning gör att de bör behandlas som en helhet och ska bedömas utifrån det sammantagna innehållet.

Nästa fråga att ta ställning till är om avtalen är att se som kontrakt avseende hyres- eller arrenderätt, vilka är undantagna från LOU, eller om de krav som kommunen ställt på museiverksamheten är så detaljerade och/eller ingripande att det på grund härav är mer naturligt att se avtalen som upphandling av tjänst för kommunens räkning.

Av avtalen framgår följande. Hyresgästen ska bedriva museiverksamhet vid Lomkällan med inriktning på framförallt skoglig historia. Hyresgästen anges också bedriva ett antal andra verksamheter såsom lunch- och kaffeservering, souvenirförsäljning, seminarieverksamhet, uthyrning av lokaler till externa arrangörer m.m. Kommunen lämnar enligt dokumentationen ett årligt driftbidrag om 300 000 kr för museiverksamheten under sommarsäsongen (1 juni – 30 september). Museiverksamheten uppges bestå av vård och utveckling av museets samlingar och öppethållande av museet med möjlighet till guidade turer. Det framförs att museet under sommarsäsongen ska vara öppet alla dagar i veckan och att hyresgästen har rätt att bedriva egna övriga verksamheter både under sommarsäsong och under övrig tid på året förutsatt att detta inte inskränker tillgängligheten till museiverksamheten. Kommunen ställer härutöver upp ett antal krav på hyresgästen för att det avtalade driftbidraget ska utgå. Hyresgästen uppmanas bl.a. att informera och inhämta godkännande av kommunen före större förändringar i museiverksamheten och i den övriga verksamheten. Hyresgästens affärsplan och bokslut för den avtalade verksamheten ska vidare delges kommunen och det anges att all information


vad gäller Lomkällan ska redovisas till näringslivskontoret/ kommun-
kansliet.


Kammarrätten anser vid en sammantagen bedömning med beaktande av
ovan anförda omständigheter, i likhet med förvaltningsrätten, att avtalen
snarare får anses utgöra anskaffning av tjänst än att vara renodlade kontrakt
om hyresrätt/arrenderätt. Vid denna bedömning har kammarrätten särskilt
beaktat museidriftens framträdande roll i de upprättade avtalen och den
styrning och kontroll av denna verksamhet som därvid avtalats. Undantaget
i 1 kap. 6 § LOU är därmed inte tillämpligt.


Fråga om avtalens giltighet

Kommunen har i målet inte gjort gällande eller visat att det heller på annan
grund föreligger undantag från skyldigheten att tillämpa upphandlings-
bestämmelserna. Kammarrätten instämmer därför i förvaltningsrättens
bedömning att kommunen genom att inte upphandla bedrivandet av
museiverksamheten enligt LOU har brutit mot bestämmelserna i denna lag
och att [REDACTED] och [REDACTED] har lidit skada eftersom de inte har getts
tillfälle att i konkurrens delta i upphandlingen. Förutsättningar för att
ogiltigförklara de tre avtal som träffats med Särna OffRoad Center AB den
3 april 2012 föreligger därmed med stöd av 16 kap. 13 § LOU. Överklag-
andet ska vid angivna förhållanden avslås.

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


Gunnar Pettersén
kammarrättsråd
ordförande


Charlotte Waas
kammarrättsråd


Charlotta Nyhlén
t.f. kammarrättsassessor
referent

Jeanette Sundqvist
föredragande



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
Enhet 2
S. Sundin

DOM
2012-09-14
Meddelad i
Falun

Mål nr
1730-12

SÖKANDE

1. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

2. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

MOTPART
Älvdalens kommun
Box 100
796 22 Älvdalen

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten ogiltigförklarar avtalen som benämnts ”avtal om driftbidrag till museiverksamhet”, ”hyreskontrakt för Lokal” och ”tilläggsavtal till hyresavtal Lomkällan” mellan Älvdalens kommun avseende Lomkällan, Särna skogsmuseum och Särna Offroad Center AB.

Dok.Id 63364

| Postadress | Besöksadress | Telefon | Telefax | Expeditionstid |
|----------------|--------------|--|---------------|----------------------------|
| Box 45 | Kullen 4 | 023-383 00 00 | 023-383 00 80 | måndag – fredag |
| S-791 21 Falun | | E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se | | 08:00-12:00 13:00-16:00 |

BAKGRUND

Älvdalens kommun (kommunen) har annonserat efter en ny entreprenör till Lomkällan, Särna skogsmuseum. Enligt kommunstyrelsens sammanträdesprotokoll beslutade kommunstyrelsen den 20 mars 2012 att anta anbud nr 1 som arrendator. Den 3 april 2012 undertecknades ”Hyreskontrakt för lokal” av företrädare för kommunen och för Särna Offroad Center AB. Samma dag undertecknade nämnda företrädare ett tilläggsavtal till hyreskontraktet och avtal om driftbidrag till museiverksamhet med samma leverantör.

YRKANDEN M.M.

██████████ och ██████████ yrkar att det avtal som tecknats med den vinnande leverantören ska förklaras ogiltigt och att upphandlingen ska göras om i enlighet med lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Till stöd för sin ansökan uppger ██████████ och ██████████ bl.a. följande. Då den aktuella upphandlingen avser drift av museiverksamhet med tydliga riktlinjer från kommunen kring t.ex. öppettider och verksamhetens inriktning är undantaget från LOU vid hyra och arrende inte tillämpligt. De har lidit skada genom att kontraktet tilldelats annan leverantör.

Kommunen yrkar att förvaltningsrätten avvisar ansökan om överprövning och anför att arrende- och hyresavtal inte faller inom ramen för LOU. Överenskommelsen med arrendatorn om verksamhet, öppettider etc. är inte så utförlig och detaljerad att den utgör grund för en upphandling enligt LOU.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Frågan i målet är om kommunen varit skyldig att tillämpa LOU vid tilldelning av i frågavarande kontrakt.

Enligt 1 kap 2 § LOU gäller lagen för offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster samt av byggkoncessioner. Kontrakt som avser förvärv av fastighet, arrenderätt, hyresrätt, bostadsrätt, tomträtt, servituts-

rätt eller någon annan rättighet till fastighet är däremot undantagna från lagens tillämpningsområde (1 kap. 6 § första stycket 1 LOU).

Bestämmelserna om undantag ska tolkas restriktivt och det är den som åberopar undantaget som ska visa omständigheter som gör undantaget tillämpligt (prop. 2006/07:128 s. 291 samt C-20/01 och C-28/01 Europeiska kommissionen mot Förbundsrepubliken Tyskland, REG 2003, s. I-3609).

Kommunen har bl.a. uppgett följande. Kommunen äger skogsmuseet i Särna. Tidigare sköttes museidriften av en förening, Lomkällan, som sade upp avtalet 2010. Skogsmuseet erbjuder, förutom utställningsverksamhet, café- och lunchservering och lokaler för mindre sammankomster/ konferenser. För att kunna driva museiverksamheten vidare annonserade kommunen i december 2011 efter ny arrendator. Anbuderna utvärderades och i mars 2012 beslutade kommunstyrelsen att anta anbud nr 1. Ett vanligt hyreskontrakt upprättades för lokalen. I tillägg till hyreskontraktet avtalades dessutom att hyresgästen åtar sig att ha visning av skogsmuseet. Det är de riktlinjer som kommunen avtalat med arrendatorn. Därutöver finns ett avtal om driftbidrag till museiverksamheten. Ändamålet med bidraget är att säkerställa museiverksamheten vid Lomkällan. Kommunen betalar ett driftbidrag om 300 000 kr per år för drift av museiverksamheten under sommarsäsongen (1 juni - 30 september). Företaget/arrendatorn har rätt att bedriva egen verksamhet såväl under sommarsäsongen som övrig tid på året under förutsättning att övrig verksamhet inte hindrar museiverksamheten. Arrende- och hyresavtal faller inte inom ramen för LOU. Överenskommelsen med arrendatorn om verksamhet, öppettider etc. är inte så utförlig och detaljerad att den utgör grund för upphandling enligt LOU. Den enda tjänst som arrendatorn utför åt kommunen avser just öppethållande av museide-len. Därutöver har arrendatorn frihet att bedriva egen verksamhet som inte ingår i avtalet med kommunen.

Kommunen har gett in "Hyreskontrakt för lokal" daterat den 3 april 2012 där Kommunen står som hyresvärd och Särna Offroad Center AB som hyresgäst. Vidare har kommunen gett in "Tilläggsavtal till hyresavtal Lomkällan". Kommunen hänvisar också till "Avtal om driftbidrag till museiverksamhet" daterat den 3 april 2012 där kommunen och Särna Offroad Center AB anges som parter. Av avtalet om driftbidrag till museiverksamhet framgår att ändamålet med avtalet är att säkerställa museiverksamhet vid Lomkällan genom att kommunen lämnar ett årligt verksamhetsbidrag.

Ovan nämnda avtals syfte och utformning, gör enligt förvaltningsrätten, att de bör behandlas som en helhet och bedömas utifrån det sammantagna innehållet. Förvaltningsrätten anser att kommunen inte har visat omständigheter som gör att undantaget för hyres- eller arrendeavtal är tillämpligt. Kontraktet löper på två år med möjlighet till förlängning. Det årliga driftbidraget för museiverksamheten uppgår till 300 000 kr. Enligt förvaltningsrätten är det snarast fråga om ett tjänstekontrakt. Den omständigheten att avtalet inte är detaljerat föranleder inte förvaltningsrätten till annan bedömning. Att en beställare utformar ett avtal i funktionella termer är sålunda inte något hinder för att LOU ska tillämpas på upphandlingsförfarandet.

Förvaltningsrätten har kommit till slutsatsen att undantag från skyldigheten att tillämpa upphandlingsbestämmelserna inte föreligger. Genom att inte upphandla bedrivandet av museiverksamheten enligt LOU har kommunen, enligt förvaltningsrättens mening, brutit mot bestämmelserna i LOU. [REDACTED] och [REDACTED] har inte getts tillfälle att i konkurrens delta i upphandlingen och har därmed lidit skada. Förvaltningsrätten anser därför att upphandlingen ska göras om (jfr 16 kap. 6 § LOU och RÅ 2005 ref. 47).

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1C LOU).


Karin Forslund Johansson

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. 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 fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen 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 Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster 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 upphandlingen inte får avslutas, 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 undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå 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 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 härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.