

Gäller LOU vid hyra av lokal?

TIPS OCH RÅD



Sveriges
Kommuner
och Landsting

Förord

Kommuner och regioner har löpande behov av att hyra in verksamhetslokaler för att bl.a. möta förändrade demografiska behov. Upphandlande myndigheter som ska hyra lokaler behöver beakta lagen om offentlig upphandling (2016:1145) (LOU). Sveriges Kommuner och Landsting (SKL) har utarbetat en vägledning som syftar till att fungera som ett stöd inför och under en lokalanskaffning samt som ett diskussionsunderlag och argumentationsstöd.

Projektet har finansierats av Sveriges Kommuner och Landstings FoU-fond för kommunernas fastighetsfrågor. Skriften är författad av Mårten Nyström Holm och Hannes Härfast, upphandlingsjurister på AffärsConcept. Daniel Ekwall och Olof Moberg inom SKL:s avdelning för juridik har varit medförfattare. Robert Heed och Hans Stark inom SKL:s avdelning för ekonomi och styrning har skrivit kapitel 9 *Investering i annans lokal/fastighet*.

Styrgruppen för projektet har bistått med kvalitativ vägledning och kunskapsunderlag till skribenternas arbete. Styrgruppen har bestått av Christine Andersson (Malmö stad), Fredrik Johansson (Region Uppsala), Magnus Colling (Skolfastigheter i Stockholm AB), Kari Sternebratt (Västra Götalandsregionen), Olle Sundh (Lunds kommun) och Soheil Farhoudi (Nacka kommun).

Fastighetsägarna, Hemsö, Kungsbacka kommun, Locum inom Region Stockholm, NCC, Region Dalarna, Region Skåne, Region Värmland, Region Örebro, Skanska, Stockholms stad, Sveriges Allmännyttan (tidigare SABO), Vacse och Östersunds kommun har bidragit med värdefull återkoppling på utsänt arbetsmaterial inför publiceringen av vägledningen.

Helén Örtegren i SKL:s fastighetsgrupp har varit projektledare och redaktör.

Tack till alla som har varit involverade i arbetet med vägledningen!

Stockholm i juni 2019

Gunilla Glasare
Avdelningschef

Peter Haglund
Sektionschef

Germund Persson
Avdelningschef

Avdelningen för tillväxt och samhällsbyggnad
Sveriges Kommuner och Landsting

Avdelningen för juridik

Innehåll

Definitioner	9
1. LOU vid lokalanskaffning	11
1.1 Inledning	11
2. En upphandlande myndighet vill hyra en lokal - Gäller LOU?	12
2.1 Har kontraktet inslag av byggentreprenad?	14
2.2 Utövar UM ett avgörande inflytande över typen av byggnadsverk eller över projekteringen?.....	16
2.3 Har kontraktet inslag av tjänster?.....	17
2.4 Om kontraktet innehåller byggentreprenader eller tjänster - vilket är kontraktets huvudföremål?	17
2.4.1 Hyresgästpassningar.....	20
2.4.2 Icke-befintliga byggnader	21
2.4.3 Inhyrning från en annan upphandlande myndighet.....	23
2.4.4 Situationer där hyresundantaget är tillämpligt.....	24
2.4.5 Situationer där hyresundantaget sannolikt inte är tillämpligt.....	24
3. Hur ska upphandlingsskyldigheten utföras i praktiken?	25
3.1 Hyresvärdsupphandling (paketerad upphandling)	25
3.1.1 Hyresvärdsupphandling på annans mark.....	25
3.1.2 Hyresvärdsupphandling innefattande åtagande om köp av fastighet	30
3.2 Hyreskontrakt följt av separat upphandling	33
3.2.1 Upphandling av byggentreprenadarbeten på annans fastighet	33
3.2.2 Hyresvärden upphandlar byggentreprenadarbeten enligt LOU	37
4. Handlingsalternativ utan annonserad upphandling	42
4.1 Tillämpning av hyresundantaget när upphandlingspliktiga byggentreprenader och närliggande tjänster saknas	42
4.2 Hyreskontrakt med helägt bolag enligt det s.k. Teckal-undantaget	43
4.3 Exploaterings- och marköverlåtelseavtal	45
4.3.1 Exploateringsavtal	46
4.3.2 Marköverlåtelseavtal	47
4.4 Inlåsningsituationer – tekniska skäl och skydd av ensamrätt?	48
4.4.1 Hyresvärden tillåter endast byggentreprenadarbeten av egen utpekad leverantör	49
4.4.2 Monopolsituation - en fastighetsägare äger all mark	49
4.4.3 Tekniska skäl.....	50
4.4.4 Ensamrätt	50
4.4.5 Rimlighetsargument vid tekniska skäl och ensamrätt	51

4.4.6	Förhandsinsyn	52
5.	Tips vid hyresvärdsupphandling	54
5.1.1	Request for Information (RFI)	54
5.1.2	Förhandlat förfarande med föregående annonsering	54
5.1.3	Förhandlat förfarande utan föregående annonsering	56
6.	Rättsmedel	57
6.1	Rättsliga konsekvenser av otillåten direktupphandling	57
6.2	Upphandlingsskadeavgift	57
6.3	Överprövning av ett avtals giltighet	58
6.4	Skadestånd	58
6.5	Överprövning under pågående upphandling	59
6.6	Övriga konsekvenser	59
7.	Rättsfallssammanfattningar (svensk rättspraxis)	60
	Kammarrätten i Göteborg, mål nr 7477-08 (Region Skåne)	60
	Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 395-10 (Bostadsmodulerna)	60
	Förvaltningsrätten i Växjö, mål nr 3697-16 (Materialdepån)	60
	Blekinge tingsrätt, mål nr T 803-18 (Materialdepån, skadestånd)	61
	Kammarrätten i Göteborg 4397-18 (Limhamnsålet)	61
	Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2844-14 (Övertryckstältet)	62
	Konkurrensverkets beslut DNR 584/2010 (Förvarsenheten i Åstorp)	62
	Förvaltningsrätten i Linköping, mål nr 7960-15 (Botrygg)	63
	Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2972-11	64
	Kammarrätten i Stockholm 2737-14 (Haninge Bostäder)	64
8.	Exempel på hyresvärdsupphandlingar (paketerad upphandling)	66
9.	Investering i annans lokal/fastighet	67
9.1	Inledning	67
9.2	Överenskommelse med fastighetsägaren att genomföra ombyggnationerna	68
9.3	Genomföra investeringar i egen regi	68
9.4	Reparationer och underhåll	68
9.5	Tillkommande utgifter	69
9.6	Avskrivning	69
9.7	Utrangering	69
9.8	Kontoplan	69
9.9	Upplysningar i årsredovisning	70
	Inventarier	70

Källförteckning	71
Litteratur	71
Offentligt tryck	71
EU	71
Sverige	72
Domstolar	72
EU	72
Sverige	73
Myndigheter.....	73

Definitioner

Byggentreprenad: Utförande eller både projektering och utförande av arbete som är hänförligt till en verksamhet som anges i bilaga 1¹, utförande eller både projektering och utförande av ett byggnadsverk, eller arbeten som innebär att ett byggnadsverk realiserar, enligt krav som ställs upp av en upphandlande myndighet som utövar ett avgörande inflytande över typen av byggnadsverk eller över projekteringen. Se 1 kap. 9 § LOU.

Byggnadsverk: Med byggnadsverk avses det samlade resultatet av bygg- och anläggningsarbeten, om resultatet självständigt fyller en teknisk eller ekonomisk funktion. Se 1 kap. 10 § LOU.

Direktiv 2004/18: Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster.

Direktiv 2014/24 (LOU-direktivet): Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

Direktupphandling: En upphandling utan krav på anbud i viss form. Se 19 kap. 4 § LOU.

Förtäckt byggentreprenadkontrakt: Med förtäckt byggentreprenadkontrakt avses i den här skriften ett avtal som benämns som hyreskontrakt men som i själva verket innebär en anskaffning av en byggentreprenad. Ett exempel kan vara att en hyresvärd utför en byggentreprenad och får ersättning för denna genom hyran. I den situationen finns en risk att en domstol skulle klassificera hyreskontraktet mellan den upphandlande myndigheten och hyresvärden som ett upphandlingspliktigt byggentreprenadkontrakt.

Kontrakt: Ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer samt som avser leverans av varor, tillhandahållande av tjänster eller utförande av byggentreprenad. Se 1 kap. 15 § LOU.

LOU: Lag (2016:1145) om offentlig upphandling.

LUF: Lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna.

LUFS: Lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

LUK: Lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner.

OSL: Offentlighets- och sekretesslagen (2009:400).

Upphandlande myndighet (UM): Statlig, regional eller kommunal myndighet. Omfattar även offentligt ägda/kontrollerade bolag. Se 1 kap. 18 och 22 §§ LOU.

¹ Med bilaga 1 avses bilaga 1 till LOU.

Upphandling: Åtgärd som vidtas i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader genom tilldelning av kontrakt. Se 1 kap. 2 § LOU.

1. LOU vid lokalanskaffning

1.1 Inledning

Lokalanskaffningsprocessen är viktig för många olika typer av offentligt drivna verksamheter. Utgångspunkten när en myndighet köper eller hyr något är att LOU blir tillämplig, men lagen innehåller ett undantag för kontrakt som avser förvärv av hyresrätt eller annan rätt till fastighet, se 3 kap. 19 § LOU. Om detta undantag är tillämpligt föreligger ingen skyldighet att följa LOU:s förfaranderegler. I många situationer är det inte lätt att avgöra när undantaget är tillämpligt eller om anskaffningen är en upphandlingspliktig byggentreprenad eller tjänst. Så är särskilt fallet när hyresvärden inför inflyttning förutsätts bygga om lokalerna som myndigheten ska hyra.

Den här texten syftar till att belysa omfattningen av hyresundantaget, när det går att tillämpa samt ge exempel på hur anskaffningar av hyreskontrakt kan genomföras inom ramen för olika handlingsalternativ. Vägledningen kan användas som ett stöd inför och under en lokalanskaffning och som diskussionsunderlag och argumentationsstöd vid beslut.

En upphandlande myndighet (härefter förkortat "UM") behöver i varje lokalanskaffningsprocess beakta verksamhetsnytta och affärsmässiga aspekter. LOU kan för en offentlig hyresgäst medföra ytterligare steg i en lokalanskaffningsprocess som en privat hyresgäst inte behöver beakta. LOU kan vara tidskrävande och kostnadsdrivande samt i vissa situationer innebära en konkurrensnackdel på en hyresmarknad med låg vakansgrad, dvs. få tillgängliga potentiella verksamhetslokaler att hyra. Detta kan i vissa situationer innebära att det blir svårare för det offentliga att anskaffa lokaler. Vissa tillvägagångssätt kan vara olämpliga ur ett LOU-perspektiv men lämpliga av andra skäl. I vissa situationer kan det vara ekonomiskt mest fördelaktigt att äga sina lokaler framför att hyra. Detta är aspekter som varje UM behöver analysera inför en lokalanskaffning innan ett beslut tas om att gå vidare med en lösning.

Texten riktar sig till chefer, strateger och handläggare som behöver handledning i lokalanskaffningsfrågor men kan förhoppningsvis vara av intresse för många fler. Hänvisningar sker löpande till lagtext och domstolspraxis.

Vägledningen omfattar endast LOU. De problem- och frågeställningar som redogörs för är däremot desamma i LUF, LUK och LUFSS med skillnad avseende t.ex. tillämpliga tröskelvärden och direktupphandlingsgränser.

2. En upphandlande myndighet vill hyra en lokal - Gäller LOU?

LOU gäller för de åtgärder som vidtas i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader genom tilldelning av kontrakt, 1 kap. 2 § LOU. Huvudregeln är att allt en UM anskaffar ska upphandlas. I 3 kap. LOU regleras undantagen från LOU.

Hyresundantaget regleras i 3 kap. 19 § LOU:²

Denna lag gäller inte för kontrakt som avser förvärv av fastighet, arrenderätt, hyresrätt, bostadsrätt, tomträtt, servitutsrätt eller någon annan rätt till fastighet.

Med fastighet avses här det som enligt jordabalken utgör eller tillhör en fastighet. Det som gäller för fastighet gäller också för befintlig byggnad som tillhör någon annan än ägaren till jorden liksom sådana tillbehör till byggnaden som avses i 2 kap. 2 och 3 §§ jordabalken, om de tillhör byggnadens ägare.

Faktaruta 1: Hyresundantaget regleras i 3 kap. 19 § LOU

Hyresundantaget innebär att kontrakt som avser hyra eller andra typer av rättigheter till fastigheter inte omfattas av LOU. Hyreskontrakt behöver således inte upphandlas. Skälet till detta är enligt 2004 års upphandlingsdirektiv att hyresförhållanden är av sådan särart att de inte lämpar sig för offentlig upphandling.³ Vad som avses med ”särdrag” utvecklas inte närmare i direktiven eller de svenska förarbetena. Särdraget kan tänkas vara att en lokal står där den står, varför det inte är möjligt eller önskvärt att konkurrensutsätta inhyrning i den lokalen. Om en UM vill hyra en fastighet i centrala Stockholm kan inte behovet tillgodoses med hjälp av fastigheter i Uppsala eller Göteborg. Vidare kan inte en kommunal skola eller ett sjukhus ligga i en annan EU-medlemsstat. Möjligheterna att konkurrensutsätta byggnadens placering är från början kringskuren och saknar ett gränsöverskridande intresse.

Ibland kan gränsdragningsproblem uppstå vid tillämpning av hyresundantaget. Det kan vara så att kontraktet som ska ingås innehåller inslag av byggtreprenad; fastighetsägaren kanske behöver bygga om lokalen för att anpassa den för UM:s behov. Det kan också vara så att andra tjänster än hyra ingår i kontraktet. Ett exempel på en sådan tjänst är projektering vid ny- och ombyggnation. En UM som avser att ingå ett hyreskontrakt utan att annonsera detta

² Motsvarande bestämmelse finns i 3 kap. 25 § LUF, 3 kap. 27 § LUK och 1 kap. 10 § 5 p LUF. Av praktiska skäl berörs inte LUF, LUK och LUF särskilt i vägledningen. De problem- och frågeställningar som redogörs för är däremot desamma i LUF, LUK och LUF med skillnad avseende t.ex. tillämpliga tröskelvärden och direktupphandlingsgränser.

³ Se skäl 24 i det numera upphävda direktivet 2004/18.

enligt LOU bör säkerställa att hyresundantaget är tillämpligt. Vid den bedömningen anser författarna till denna rapport att frågorna i de följande avsnitten 2.1 - 2.4 bör ställas.

Flödesschemat nedan visualiserar schematiskt hur gränsdragningsbedömningen mellan hyra och byggtrepenad görs.

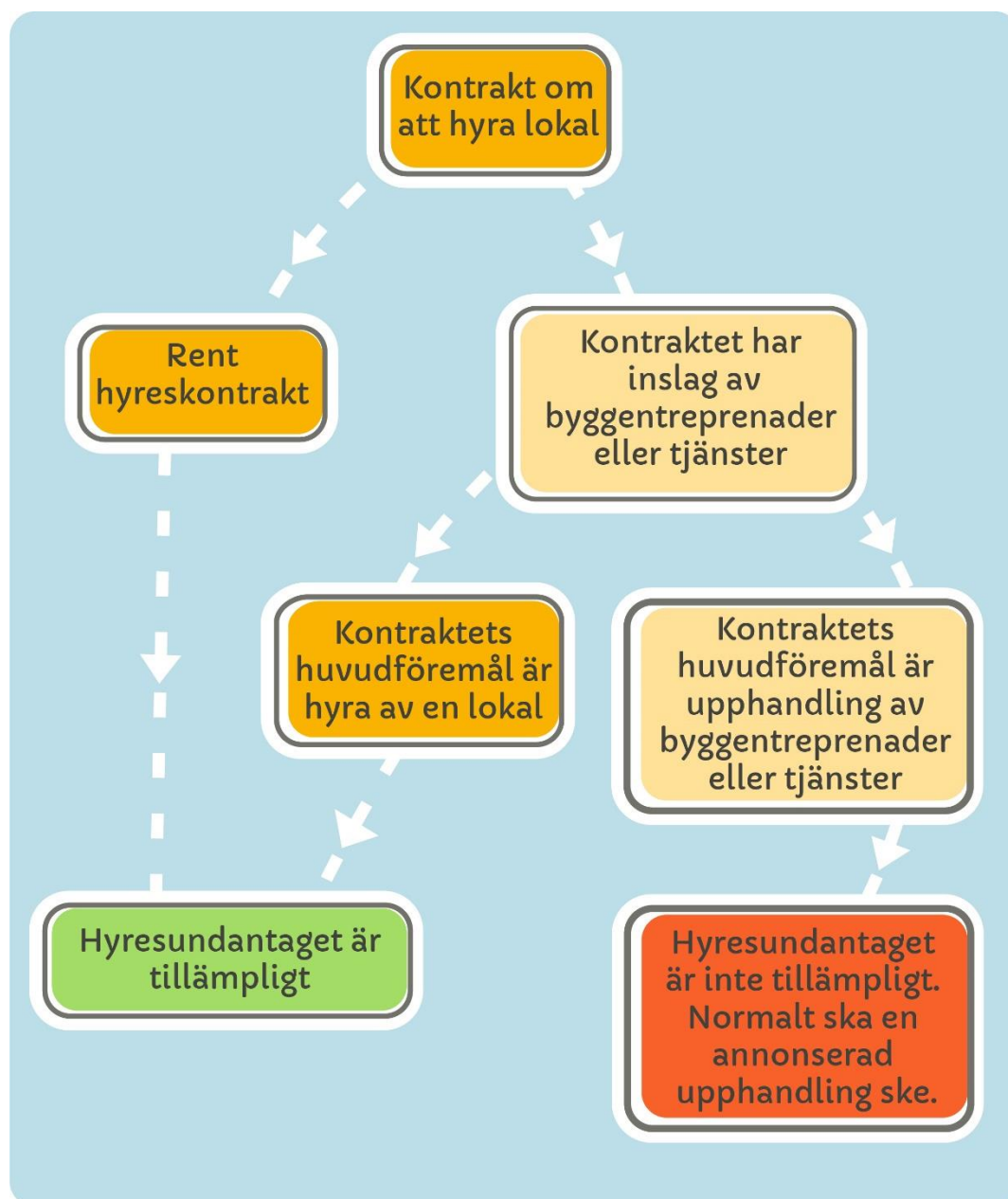


Illustration 1: Gäller hyresundantaget vid inhyrning av en lokal?

2.1 Har kontraktet inslag av byggenreparad?

Med stöd av hyresundantaget undantas hyreskontrakt och andra typer av rättigheter till fastigheter från LOU. Däremot undantas inte andra åtaganden som görs i samband med hyreskontraktet, som exempelvis projekteringstjänster eller byggenreparadarbeten för att renovera eller uppföra en fastighet. Lagstiftaren anser att sådana arbeten och tjänster som huvudregel ska upphandlas i enlighet med LOU.

LOU:s definitioner

Vad utgör ett byggenreparadkontrakt (BEK)?

1 kap. 9 § LOU:

Med byggenreparadkontrakt 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,
2. avser utförande eller både projektering och utförande av ett byggnadsverk, eller
3. innebär att ett byggnadsverk realiserar, enligt krav som ställs upp av en upphandlande myndighet som utövar ett avgörande inflytande över typen av byggnadsverk eller över projekteringen.

Vad utgör ett byggnadsverk?

1 kap. 10 § LOU:

Med byggnadsverk avses det samlade resultatet av bygg- och anläggningsarbeten, om resultatet självständigt fyller en teknisk eller ekonomisk funktion.

Faktaruta 2: LOU:s definitioner

Ett byggnadsverk är, enligt 1 kap. 10 § LOU, det samlade resultatet av bygg- och anläggningsarbeten, om resultatet självständigt fyller en teknisk eller ekonomisk funktion. EU-domstolen har uttalat att begreppet byggenreparadarbeten ska tolkas vidsträckt och på ett sådant sätt att upphandlingsdirektivets ändamålsenliga verkan säkerställs.⁴ Att byggenreparadarbeten ska tolkas vidsträckt innebär att en domstol i sin bedömning av ett kontrakts klassificering inte ska ta hänsyn till vad parterna valt att kalla avtalet. Även om ett kontrakt benämns som hyreskontrakt kan alltså en domstol komma att betrakta det som ett byggenreparadkontrakt – om rekvisiten, dvs. villkoren, i 1 kap. 9 § är uppfyllda.

⁴ Se dom Kommissionen mot Tyskland, C-536/07, ECLI:EU:C:2009:664, punkt 54 och dom La Scala, C-399/98, ECLI:EU:C:2001:401, punkterna 63-75.

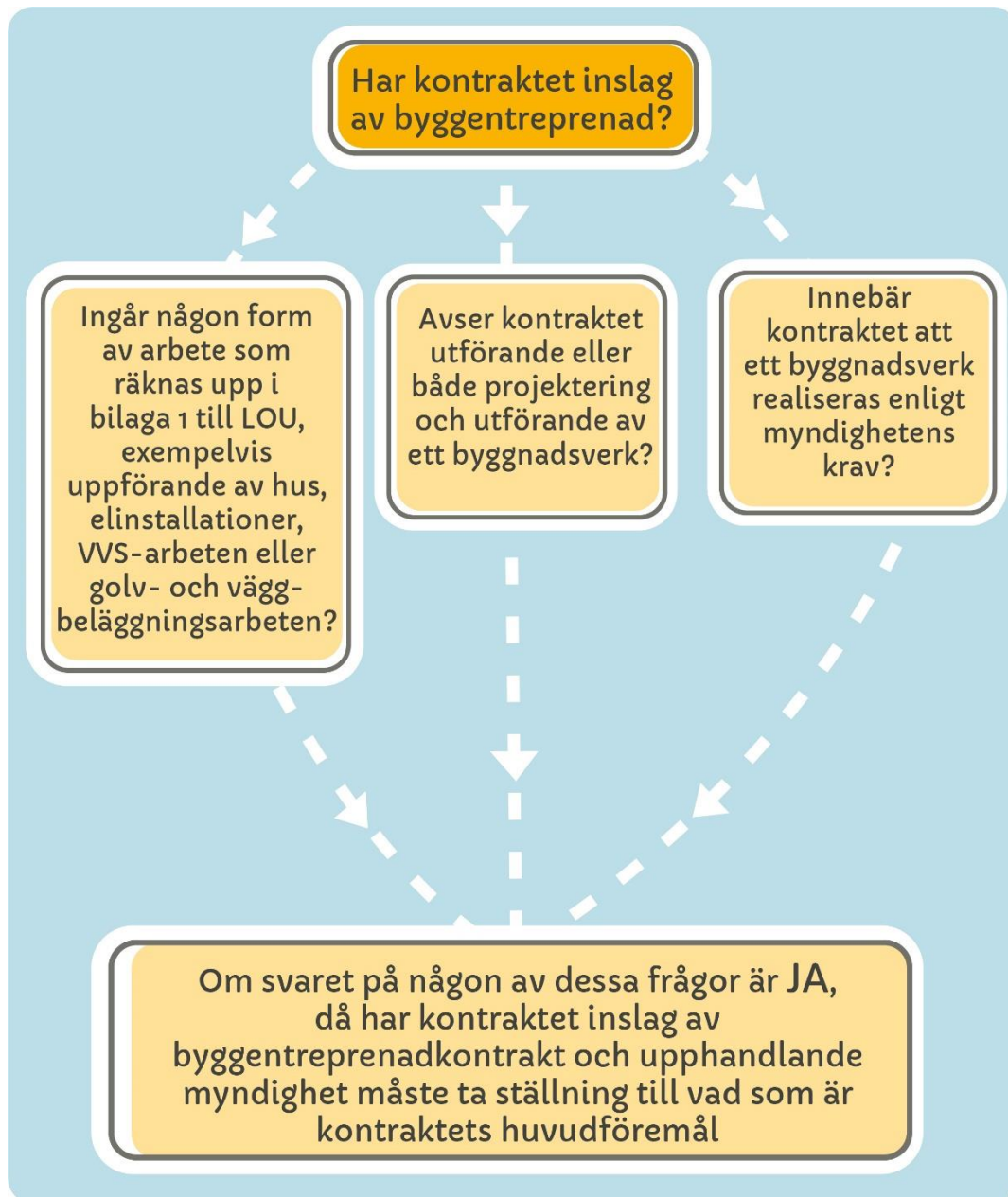


Illustration 2: Har kontraktet inslag av byggtreprenad?

2.2 Utövar UM ett avgörande inflytande över typen av byggnadsverk eller över projekteringen?

Om UM hyr en lokal från en hyresvärd som också ska uppföra byggnaden från grunden eller bygga om byggnaden, uppstår frågan om UM utövar ett avgörande inflytande över typen av byggnadsverk eller över projekteringen enligt 1 kap. 9 § LOU tredje punkten.

Om UM har tagit initiativet till, styrt eller varit delaktig i utformningen av byggentreprenaden eller den föregående projekteringen tyder det på att UM har utövat ett avgörande inflytande över byggentreprenaden.

Uttrycket ”avgörande inflytande” har varit föremål för prövning i ett flertal olika domstolsavgöranden. EU-domstolen ansåg i målet *Impresa Pizzarotti*, som avsåg uppförande av en domstolsbyggnad, att ett byggentreprenadkontrakt förelåg och inte ett hyreskontrakt.⁵ Avtalet som var föremål för prövning i målet kallades ”utfästelse om hyra” och definierades av parterna som ett hyreskontrakt. Till hyreskontraktet var bifogat en handling som kallades ”ramkrav”. I ramkraven fanns uppgifter från UM om bl.a. antal anställda i den administrativa personalen, antal kontor, mötesrum, förvaringsrum, rummens storlek och antal parkeringsplatser.⁶ EU-domstolen ansåg att ramkraven var preciseringar av en byggentreprenad som fastställdes av den upphandlande myndigheten.⁷ Detta trots att det i målet stod byggentreprenören relativt fritt att lämna förslag på hur ramkraven skulle utföras i praktiken. UM hade i kontraktshandlingarna vidare förbehållit sig rätten att kontrollera om byggnadsverket motsvarade samtliga ställda ramkrav innan den godkände byggnadsverket.⁸

Utifrån EU-domstolens avgöranden går det att dra slutsatsen att UM inte behöver ha något särskilt långtgående inflytande över byggnationen för att avtalet ska klassas som ett byggentreprenadkontrakt enligt LOU. Att UM ställer upp vissa grundläggande förutsättningar för entreprenaden i en funktionsbeskrivning eller via mejlkorrespondens riskerar att ses som villkor som fastställts av den upphandlande myndigheten.⁹

Frågan om UM haft ett avgörande inflytande över en byggentreprenad har även prövats i svensk domstol.¹⁰ I ett avgörande från Kammarrätten i Göteborg hade UM ingått ramavtal och hyreskontrakt avseende uppförande av ett nytt regionhus. Avtalskonstruktionen innebar att en leverantör skulle uppföra byggnadsverket på en fastighet som UM ansåg lämplig. UM förband sig att hyra byggnaden och leverantören att hyra ut den. Projekteringen skulle utföras i samråd parterna emellan och samrådsmöten skulle ske med två veckors intervall. Vidare skulle regionens önskemål tillgodoses i största möjliga utsträckning. Slutligen ankom det på leverantören att tillse att byggnaden

⁵ Se dom *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, ECLI:EU:C:2014:2067.

⁶ Se dom *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, ECLI:EU:C:2014:2067, punkterna 9 och 46.

⁷ Se dom *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, ECLI:EU:C:2014:2067, punkt 52.

⁸ Se dom *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, ECLI:EU:C:2014:2067, punkt 45.

⁹ Se t.ex. Kammarrätten i Göteborgs dom av den 25 mars 2019 (mål nr 4397-18).

¹⁰ Se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 27 februari 2009 (mål nr 7477-08).

uppfördes i enlighet med vad som överenskommits mellan parterna. Kammarrätten ansåg att byggnaden var avsedd att uppföras enligt UM:s krav och specifikationer, varför avtalet var att anse som ett upphandlingspliktigt byggentreprenadkontrakt.

Kammarrätten i Göteborg har också i ett senare avgörande, ”Limhamnsålet”, behandlat frågan om vad som utgör ”avgörande inflytande”.¹¹ En av frågorna kammarrätten hade att ta ställning till var om ett avtal utgjorde ett hyreskontrakt eller ett byggentreprenadkontrakt. Domstolen ansåg att UM hade utövat ett avgörande inflytande över byggentreprenaden. De ritningar leverantören tagit fram skulle ändras efter UM:s önskemål och även godkännas av UM. Vidare ville UM göra ett avsteg från den gällande parkeringsnormen, något som skulle ha resulterat i färre parkeringsplatser per boende än normalt. Det fanns en omfattande mejlkorrespondens mellan UM och leverantören. Av korrespondensen framgick att kommunen via e-post initierat förhandlingar med hyresvärden om att inrymma ett LSS-boende, dvs. ett särskilt boende enligt lagen om stöd och service till vissa funktionshindrade, i fastigheten vilket lett till att hyresvärden behövt ändra i planritningar.

Det blir således viktigt att UM inför ingåendet av ett hyreskontrakt och under hyresförhållandet noggrant kontrollerar om UM utövar ett avgörande inflytande över en byggentreprenad genom att uppställa krav på byggnadsverket.

2.3 Har kontraktet inslag av tjänster?

Om kontraktet innehåller inslag av köp av tjänster, exempelvis om det ingår i kontraktet att hyresvärden ska utföra projekteringstjänster, så är utgångspunkten att tjänsterna ska upphandlas, 1 kap. 2 § LOU.¹² Se dock nedan avsnitt 2.4 angående fastställande av kontraktets huvudföremål.

2.4 Om kontraktet innehåller byggentreprenader eller tjänster - vilket är kontraktets huvudföremål?

Om UM kommer fram till att ett kontrakt innehåller både en hyresdel och en del som avser byggentreprenadarbeten eller tjänster så är kontraktet ett blandat kontrakt enligt 2 kap. 1 § LOU. Om ett blandat kontrakt innehåller inslag av dels hyresavtal och dels avtal om köp av byggentreprenader eller tjänster, uppstår frågan om vilken del av det blandade kontraktet som ska styra. Ska kontraktet undantas från upphandlingsplikten eller ska det upphandlas som ett byggentreprenad- eller tjänstekontrakt?

Det är avtalets huvudföremål som avgör om det ska klassificeras som ett hyreskontrakt eller ett byggentreprenad- alternativt tjänstekontrakt i enlighet

¹¹ Se Kammarrätten i Göteborgs dom den 25 mars 2019 (mål nr 4397-18).

¹² Jfr dock Förvaltningsrätten i Linköpings dom den 17 februari 2016 (mål nr 7960-15), där ett hyreskontrakt som innehöll byggherretjänster bestående av bl.a. pantbrev, konsulttjänster, projektledning och administration inte ansågs upphandlingspliktigt. Se rättsfallssammanfattning under avsnitt 7.

med 2 kap. 2 § LOU. Hur parterna valt att klassificera kontraktet saknar betydelse för bedömningen. Hur stor ersättning leverantören får och hur betalning sker är inte avgörande när det gäller frågan om huvudföremålet är hyreskontrakt eller byggtreprenadkontrakt¹³, men värdet på kontraktets olika delar kan enligt skriftförfattarnas uppfattning utgöra en faktor att ta hänsyn till vid bedömningen av vad som är ett kontrakts huvudföremål, till exempel om en del av hyran för en lokal avser en ”grundhyra” och en del avser ersättning för en hyresgästanpassning av lokalen.¹⁴

När det gäller frågan om huvudföremålet är hyreskontrakt eller byggtreprenadkontrakt ska beaktas om inslaget av byggtreprenad vid en helhetsbedömning är av underordnad betydelse i förhållande till hyresdelen och är en följd av eller ett komplement till hyresdelen. Om det huvudsakliga syftet med kontraktet är att hyra en fastighet kan kontraktet normalt behandlas som ett hyreskontrakt i sin helhet.¹⁵ Om det huvudsakliga syftet med kontraktet däremot är utförandet av en byggtreprenad ska byggtreprenaden upphandlas. Om UM har möjlighet att bryta ut en upphandlingspliktig byggtreprenad och upphandla denna enligt LOU separat från hyreskontraktet blir hyreskontraktet sannolikt inte upphandlingspliktigt, eftersom hyreskontraktet sett för sig saknar inslag av byggtreprenad. Hyresdelen torde kunna undantas från upphandlingsplikt enligt 3 kap. 19 §. Enligt författarna till denna skrift är det endast om UM väljer att ingå avtal om byggtreprenadarbetena och hyresåtagandet som en helhet, och denna helhets huvudföremål är byggtreprenadkontraktet, som helheten måste upphandlas enligt något av LOU:s annonserade förfaranden.

Vidare har en UM möjlighet att själv bestämma om den vill upphandla projektering och utförande av en byggtreprenad gemensamt eller separat.¹⁶

¹³ Se dom Kommissionen mot Tyskland, C-536/07, ECLI:EU:C:2009:664, punkt 61.

¹⁴ Jfr Konkurrensverkets beslut den 3 januari 2011, dnr 584/2010, sidan 5 sista stycket.

¹⁵ Se prop. 2015/16:195, s. 946. Se även direktiv 2014/24, skäl 8.

¹⁶ Se direktiv 2014/24, beaktandesats 8, andra stycket.

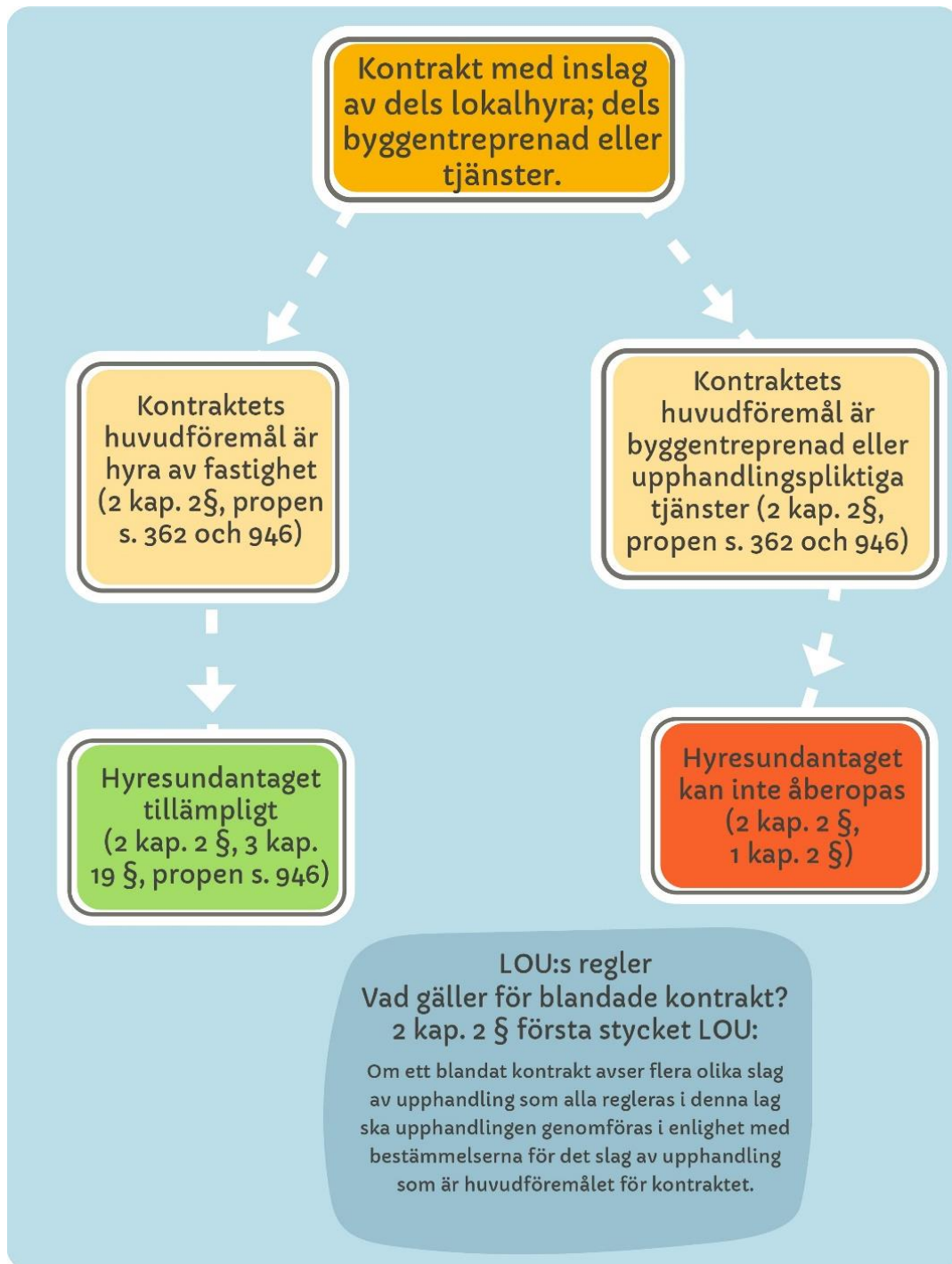


Illustration 3: Vilket är kontraktets huvudföremål?

2.4.1 Hyresgästanpassningar

Om UM avser att ingå ett avtal om hyra av en lokal och lokalen behöver byggas om för att anpassas till UM:s verksamhet uppstår frågan hur detta avtal ska bedömas, eftersom avtalet innehåller inslag av både hyra och byggtreprenad. Som konstaterats är det kontraktets huvudföremål som avgör om det ska ses som ett hyreskontrakt eller ett byggtreprenadkontrakt enligt 2 kap. 2 § LOU. Om byggtreprenaden vid en helhetsbedömning är av underordnad betydelse i förhållande till hyresdelen kan kontraktet behandlas som ett hyreskontrakt.¹⁷

Det är vanligt att hyresvärden vidtar olika åtgärder för att anpassa och ”fräscha upp” en lokal inför en ny hyresgästs tillträde. Ibland rör det sig om mer omfattande anpassningar för en specifik verksamhet.

Om UM exempelvis ska hyra in en befintlig skolbyggnad är det sannolikt möjligt att utan upphandling låta hyresvärden genomföra vissa anpassningar i syfte att skolan ska ställas i det skick som krävs för en skolbyggnad. Det kan röra sig om uppfräschande åtgärder som ommålning, nya ytskikt, flytt av eluttag och nya ledningar för IT. Om det däremot rör ändringar av planlösning som flytt av väggar och upptagande av öppningar mellan våningar är sannolikheten större att det istället är frågan om upphandlingspliktiga byggtreprenadarbeten.

Är det vidare frågan om större ombyggnationer för hyresgästens räkning, där lokalen t.ex. byggs om från ett ändamål till ett annat, ökar sannolikheten för att kontraktets huvudföremål ska betraktas som en upphandlingspliktig byggtreprenad.

Var gränsen går för vad som ska anses utgöra hyresgästanpassningar inom ramen för hyresundantaget och vad som blir upphandlingspliktigt är svårt att ange eftersom det finns begränsad domstolspraxis på området. Här får en samlad bedömning ske utifrån vad som kan anses vara huvudföremålet.

En av faktorerna som bör tas hänsyn till vid bedömningen är värdet på ombyggnationen i förhållande till värdet på hyran utan ombyggnation. Konkurrensverket uttalade sig i januari 2011 om tillåtligheten av en oannonserad hyresgäst-anpassning gällande en förvarsenhet i Åstorp, som skulle hyras av Migrationsverket.¹⁸ I beslutet konstaterade Konkurrensverket att grundhyran för de aktuella lokalerna var 2 016 000 kr/år samtidigt som den del av hyran som avsåg hyresgästanpassningen var mer än tre gånger så stor: 6 885 000 kr/år. Konkurrensverket bedömde att hyresundantaget inte var tillämpligt och att Migrationsverket därmed hade brutit mot LOU.

Om ombyggnationen leder till en hyresökning som är lägre än vad hyran hade varit utan ombyggnationen torde sannolikheten enligt skriftförfattarnas uppfattning öka för att kontraktet kan betraktas som ett hyreskontrakt utan

¹⁷ Se prop. 2015/16:195, s. 946.

¹⁸ Se Konkurrensverkets beslut den 3 januari 2011, dnr 584/2010.

upphandlingsplikt. Andra omständigheter måste dock också beaktas, exempelvis typen av anpassningsåtgärder och även frågan om byggnaden ändrar karaktär genom anpassningarna.

I det ovan nämnda beslutet från Konkurrensverket lade verket vikt vid att förvarsheten efter genomförda hyresgästpassningar var av speciell karaktär med få alternativa användningsområden. Verket hänvisade i det avseendet bland annat till de säkerhetskrav som gällde för lokalerna.

Ett exempel på en anpassning som skulle kunna falla inom ramen för hyresundantaget är följande situation.

En region vill hyra en lokal för en barnmorskemottagning. Den tilltänkta lokalen är lämplig för ändamålet, men förutom uppfräschning av ytskikten krävs vissa rumsanpassningar. Lokalen behöver anpassas med ett sköljrum, några extra handfat samt en uppgradering av ventilation och belysning. Förutsatt att kostnaderna för anpassningarna uppskattningsvis utgör en mindre del av hyreskostnaden bör kontraktets huvudföremål, enligt skriftförfattarnas bedömning, anses vara hyra. Rättsläget är dock inte klart.

Exempel 1: Inhyrning av verksamhetslokal inom hyresundantaget

2.4.2 Icke-befintliga byggnader

Frågan om hyresundantaget kan omfatta vid kontraktsskrivandet icke-befintliga byggnader är omdiskuterad. Enligt den svenska regleringen, LOU, görs ingen skillnad mellan befintliga och icke-befintliga byggnader kopplat till hyresundantagets tillämplighet. Enligt det till LOU bakomliggande upphandlingsdirektivets ordalydelse omfattar hyresundantaget dock endast befintliga byggnader.¹⁹ I direktivets artikel 10 a framgår att hyresundantaget ska tillämpas på offentliga tjänstekontrakt som avser ”förvärv eller hyra, oavsett finansieringsform, av mark, **befintliga byggnader** eller annan fast egendom eller rättigheter till sådan egendom.” (författarnas fetstilsmarkering).

Det har framförts i den juridiska doktrinen, dvs. ”den juridiska litteraturen”, att LOU inte innehåller några skillnader mot direktivet.²⁰ Sundstrand menar att hyresundantaget enbart omfattar vid kontraktstillfället tillgängliga nyckelfärdiga byggnader som myndigheten omedelbart kan få tillträde till.²¹ Att hyresundantaget enbart omfattar vid kontraktsskrivandet tillgängliga byggnader får också stöd i en kammarrättsdom.²² Kammarrättens slutsats i denna del motiveras dock inte särskilt.

¹⁹ Se direktiv 2014/24, artikel 10.

²⁰ Se Sundstrand, Offentliga Byggtreprenadkontrakt, URT 2015:1., s. 64, med där gjord hänvisning till prop. 2006/07:128., s. 289 ff. Jfr Olsson & Lindberg, Att vara eller inte vara - är det verkligen frågan? Om befintlighetsbegreppet i LOU:s hyresundantag, ERT 3/2015., s. 677. Olsson & Lindberg framför att icke-befintliga byggnader mycket väl kan träffas av hyresundantaget förutsatt att byggnationen inte sker enligt UM:s krav och specifikationer.

²¹ Se Sundstrand, Offentliga Byggtreprenadkontrakt, URT 2015:1., s. 65.

²² Se Kammarrätten i Sundsvalls dom den 24 augusti 2010 (mål nr 395-10 och 396-10)

Förvaltningsrätterna har i två domar, *Materialdepån* och *Limhamn*, uttalat att det inte finns något krav i lag på att det ska röra sig om en befintlig byggnad för att hyresundantaget i 3 kap. 19 § LOU ska vara tillämpligt.²³ Förvaltningsrätterna menar samtidigt att det faktum att en byggnad ska uppföras för att senare hyras ut talar för att det rör sig om en beställning från myndigheten. Enligt förvaltningsrätternas domar om fallen om *Limhamn* och om *Materialdepån* är kraven alltså högt ställda för att tillämpa hyresundantaget vid icke-befintliga byggnader.

Förvaltningsrätternas bedömning får stöd i förarbetena till LOU som klargör att begreppet ”befintliga byggnader” främst syftar till att dra en skiljelinje mellan hyresundantaget och byggtreprenadkontrakt, dvs. att hyresundantaget inte omfattar upphandlingspliktiga byggtreprenadarbeten.²⁴

Ytterligare stöd för att hyresundantaget kan omfatta icke-befintliga byggnader kan hämtas från EU-domstolens avgörande i målet *Impresa Pizzarotti*. Generaladvokaten hade i sitt förslag till avgörande angett att hyresundantaget under inga omständigheter var tillämpligt på icke-befintliga byggnader.²⁵ EU-domstolen beaktade däremot inte generaladvokatens resonemang i domen utan uttalade att avgörande för om det förelåg ett byggtreprenadkontrakt är om en byggnad uppförts i enlighet med UM:s specifikationer.²⁶

Konkurrensverket har uttalat att om en byggnad är av mer allmän karaktär och inte har planerats för UM kan hyresundantaget sannolikt tillämpas trots att byggnaden inte är färdigställd.²⁷ En gränsdragning görs således mot byggnader som är av speciell karaktär, såsom skolor och sjukhus, vilka i regel uppförs enligt UM:s önskemål. Det bör alltså vara möjligt för en UM att ingå ett hyresavtal med stöd av hyresundantaget avseende exempelvis kontorslokaler som ännu inte uppförts, förutsatt att även andra hyresgäster kan ha intresse av att hyra lokalerna och att de inte har planerats för UM eller uppförts under avgörande inflytande av UM. Hyresundantaget kan således sannolikt omfatta icke-befintliga byggnader under vissa förutsättningar.

²³ Se Förvaltningsrätten i Växjö:s dom den 2 maj 2017 (mål nr 3697-16) och Förvaltningsrätten i Malmö:s dom av den 21 augusti 2018 (mål nr 13072-17).

²⁴ Se prop. 2015/16:195, s. 403-404 och s. 968.

²⁵ Se förslag till avgörande av generaladvokat N. Wahl i dom *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, ECLI:EU:C:2014:335, punkt 60.

²⁶ Se dom *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, ECLI:EU:C:2014:2067, punkterna 42 och 48. Se även Olsson & Lindberg, Att vara eller inte vara - är det verkligen frågan? Om befintlighetsbegreppet i LOU:s hyresundantag, ERT 3/2015.

²⁷ Se Konkurrensverkets beslut den 9 september 2009, dnr 128/2009.

Ett exempel på en situation som skulle kunna omfattas av hyresundantaget är när en UM tecknar ett hyreskontrakt för en kontorslokal i ett kontorskomplex, som ännu inte byggts, men som kommer att byggas av fastighetsägaren enligt dennes egna planer innan hyreskontraktet börjar löpa.

UM är då en hyresgäst bland flera andra och har inte större inflytande över byggnadens utformning än vad som är normalt för andra hyresgäster vid nybyggnation. Avgörande är att kontorslokalerna är av mer generell karaktär och att kontorslokalerna inte är planerade utifrån ett av UM specificerat behov.

Ett exempel på en situation som inte omfattas av hyresundantaget utan istället utgör ett upphandlingspliktigt byggentreprenadkontrakt är när UM tecknar ett hyresavtal för en skola som ännu inte uppförts, men som kommer att uppföras enligt de specifikationer som kommunen meddelat fastighetsägaren, exempelvis antal elever, antal klassrum och rummets storlek. UM är initiativtagare till uppförandet av skolan och utövar inflytande över byggnadens utformning. Detta oaktat, dvs. trots, att andra alternativa verksamheter av mer allmän karaktär kan inrymmas i skolan, som kontorslokaler. Det avgörande är att skolan uppförs för UM:s räkning och enligt UM:s krav och specifikationer.

Exempel 2: Hyresundantaget kan gälla vid viss inhyrning av lokaler i en ännu icke uppförd byggnad

2.4.3 Inhyrning från en annan upphandlande myndighet

En tänkbar situation är att en kommun eller region (A) vill beställa uppförande eller ombyggnation av en byggnad från en annan kommun eller region (B), för att sedan hyra byggnaden av B. Frågan uppstår då om A måste upphandla byggnationen, eller om det räcker med att hyra byggnaden från B och att B upphandlar enligt LOU.

Förutsatt att avtalets huvudföremål är byggentreprenaden och inte hyran måste A sannolikt upphandla kontraktet enligt LOU, och det räcker inte att B lyder under upphandlingsplikt. Detta baseras på innebörden av EU-domstolens dom i Jean Auroux.²⁸

EU-domstolen uttalade i Jean Auroux att ett kontrakt genom vilket en UM anförtrottar åt en annan UM att utföra ett byggnadsverk är att klassificera som ett byggentreprenadkontrakt. Skyldigheten att upphandla byggentreprenadarbeten upphör inte bara för att ett kontrakt ingås med en annan UM.²⁹

²⁸ Se dom Jean Auroux, C-220/05, ECLI:EU:C:2007:31, punkterna 65-68.

²⁹ Anskaffningar mellan myndigheter ska normalt upphandlas. Undantag gäller för så kallad Hamburgsamverkan enligt 3 kap. 17 § LOU och intern upphandling (Teckal-undantaget) enligt 3 kap. 11-16 §§ LOU.

2.4.4 Situationer där hyresundantaget är tillämpligt

Enligt författarna till denna skrift är hyresundantaget tillämpligt i följande situationer:

- Vid ingående av hyreskontrakt avseende befintliga byggnader utan hyresgäst Anpassningar och där byggnaden inte planerats för den upphandlande myndigheten.
- Vid ingående av hyreskontrakt i befintliga byggnader med hyresgäst Anpassningar, om dessa Anpassningar inte är så omfattande att de kan anses vara kontraktets huvudföremål, och förutsatt att byggnaden inte planerats för den upphandlande myndigheten.

2.4.5 Situationer där hyresundantaget sannolikt inte är tillämpligt

Enligt författarna till denna skrift är hyresundantaget sannolikt inte tillämpligt i följande situationer:

- Vid ingående av hyreskontrakt i befintliga byggnader med hyresgäst Anpassningar, om hyresgäst Anpassningarna är så omfattande att de ska anses vara kontraktets huvudföremål.
- Vid ändringar i hyreskontrakt under pågående hyresperiod, om ändringarna medför att om- och tillbyggnader i form av byggentreprenader äger rum och dessa byggentreprenader är så omfattande att de ska anses vara kontraktets huvudföremål.
- Vid ingående av hyreskontrakt för byggnader som inte uppförts vid tiden för hyresavtalet, om UM utövar ett avgörande inflytande över typen av byggnadsverk eller projekteringen, vilket ofta är fallet när det handlar om byggnader som inte uppförts.

3. Hur ska upphandlings- skyldigheten utföras i praktiken?

Det har i vägledningen redogjorts för att upphandlingsskyldighet kan föreligga när UM i ett hyreskontrakt, eller andra handlingar anslutna till ett hyreskontrakt, uppställer krav och specifikationer av en byggtreprenad eller tjänst.

Frågan är hur denna upphandlingsskyldighet ska utföras i praktiken?

I de kommande avsnitten presenteras möjliga handlingsalternativ som kan användas vid en lokalanskaffning samt deras fördelar, nackdelar och eventuella tips vid genomförandet av handlingsalternativet. Handlingsalternativen kan fungera som vägledning inför och under ett lokalanskaffningsprojekt. En analys krävs alltid utifrån förutsättningarna i det enskilda projektet.

3.1 Hyresvärdsupphandling (paketerad upphandling)

Gemensamt för handlingsalternativen i det här avsnittet är att UM upphandlar och därmed konkurransutsätter samtliga kontrakt i en annonserad upphandling. Det innebär att hyreskontrakt, byggtreprenadkontrakt och närliggande tjänster, exempelvis projekteringstjänster, paketeras och upphandlas gemensamt. I avsnitt 3.1.2, Hyresvärdsupphandling innefattande åtagande om köp av fastighet, sker även en överlåtelse av fastighet inom ramen för hyresvärdsupphandlingen.

3.1.1 Hyresvärdsupphandling på annans mark

UM upphandlar både hyreskontrakt, som är undantaget upphandlingsplikt, och byggtreprenadkontrakt samt närliggande tjänster, exempelvis projekteringstjänster, gemensamt. Upphandlingen omfattar således både hyresvärd, byggtreprenader och tillhörande tjänster. I upphandlingsdokumenten anger den upphandlande myndigheten att en anbudsgivare sökes som har tillgång till en lokal eller fastighet inom ett avgränsat geografiskt område.

Om upphandlingen omfattar en icke-befintlig byggnad anger UM att anbudsgivaren ska uppföra fastigheten i enlighet med UM:s krav. På samma sätt anger UM vid om- eller tillbyggnad att anbudsgivaren ska utföra byggtreprenaden i enlighet med UM:s krav. Fastigheten hyrs sedan ut till UM under flera år.

EU-domstolen har i domen Contse uttalat att en UM kan ställa krav på att en lokal ska finnas inom ett visst geografiskt område om kravet objektivt kan motiveras och det inte finns något mindre ingripande alternativ för att uppfylla kravet. En skolbyggnad behöver exempelvis ligga i det område där byggnaden behövs utifrån elevunderlag. Ett krav om att en lokal ska finnas inom ett visst

geografiskt område får däremot inte utformas på så sätt att anbudsgivarna ska äga eller förfoga över lokalerna redan vid anbudens inlämnande. En möjlighet ska således finnas för anbudsgivare att förvärva lokaler inom det geografiska området innan avtalsstart.³⁰

Viktigt att notera är att Kammarrätten i Jönköping i en dom ansett att ett krav om att mark ska ligga inom en viss radie stred mot proportionalitetsprincipen. I domen hade UM uppställt ett krav om att ett vårdboende skulle vara beläget inom 20 mil från huvudorten. Kammarrätten framförde att krav baserat på lättillgänglighet kan uppställas men att ett 20-milskrav, som i upphandlingen var baserat på fågelvägen, inte var lämpligt och effektivt. UM bör vid en hyresvärdsupphandling undvika geografiska avgränsningar som baseras på viss radie fågelvägen. Istället bör exempelvis avstånd i tid kunna användas.³¹

³⁰ Se dom Contse, C-234/03, EU:C:2005:644, punkt 79.

³¹ Se Kammarrätten i Jönköpings dom den 28 april 2011 (mål nr 3274-10).

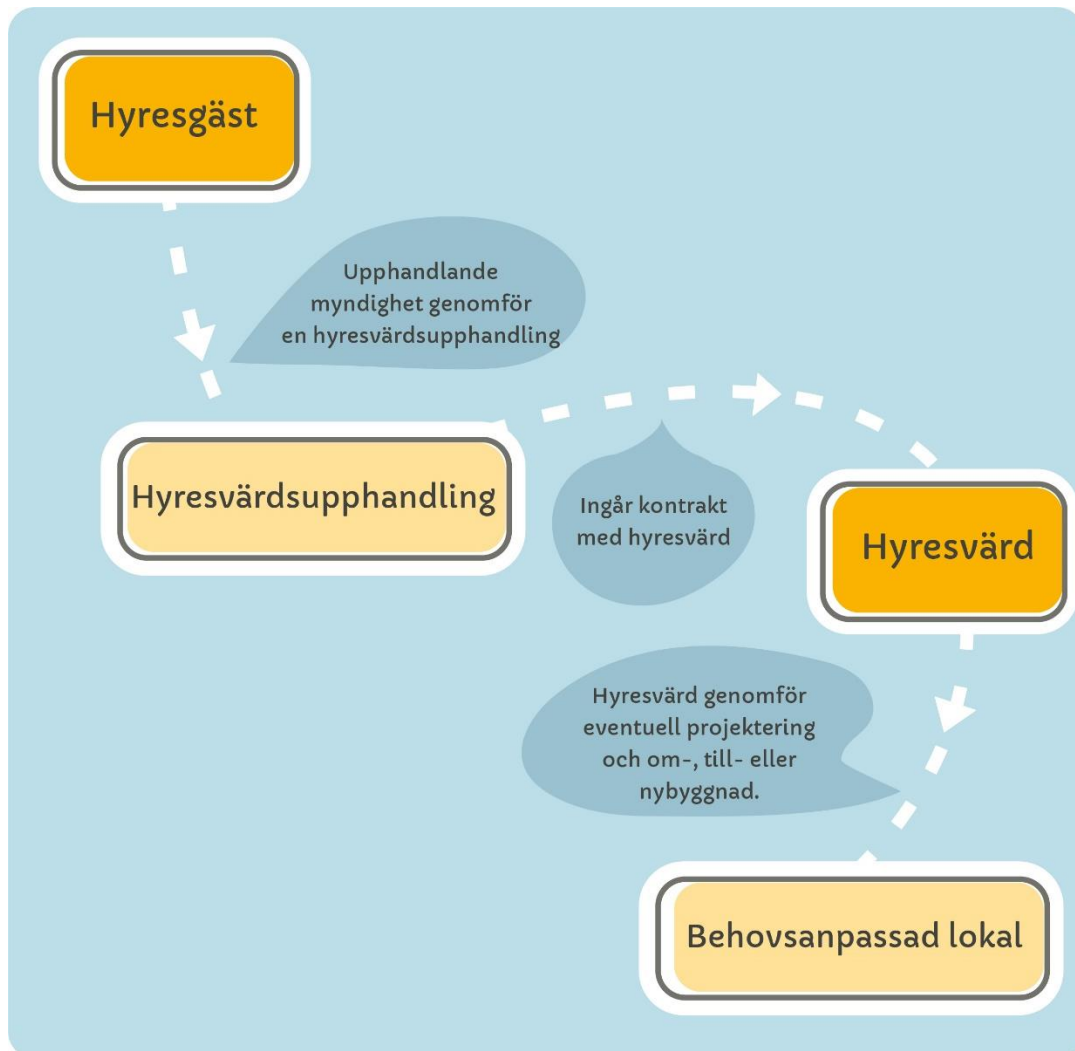


Illustration 4: Hyresvärdsupphandling på annans mark

Fördelar: Handlingsalternativet att genomföra en hyresvärdsupphandling på annans mark innehåller minst upphandlingsrättsliga risker, eftersom både hyreskontraktet och byggentreprenadkontraktet samt tillhörande tjänster upphandlas enligt LOU. Det saknas därför förutsättningar att ogiltigförklara upphandlingen utifrån grunden att hyreskontraktet utgör en otillåten direktupphandling i form av ett förtäckt byggentreprenadkontrakt.

En ytterligare fördel är att det är hyresvärden och inte UM som anlitar den byggentreprenör som ska genomföra byggentreprenadarbetena. Inom ett kommersiellt hyreskontrakt får det ses som normalt att hyresvärden anlitar sina egna leverantörer av byggentreprenader och till hyresförhållandet tillhörande

tjänster. Den risk som redogörs för i avsnitt 3.2.1, Upphandling av byggtreprenadarbeten på annans fastighet, avseende överföring av ett upphandlat byggtreprenadkontrakt undviks.

Väsentliga förändringar enligt 17 kap. 14 § LOU av ett upphandlat kontrakt är inte tillåtna, om det inte finns en grund för ändring enligt 17 kap. 9-13 §§ LOU. En väsentlig förändring kan komma att klassas som en otillåten direktupphandling, vilket kan förorsaka att upphandlingen ogiltigförklaras eller att upphandlingsskadeavgift döms ut. Regleringen bygger på LOU:s likabehandlingsprincip, dvs. att alla potentiella anbudsgivare vid inlämnande av anbud ska få samma information och kännedom om alla förutsättningar för upphandlingen från början. Det innebär att alla förändringar som kan behöva göras under avtalsförhållandet och som kan anses vara väsentliga måste framgå av upphandlingsdokumenten, exempelvis regleringar som omfattar hur hyran ska justeras vid eventuella ändringar i byggtreprenaden.

En fördel med att genomföra en hyresvärdsupphandling är att det direkt i hyreskontraktet kan föras in avtalsregleringar som tillåter vissa ändringar av hyresförhållandet under byggnationen, exempelvis att det under byggnationen är möjligt för UM att begära vissa ändringar av utförande och funktion och att detta kan föranleda regleringar av hyran. I en hyresvärdsupphandling kan det således ingå avtalsvillkor som reglerar vad som gäller vid förändringar i utförandet. Detta minimerar risken för diskussioner om vad som utgör väsentliga förändringar under avtalets löptid.

Nackdelar: Om det geografiska området för fastighetens placering är för snävt vid en hyresvärdsupphandling minskar konkurrensen och UM riskerar att inte få in några anbud. Vidare kan ett snävt geografiskt område som inte kan motiveras objektivt innebära en ökad överprövningsrisk.

Att delta i en större hyresvärdsupphandling är resurskrävande och förenat med kostnader för anbudsgivarna, särskilt om anbudsgivarna behöver inkomma med vissa projekteringshandlingar.

En risk som bör belysas vid hyresvärdsupphandling är att själva byggtreprenaden inte fullt ut konkurrensutsätts bland samtliga intresserade byggtreprenörer på marknaden. Då hyresåtagandet och byggtreprenaden paketeras tillsammans konkurrensutsätts byggtreprenaderna endast bland de leverantörer som innehar eller kan köpa en fastighet inom det geografiska området eller som är underleverantörer till någon som har eller kan köpa en sådan fastighet. Konkurrensen begränsas genom att endast hyresvärdar som har tillgång till eller möjlighet att förvärva en fastighet och resurser att genomföra en byggtreprenad kan tilldelas kontrakt i upphandlingen.

Tips: Förutsättningarna att motivera en geografisk avgränsning ökar om det finns ett visst utbud av potentiella hyresvärdar och fastigheter inom det för upphandlingen aktuella området. Om UM saknar kunskap om vilka hyresvärdar som finns inom det aktuella området eller vill skapa sig en uppfattning om vilka hyresvärdar som är intresserade att delta i en hyresvärdsupphandling, kan med

fördel en s.k. request for information (RFI) användas.³² UM kan inleda processen inför en hyresvärdsupphandling med att ställa riktade frågor till potentiella hyresvärdar, motivera den geografiska avgränsningen och stämma av om någon potentiell hyresvärd tycker avgränsningen är för snäv och varför.

Om det är resurskrävande för leverantörerna att inkomma med anbud i upphandlingen, bör ett upphandlingsförfarande användas där lämpliga leverantörer prekvalificeras innan de bjuds in att delta i anbudsfasen. En möjlighet om det är svårt att få in anbud i upphandlingen är att erbjuda potentiella anbudsgivare viss ersättning för anbudsarbetet.

UM bör antingen i RFI:n eller direkt i upphandlingen motivera varför aktuell geografisk avgränsning genomförts. En undersökning kan behöva företas utifrån LOU, PBL (plan- och bygglagen (2010:900)) samt kommunens gällande detaljplan för att underbygga och motivera den geografiska avgränsningen. Om UM kan motivera sina beslut utifrån väl avvägda grunder kan förståelsen för avgränsningen öka bland potentiella hyresvärdar, vilket ökar förutsättningarna för en lyckad hyresvärdsupphandling.

En UM som ingår ett långt hyreskontrakt kan under hyreskontraktets löptid behöva utöka eller ändra på lokalernas utformning om lokalbehovet förändras över tid. En hyresgäst måste inhämta hyresvärdens tillstånd för att anpassa eller ändra lokalerna om sådan rätt inte framgår av hyreskontraktet. UM bör därför i hyreskontraktet reglera att ny-, om- eller tillbyggnader samt tillhörande tjänster, t.ex. projekteringstjänster, som kan aktualiseras under hyreskontraktets löptid ska upphandlas enligt LOU. En UM som inte avtalar om detta riskerar att hamna i en inlåsningsituation där hyresvärderna kan neka UM att använda LOU-upphandlade leverantörer i hyresvärdens lokaler.³³

³² En RFI innebär att UM skickar skriftliga frågor till potentiella leverantörer innan upphandlingen inleds. Genom RFI:n kan bättre kunskap skapas om marknaden och vilka intressenter som finns. En RFI kan exempelvis skickas ut via ett upphandlingsverktyg eller på annat sätt. Se även avsnitt 5.1.1.

³³ Se avsnitt 4.4 som redogör för möjliga inlåsningsituationer.

Exempel på tillvägagångssätt vid hyresvärdsupphandling på annans mark.

En region ska bygga ett nytt sjukhus. Regionen genomför en hyresvärdsupphandling inom ett visst geografiskt område. I upphandlingsdokumenten anges (1) att fastighetsägaren ska projektera sjukhuset, (2) genomföra en byggentreprenad avseende uppförande av sjukhuset och (3) hyra ut sjukhuset till regionen under ett antal år. Upphandlingen annonseras som ett förhandlat förfarande för att öppna möjligheten att förhandla med potentiella hyresvärdar om projekteringen, utförandefasen av byggentreprenaden samt hyreskontraktet. Ett krav i upphandlingen är att hyresvärden har tillgång till en lämplig fastighet för uppförandet av sjukhuset. Vidare bifogar regionen en funktionsbeskrivning till upphandlingen som bl.a. anger sjukhusets storlek, tekniska förutsättningar, kapacitet och det geografiska området där sjukhuset kan uppföras. Eftersom både hyreskontraktet, byggentreprenadarbetena och projekteringen upphandlas enligt LOU följer regionen sin upphandlingsskyldighet.

Exempel 3: Hyresvärdsupphandling på annans mark

3.1.2 Hyresvärdsupphandling innefattande åtagande om köp av fastighet

UM äger en fastighet, dvs. mark med eller utan befintlig byggnad, och annonserar en upphandling som innefattar försäljning av fastigheten till marknadspris.³⁴ I upphandlingen ingår ett byggentreprenadkontrakt avseende renoveringar av befintlig byggnad eller uppförande av ny byggnad, närliggande tjänster som t.ex. projektering samt ett hyreskontrakt.

Handlingsalternativet är detsamma som avsnitt 3.1.1, Hyresvärdsupphandling på annans mark, med den skillnaden att det också ingår ett obligatoriskt krav om köp av fastighet. Handlingsalternativet kan också omfatta avtalskonstruktioner där upphandlande myndigheter, t.ex. en region och en kommun, beslutar att kommunen säljer marken till den leverantör som vinner regionens upphandling. Handlingsalternativet kan också omfatta andra rättighetsupplåtelser såsom tomträtt.

³⁴ Det är också möjligt att exempelvis begära in anbud på fastigheten i upphandlingen.

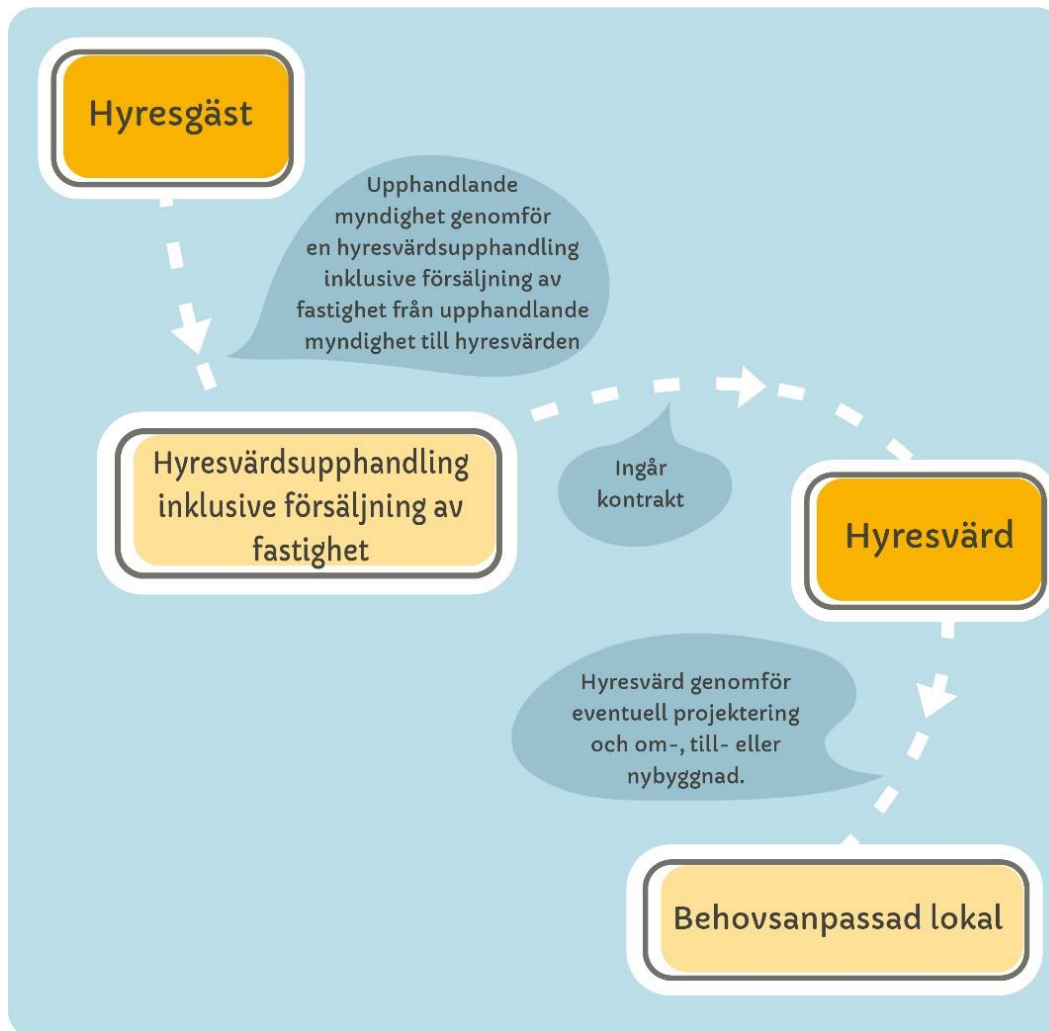


Illustration 5: Hyresvärdsupphandling som omfattar hyresvärdens åtagande om köp av fastighet

Fördelar: Handlingsalternativet innehåller få upphandlingsrättsliga risker. Handlingsalternativet innehåller samma fördelar som avsnitt 4.1.1, Hyresvärdsupphandling på annans mark.

Ytterligare fördelar med detta handlingsalternativ är att UM fritt styr lokalernas placering inom områden där UM äger en fastighet med eller utan bebyggelse. UM behöver inte genomföra en geografisk avgränsning enligt avsnitt 4.1.1, Hyresvärdsupphandling på annans mark.

Vidare kan handlingsalternativet leda till större konkurrens och fler anbud eftersom UM äger marken. Potentiella anbudsgivare behöver inte äga eller förvärva en fastighet inom ett visst geografiskt område eller ingå ett samarbete

med leverantörer som äger en sådan fastighet för att ha möjlighet att tilldelas kontrakt i upphandlingen.

Nackdelar: En förutsättning för att handlingsalternativet ska vara möjligt att tillämpa är att UM äger en fastighet som UM är villig att sälja och sedan hyra. Vidare måste det finnas leverantörer som är villiga att köpa fastigheten, genomföra aktuella byggtreprenadarbeten och sedan hyra ut byggnaden till UM.

Tips: Det blir viktigt att fastigheten säljs till marknadsvärde för att inte hamna i problematik kring gynnande av enskild, 2 kap. 8 § Kommunallag (2017:725), eller otillåtet statsstöd, artikel 107.1 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt. Fastigheten behöver således värderas till korrekt marknadsvärde och prissättas enligt marknadsvärdet i upphandlingen. Det är också möjligt att begära in anbud på fastigheten i upphandlingen.

I enlighet med vad som tidigare beskrivits under avsnitt 3.1.1, Hyresvärdsupphandling på annans mark, bör en UM i hyreskontraktet reglera att ny-, om- eller tillbyggnader samt tillhörande tjänster som kan aktualiseras under hyreskontraktets löptid ska upphandlas enligt LOU. En UM som inte avtalar om detta riskerar att hamna i en inlåsningsituation där hyresvärden kan neka UM att använda LOU-upphandlade leverantörer i hyresvärdens lokaler.³⁵

Exempel på tillvägagångssätt vid hyresvärdsupphandling inklusive hyresvärdens åtagande om köp av fastighet.

En kommun äger en fastighet med ett äldreboende. Äldreboendet är i behov av renoveringar och kommunen önskar sälja fastigheten för att sedan hyra äldreboendet.

Kommunen genomför en hyresvärdsupphandling. I upphandlingsdokumenten anges (1) att fastigheten med tillhörande äldreboende ska köpas till marknadspris (alt. via anbud), (2) att fastighetsägaren ska projektera renoveringsarbetena, (3) genomföra en byggtreprenad avseende renoveringen och (4) hyra ut äldreboendet till kommunen under ett antal år.

Upphandlingen annonseras som ett förhandlat förfarande för att öppna möjligheten att förhandla med potentiella hyresvärdar om projekteringen, utförandefasen av byggtreprenaden samt hyreskontraktet. Vidare bifogar kommunen en funktionsbeskrivning till upphandlingen som bl.a. anger omfattningen av renoveringsarbetena, verksamhetens storlek, tekniska förutsättningar och kapacitet. Eftersom projekteringen, byggtreprenadarbetena och hyreskontraktet annonseras enligt LOU följer kommunen sin upphandlingsskyldighet.

Exempel 4: Hyresvärdsupphandling inklusive hyresvärdens åtagande om köp av fastighet

³⁵ Se avsnitt 4.4 som redogör för möjliga inlåsningsituationer.

3.2 Hyreskontrakt följt av separat upphandling

Gemensamt för handlingsalternativen i det här avsnittet är att UM först ingår hyreskontrakt utan en annonserad upphandling eftersom hyreskontraktet är undantaget upphandlingsplikten enligt 3 kap. 19 § LOU. Därefter upphandlar UM byggtrepreparadarbeten och närliggande tjänster separat.

3.2.1 Upphandling av byggtrepreparadarbeten på annans fastighet

UM ingår ett hyreskontrakt med hyresvärden. UM blir därmed hyresgäst enligt hyreskontraktet. Hyreskontraktet är undantaget upphandlingsplikt enligt 3 kap. 19 § LOU.

UM upphandlar sedan separat de önskade byggtrepreparadarbetena för hyresvärdens räkning, tilldelar ett kontrakt och ingår ett från hyreskontraktet åtskilt separat byggtrepreparadkontrakt. När upphandlingen är slutförd överläts byggtrepreparadkontraktet till hyresvärden. Hyresvärden tar sedan på sig beställarrollen under byggtrepreparadens genomförande. Således tecknas två separata avtal, ett hyreskontrakt och ett byggtrepreparadkontrakt.³⁶

Hyreskontraktet är undantaget LOU och UM kan därför fritt välja hyresvärd. Valet kan ske utifrån lämplig lokal, lokaler som finns tillgängliga för ombyggnad eller en fastighet som kan bebyggas utifrån UM:s önskemål och sedan hyras ut till UM.

³⁶ Jfr Förvaltningsrätten i Linköpings dom av den 17 februari 2016 (mål nr 7960-15), där ett liknande förfarande användes av UM. Se rättsfallssammanfattningen under avsnitt 7.

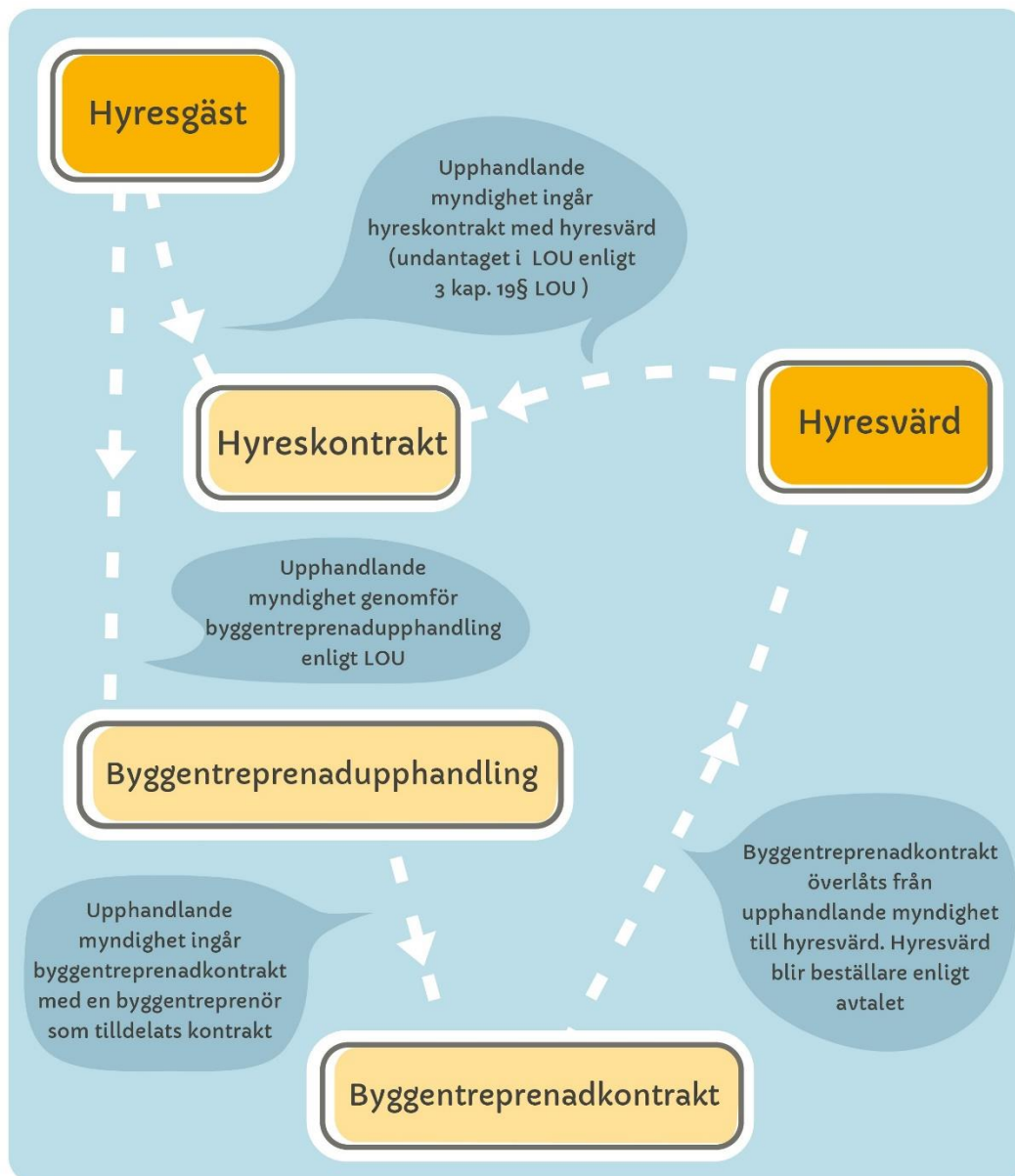


Illustration 6: Upphandling av byggentreprenadarbeten på annans fastighet

Fördelar: Det är fritt för UM att välja hyresvärd och hyreskontrakt kan ingås direkt utan ett annonserat upphandlingsförfarande. UM behöver inte som i handlingsalternativet i avsnitt 3.1.1, Hyresvärdsupphandling på annans mark, avgränsa ett geografiskt område utan valet av hyresvärd sker utifrån var en lämplig fastighet eller lokal finns tillgänglig för exempelvis om- eller tillbyggnad eller uppförande. Hyreskontraktet kan förhandlas fritt utan beaktande av LOU:s förfaranderegler vid annonserad upphandling.

Nackdelar: Ur ett fastighets- och hyresrättsligt perspektiv kan det vara främmande för en hyresvärd som vanligtvis inte hyr ut till offentliga aktörer att hyresgästen upphandlar byggentreprenadarbeten på hyresvärdens fastighet och sedan överlåter byggentreprenadkontraktet till hyresvärden.

En privat hyresvärd som tar över ett enligt LOU upphandlat byggentreprenadkontrakt måste förhålla sig till reglerna i LOU under kontraktets löptid om detta avtalats.³⁷ En privat hyresvärd kan se det som problematiskt att under hyreskontraktets löptid behöva beakta reglerna i LOU avseende bl.a. ändring av avtal, ogiltighetstalan och upphandlingsskadeavgift.

Ytterligare en nackdel är att en UM som ingår ett hyreskontrakt med en hyresvärd utan konkurrensutsättning av hyran riskerar att få en högre hyreskostnad.

Eftersom alla tjänster som har koppling till byggentreprenadupphandlingen kan vara upphandlingspliktiga finns det en risk att hyresvärdens egna resurser, som exempelvis stöd i projektering, arkitektur, konstruktion och annan rådgivning kopplad till byggentreprenaden, kan utgöra upphandlingspliktiga tjänster. Detta eftersom tjänsterna inte omfattas av hyresundantaget. En hyresvärd kan således bli förhindrad att tillhandahålla sina egna resurser kopplade till byggentreprenadupphandlingen om dessa inte upphandlas enligt LOU.³⁸

Tips: Eftersom själva hyreskontraktet inte upphandlas bör det i hyreskontraktet regleras att UM kommer att upphandla tillkommande byggentreprenader enligt LOU. Fördelen med en sådan reglering är att ingen utomstående felaktigt kan få uppfattningen att hyreskontraktet utgör en förtäckt byggentreprenad. Ingen upphandlingsskyldighet av hyreskontraktet kommer att uppstå så länge som byggentreprenaden med närliggande tjänster upphandlas enligt LOU.

När det kommer till upphandlingen av byggentreprenadarbetena är det viktigt att beakta att hyresvärden kan hamna i en jävssituation om hyresvärden har koppling till någon av de leverantörer som lämnar anbud i upphandlingen och samtidigt har inflytande över upphandlingen och utvärderingen av anbud.³⁹ Det bör därför tydliggöras att företag med koppling till hyresvärden vid en jävssituation kan komma att uteslutas ur upphandlingen, se 4 kap. 8 § LOU.

I övrigt finns inga hinder mot att hyresvärden deltar i beslutsprocessen kring upphandlingen och i utformningen av upphandlingsdokumenten. Det är av transparens skull nödvändigt att det av upphandlingsdokumenten tydligt framgår

³⁷ Observera att det är UM som svarar som part inför domstol även om ett upphandlingspliktigt kontrakt överlåts på en privat aktör. Se RÅ 2004 ref. 48. UM bör därför särskilt avtala om att en privat aktör har att följa reglerna i LOU vid en överlåtelse av ett upphandlat kontrakt.

³⁸ Jfr dock Förvaltningsrätten i Linköpings dom av den 17 februari 2016 (mål nr 7960-15), där ett hyreskontrakt som innehöll byggherretjänster bestående av bl.a. pantbrev, konsulttjänster, projektledning och administration inte ansågs upphandlingspliktigt. Se rättsfallssammanfattning under avsnitt 7.

³⁹ Jfr dom Fabricom, C-21/03 och C-34/03, ECLI:EU:C:2005:127 och dom eVigilo, C-538/13, ECLI:EU:C:2015:166.

att hyresvärden deltar i processen och att det upphandlade byggtrepreneurkontraktet kommer att överlåtas på hyresvärden.

Vidare kan en överprövning av byggtrepreneursupphandling innebära projektförseningar, exempelvis att byggstarten måste förskjutas. Det är då en fördel om parterna reglerat vad som ska gälla vid överprövning och hur de ska agera vid projektförseningar.

I enlighet med vad som tidigare beskrivits under avsnitt 3.1.1, Hyresvärdsupphandling på annans mark, bör en UM i hyreskontraktet reglera att ny-, om- eller tillbyggnader samt tillhörande tjänster som kan aktualiseras under hyreskontraktets löptid ska upphandlas enligt LOU. En UM som inte avtalar om detta riskerar att hamna i en inlåsningsituation där hyresvärden kan neka UM att använda LOU-upphandlade leverantörer i hyresvärdens lokaler.⁴⁰

Exempel på tillvägagångssätt: En kommun ska uppföra en ny skola i kommunens centrum. Kommunen ingår ett hyreskontrakt med en fastighetsägare som äger en fastighet i centrum. Den byggtrepreneur som behöver genomföras för att uppföra skolan annonseras av kommunen enligt LOU. Kommunen fattar tilldelningsbeslut och ingår ett entreprenadavtal med den anbudsgivare som inkommit med bästa anbud i upphandlingen (byggtrepreneurören). Entreprenadavtalet överlåts till fastighetsägaren i sin helhet. Fastighetsägaren blir ny avtalspart med byggtrepreneurören.

Under upphandlingsprocessen ges fastighetsägaren insyn i upphandlingen för att skapa förutsättningar för att både kommunen och fastighetsägaren blir nöjda med upphandlingen. I hyreskontraktet anges att byggtrepreneuraden kommer att upphandlas enligt LOU. I upphandlingen av byggtrepreneuraden anges att fastighetsägaren kommer att få insyn i upphandlingen samt att entreprenadavtalet kommer att överlåtas till fastighetsägaren.

Exempel 5: Hyreskontrakt upprättas följt av upphandling av verksamhetsanpassning

3.2.1.1. Alternativ till överlåtelse av byggtrepreneuraden till hyresvärden

Hyresgästen/UM och hyresvärden kan komma överens om att hyresgästen/UM inte ska överföra den upphandlade byggtrepreneuraden. Hyresgästen/UM kommer då själv att agera byggherre och själv finansiera byggtrepreneuraden, dvs. verksamhetsanpassningen, i de inhyrda lokalerna. Se gärna vidare information om finansiering av investering, dvs. verksamhetsanpassning, i annans lokal/fastighet i kapitel 9.

⁴⁰ Se avsnitt 4.4 som redogör för möjliga inlåsningsituationer.

3.2.2 Hyresvärden upphandlar byggtreprepararbeten enligt LOU

UM blir hyresgäst enligt hyreskontraktet. Hyreskontraktet är undantaget upphandlingsplikt enligt 3 kap. 19 § LOU. I nästa led upphandlar hyresvärden de byggtreprepararbeten som behövs för att täcka hyresgästens behov och ingår ett byggtrepreparadkontrakt.

Förfarandet är detsamma som avsnitt 3.2.1, Upphandling av byggtrepreparad på annans fastighet, men i detta handlingsalternativ är det istället hyresvärden som upphandlar byggtrepreparaderna enligt LOU och ingår byggtrepreparadkontrakt.

Det finns visst stöd för att det enligt LOU går att låta en privat aktör upphandla byggtrepreparaderna som UM ska nyttja på två grunder. Den första är lagstadgad enligt 1 kap. 6 § LOU och den andra grunden tar sin utgångspunkt i EU-domstolens praxis.

Av 1 kap. 6 § LOU framgår att en UM, som genom bidrag, dvs. lokalhyran, finansierar en privat aktörs uppförande av byggtrepreparader, kan låta den privata aktören tillämpa LOU vid köp av byggtrepreparaderna. Lagrummet har inte prövats i domstol varför det är möjligt att fler situationer än rena bidragssituationer kan omfattas. Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) har avgjort ett mål där upphandlingskyldigheten överlätts av UM till ett privat bolag. Det privata bolaget hade på uppdrag av UM upphandlat underentreprenörer vid byggandet av ett idrottscentrum. HFD uttalade inte i domen att det var otillåtet att förfara på det sätt som UM gjort, dvs. att överföra upphandlingsplikten på en privat aktör.⁴¹

Utöver möjligheten i 1 kap. 6 § LOU finns det även visst stöd utifrån EU-domstolens praxis att förpliktiga en privat aktör att genomföra en upphandling enligt LOU.

I EU-domstolens avgörande La Scala uttalade domstolen att en UM är skyldig att följa upphandlingsdirektivet, men att denna skyldighet inte innebär att UM själv måste genomföra en upphandling enligt direktivet.⁴² EU-domstolen uttalade vidare att upphandlingsdirektivets ändamål kan uppfyllas i lika hög grad om UM enligt nationell lagstiftning kan förpliktiga någon annan att använda de förfaranden som föreskrivs i direktivet. Frågan till EU-domstolen var ställd av Italien som hade nationell lagstiftning som innebar att någon annan än en UM kunde förpliktigas att upphandla enligt upphandlingsdirektivets regler.

Det är oklart hur avgörandet ska tolkas i förhållande till svensk rätt där det saknas ett uttryckligt lagstöd för att det skulle vara möjligt att förpliktiga någon annan än UM att upphandla enligt LOU. Däremot är det möjligt att via ett civilrättsligt bindande avtal förpliktiga en avtalspart att tillämpa LOU vid en upphandling. Ett civilrättsligt bindande avtal kan göras gällande i domstol där

⁴¹ Se RÅ 2004 ref. 48.

⁴² Se La Scala, C-399/98, ECLI:EU:C:2001:401, punkterna 99 och 10. Jfr dom Jean Auroux, C-220/05, ECLI:EU:C:2007:31, punkterna 47 och 68.

avtalspart kan kräva bl.a. fullgörelse, dvs. att avtalsparten fullföljer vad som fastställts i avtalet, och skadestånd. Det finns därav visst stöd för att det enligt svensk lag är möjligt att förpliktiga någon annan att tillämpa LOU, även om det inte uttryckligen följer av svensk lag.⁴³

3.2.2.1 Kommunalrättslig bedömning - rätten att fatta beslut under upphandlingsprocessen

Enligt handlingsalternativet i avsnitt 3.2.2, Hyresvärden upphandlar byggtreprenadarbetena enligt LOU, uppstår frågan om det är möjligt att UM överlåter till hyresvärden, normalt en privat aktör, att upphandla ett byggtreprenadkontrakt enligt LOU. Det finns olika åsikter om detta i den upphandlingsrättsliga debatten, och dessa olika åsikter grundas framförallt på vad som anges i LOU och i EU-domstolens praxis, bland annat domarna La Scala och Jean Auroux.

Det anges i 1 kap. 4 § kommunallagen att beslutanderätten i kommuner och regioner utövas av valda församlingar (fullmäktige) samt att beslut kan fattas av andra kommunala organ i enlighet med vad som anges i kommunallagen eller annan författning. Det saknas lagstöd för att låta privata aktörer fatta beslut åt kommunen när det gäller upphandlingar. Det är däremot möjligt att låta en privat hyresvärd bistå med upphandlingsstödande åtgärder, så länge kommunen eller regionen är den som fattar beslut i form av fastställande av upphandlingsdokument och tilldelningsbeslut. Att låta hyresvärden komma med synpunkter på utformningen av upphandlingsdokumenten är också möjligt, och likaså att låta någon anställd hos den privata hyresvärden delta i utvärderingen av anbuden på uppdrag av UM.⁴⁴ Det är dock viktigt att se till att UM inte försätter sig i en jävsituation. Enligt Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) blir UM ansvarig för upphandlingen och motpart vid en eventuell överprövning oavsett om det är kommunen eller en privat aktör som genomför upphandlingen.⁴⁵

⁴³ Se Olsson och Lindberg i "Att vara eller inte vara – är det verkligen frågan? – Om befintlighetsbegreppet i LOU:s hyresundantag", ERT, 3/2015, s. 687. Olsson och Lindberg ser inget hinder i svensk lagstiftning mot att en hyresvärd förpliktas att upphandla enligt LOU. De anser tvärtom att det torde vara fullt möjligt att genom avtal skapa ett sådant förpliktigande, även om detta inte uttryckligen anges i lag. Jfr Sundstrand, Offentliga Byggtreprenadkontrakt, URT 2015:1, s. 70. Sundstrand anser att UM enligt svensk rätt inte kan överlåta på en byggherre att sköta upphandlingen, eftersom UM själv ansvarar för förfarandet enligt upphandlingsbestämmelserna.

⁴⁴ I denna situation förutsätts att personen "deltar i myndighetens verksamhet" i den mening som avses i 2 kap. 1 § andra stycket OSL. Denna person omfattas då av sekretessbestämmelserna i OSL. Det kan vara bra att UM är tydlig med detta för den person som deltar i upphandlingen för att undvika att sekretessbelagda uppgifter om anbud röjs.

⁴⁵ Se RÅ 2004 ref. 48.

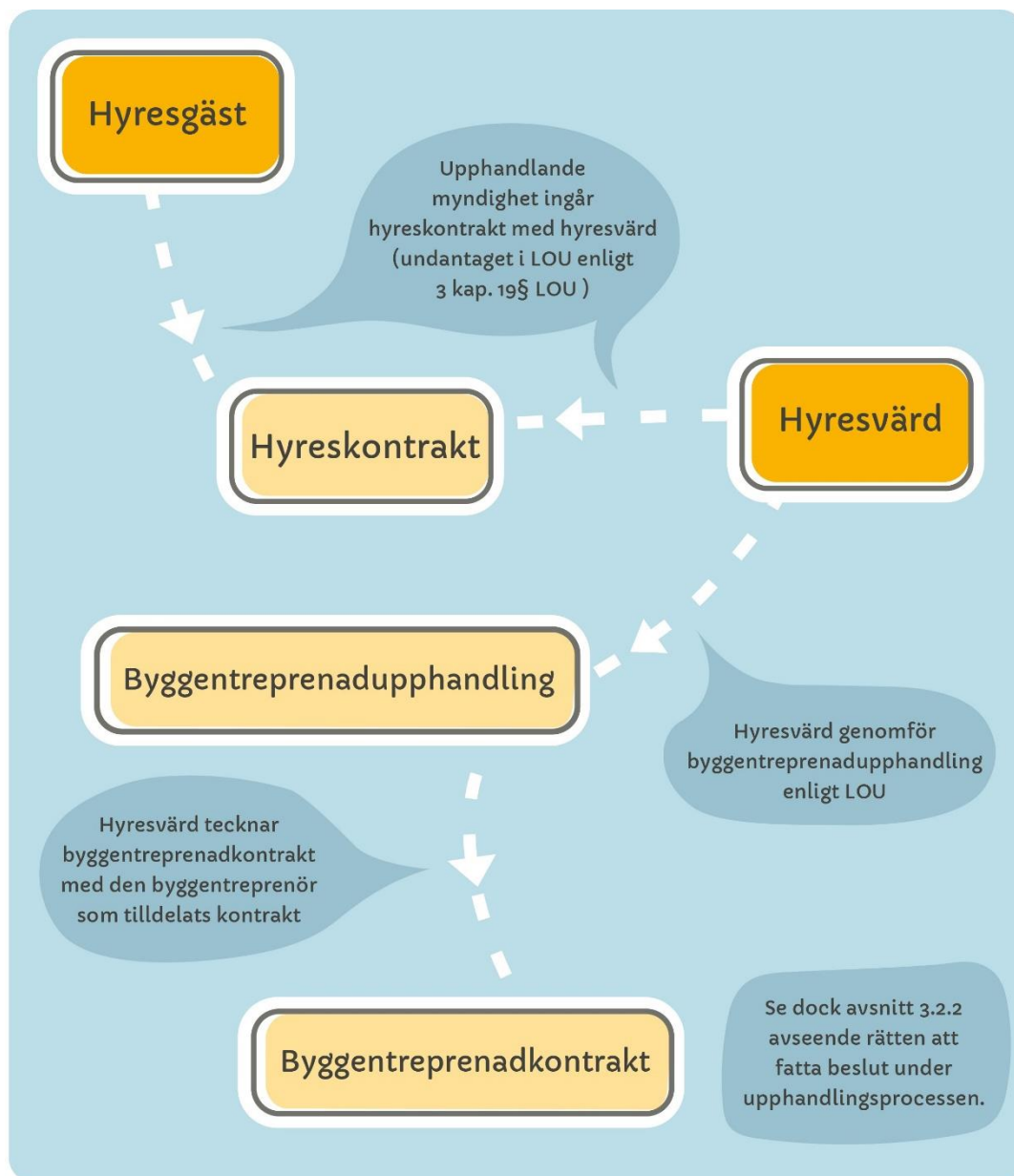


Illustration 7: Hyresvärden upphandlar byggentreprenadarbeten enligt LOU

3.2.2.2 Fördelar, nackdelar, tips - Hyresvärden upphandlar byggenreparationsarbeten enligt LOU

Fördelar: Handlingsalternativet innehåller samma fördelar som avsnitt 3.2.1, Upphandling av byggenreparerad på annans fastighet.

Ytterligare en fördel med handlingsalternativet är att byggenreparationskontraktet inte behöver överlåtas från den upphandlande myndigheten till hyresvärden. Hyresvärden är ansvarig för upphandlingen och agerar beställare vid genomförandet av byggenreparationen, dvs. tar fram upphandlingsdokument och utvärderar anbuden. Tillvägagångssättet liknar mer en verklig situation på den kommersiella fastighetsmarknaden då fastighetsägaren själv upphandlar en byggenreparatör och ingår byggenreparationskontrakt för den aktuella fastigheten.

Nackdelar: Handlingsalternativet innehåller samma risker som avsnitt 3.2.1, Upphandling av byggenreparerad på annans fastighet.

Ytterligare en nackdel är att UM kommer att bli motpart i en eventuell domstolsprocess avseende överprövning, ansökan om ogiltighet eller upphandlings-skadeavgift trots att det är en privat aktör som upphandlar byggenreparationen enligt LOU.⁴⁶ Vidare kan privata aktörer sakna erfarenhet av att tillämpa LOU vid upphandling. Handlingsalternativet är inte prövat i domstol varför det är oklart hur en domstol skulle bedöma handlingsalternativet. Vidare är det oklart om det är möjligt att låta en privat aktör fastställa förfrågningsunderlaget och meddela tilldelningsbeslut.

Tips: Handlingsalternativet innehåller samma tips som avsnitt 3.2.1, Upphandling av byggenreparerad på annans fastighet.

En privat aktör som saknar kunskap om tillämpningen av LOU vid upphandling kan behöva få vägledning av UM. UM bör därför få insyn och utifrån behov vägleda hyresvärden genom upphandlingen. Det bör även i upphandlingsdokumenten av transparensänsyn framgå att UM blir part i en eventuell framtida domstolsprocess enligt LOU.

⁴⁶ Se RÅ 2004 ref. 48.

Exempel på tillvägagångssätt när en hyresvärd upphandlar byggentreprenadarbeten enligt LOU.

En kommun ska uppföra en ny skola i kommunens centrum. Kommunen ingår ett hyreskontrakt med en fastighetsägare som äger en fastighet i centrum. Den byggentreprenad som behöver utföras för att uppföra skolan annonseras och genomförs av fastighetsägaren enligt LOU. UM fattar beslut om att fastställa upphandlingsdokumenten samt fattar tilldelningsbeslut. Hyresvärden ingår ett byggentreprenadavtal med den anbudsgivare som inkommit med bästa anbud i upphandlingen. Fastighetsägaren blir beställare under genomförandet av byggentreprenaden.

Under upphandlingsprocessen ges kommunen insyn i upphandlingen och vägleder vid behov fastighetsägaren genom upphandlingsprocessen. I hyreskontraktet anges att byggentreprenaden kommer att upphandlas enligt LOU.

Exempel 6: Hyresvärden upphandlar byggentreprenadarbeten enligt LOU

4. Handlingsalternativ utan annonserad upphandling

I detta avsnitt kommer handlingsalternativ att presenteras som omfattar situationer där en annonserad upphandling av byggtreprenader och närliggande tjänster inte behöver genomföras.

Det kommer att redogöras för när handlingsalternativen kan användas vid en lokalanskaffning samt deras fördelar, nackdelar och eventuella tips vid genomförandet av handlingsalternativet. Handlingsalternativen kan fungera som vägledning inför och under ett lokalanskaffningsprojekt. En analys krävs alltid utifrån förutsättningarna i det enskilda projektet.

4.1 Tillämpning av hyresundantaget när upphandlingspliktiga byggtreprenader och närliggande tjänster saknas

UM kan tillämpa hyresundantaget vid ingående av hyreskontrakt i befintliga byggnader där byggnaden inte planerats utifrån UM:s behov.⁴⁷ UM bör även kunna tillämpa hyresundantaget vid ingående av nytt hyreskontrakt i icke-befintliga byggnader där byggnaden inte planerats utifrån UM:s behov. Om hyresvärden uppför en byggnad helt enligt hyresvärdens specifikationer och UM inte inför egna specifikationer av byggnaden kan UM teckna hyreskontrakt med stöd av hyresundantaget. Avgörande för hyresundantagets tillämplighet blir hur långt fastighetsägaren har kommit i planerna på att anpassa eller uppföra byggnaden. Om planerna är långt gångna finns det ofta mindre möjlighet för UM att påverka och styra utförandet, vilket talar för att hyresundantaget är tillämpligt.⁴⁸

Fördelar: UM kan ingå ett hyreskontrakt direkt med en lämplig fastighetsägare. Hyreskontraktet är undantaget upphandlingsplikt enligt 3 kap. 19 § LOU. UM kan avtala om icke-upphandlingspliktiga hyresgästanpassningar i samband med tillträde till lokalerna.⁴⁹

Nackdelar: En förutsättning är att en hyresvärd låter uppföra en byggnad utan att innan försäkra sig om att lokalerna kommer att hyras ut, dvs. på spekulation. Ett sådant scenario är relativt osannolikt, i synnerhet när det kommer till uppförandet av nya specialbyggnader som skolor och sjukhus.

Handlingsalternativet tar snarare sikte på situationer då en hyresvärd uppfört en byggnad men inte lyckas hyra ut en del av byggnaden som exempelvis ett visst antal kontorslokaler. En risk med handlingsalternativet är att en hyresvärd som

⁴⁷ Se avsnitt 2.4.2 om avgörande inflytande avseende icke-befintliga byggnader

⁴⁸ Jfr Kammarrätten i Jönköpings dom av den 10 augusti 2015 (mål nr 2844-14).

⁴⁹ Se avsnitt 2.4.1 avseende hyresgästanpassningar.

uppför en byggnad på spekulation eller har ett visst antal lokaler över kan hyra ut lokalerna till vilken hyrestagare som helst. Det blir därför svårt för en UM att redan innan en byggnad har förverkligats försäkra sig om ett hyreskontrakt.

Exempel på tillvägagångssätt att tillämpa hyresundantaget när upphandlingspliktiga byggentreprenader och/eller tjänster saknas

Ett exempel på en sådan situation som skulle kunna omfattas av hyresundantaget är när en UM tecknar ett hyreskontrakt för en kontorslokal i ett kontorskomplex, som ännu inte byggts, men som kommer att byggas av fastighetsägaren enligt dennes egna planer innan hyreskontraktet börjar löpa. UM är då en hyresgäst bland flera andra och har inte större inflytande över byggnadens utformning än vad som är normalt för andra hyresgäster vid nybyggnation. Avgörande är att kontorslokalerna är av mer generell karaktär och att kontorslokalerna inte är planerade utifrån ett av UM specificerat behov.

Exempel 7: Hyresundantaget när upphandlingspliktiga byggentreprenader och närliggande tjänster saknas

4.2 Hyreskontrakt med helägt bolag enligt det s.k. Teckalundantaget

Ett handlingsalternativ för UM som vill ingå ett hyreskontrakt med tillhörande byggentreprenadarbeten är att ingå hyreskontraktet med ett helägt dotterbolag, exempelvis kommunens helägda fastighets- eller bostadsbolag. En praktisk förutsättning för detta är att bolaget äger eller har möjlighet att förvärva en fastighet på den plats som UM önskar. Det finns vidare två legala förutsättningar i LOU som måste vara uppfyllda för att UM ska kunna vända sig direkt till sitt bostadsbolag. Dessa förutsättningar anges i det s.k. Teckalundantaget i 3 kap. 11-16 §§ LOU.

Teckalundantaget innebär att en upphandlande myndighet kan upphandla varor, tjänster och byggentreprenader av en annan juridisk person om de s.k. kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda samt att det saknas direkt privat ägarintresse i motparten.

Kontrollkriteriet innebär att UM i princip ska ha samma kontroll över sin avtalspart som över sin egen förvaltning. Detta innebär exempelvis att ett kommunalt fastighets- eller bostadsbolag ska vara underställt sådan kontroll som gör det möjligt för kommunen att ha ett bestämt inflytande över bolagets strategiska mål och viktiga beslut. Om kommunen tillsätter bolagets styrelse och privat ägande saknas i bolaget är i regel kontrollkriteriet uppfyllt.

För att verksamhetskriteriet ska vara uppfyllt ska det kommunala fastighets- eller bostadsbolaget bedriva 80 procent av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som kontrollerar bolaget. Exempelvis ska bolaget utföra 80 procent av sin verksamhet mot kommunen eller kommunens helägda bolag.

Kontrollkriteriet brukar i regel vara uppfyllt när det kommer till kommunala allmännyttiga bostadsbolag. Svårigheten brukar istället ligga i huruvida

verksamhetskriteriet är uppfyllt. Frågan om ett kommunalt allmännyttigt bostadsbolag bedriver sin verksamhet mot kommunen eller kommuninvånarna är inte besvarad i praxis. Det är möjligt att ett kommunalt bostadsbolag bedriver sin verksamhet mot kommuninvånarna, dvs. privatpersoner i form av upplåtelse av hyresrätter. Att hyra ut bostäder till privatpersoner är i regel inte en verksamhet som utförs mot kommunen.⁵⁰

Fördelar: Om UM har ett fastighets- eller bostadsbolag inom sin koncern som uppfyller både kontroll- och verksamhetskriteriet kan avtal om hyra samt tillhörande byggtreprenader ingås direkt med bolaget utan upphandlingsplikt. Observera att om bolaget är en UM och avser att anlita en byggtreprenör för utförande av byggtreprenadarbeten kan bostadsbolaget behöva genomföra en upphandling enligt LOU.

Nackdel: I enlighet med förutsättningarna angivna ovan är det ofta svårt för ett av UM ägt fastighets- eller bostadsbolag att uppfylla verksamhetskriteriet. En möjlighet att uppfylla verksamhetskriteriet skulle vara om exempelvis ett kommunalt bostadsbolag delades upp i två delar, en del som sköter verksamheten riktad mot kommuninvånarna och en del som sköter verksamheten riktad mot kommunen. Exempelvis skulle ett av kommunen helägt fastighets-/driftbolag uppfylla verksamhetskriteriet förutsatt att bolaget till 80 procent riktade sin verksamhet mot kommunen.

Enligt Teckalundantaget - Exempel på tillvägagångssätt att teckna hyresavtal med ett helägt bolag.

En kommun är i behov av att hyra en lagerlokal. Kommunens helägda fastighets-/driftbolag äger en lämplig fastighet där lagerlokalen kan uppföras. Kommunen ger driftbolaget i uppgift att på fastigheten uppföra lagerlokalen. Fastighets-/driftbolaget ägs till 100 procent av kommunen och kommunen har fullt inflytande över bolagets strategiska mål och beslut (kontrollkriteriet). Vidare bedriver driftbolaget 80 procent av sin verksamhet mot kommunen (verksamhetskriteriet). Kommunen som hyresgäst behöver inte upphandla fastighets-/driftbolagets tjänster och byggtreprenadarbeten avseende uppförandet av lagerlokalen. Observera att om fastighets-/driftbolaget är en upphandlade myndighet och om bolaget avser att anlita en byggtreprenör för uppförandet av lagerlokalen kan bolaget behöva genomföra en upphandling enligt LOU.

Exempel 8: Hyresavtal med helägt bolag (Omfattas av Teckalundantaget)

⁵⁰ Det är möjligt att ett kommunalt bostadsbolags hyresintäkter från hyresgäster kan räknas som hyresintäkter från verksamhet som utförs tillsammans med och för kommunens räkning. Se dom Carbotermo, C-340/04, ECLI:EU:C:2006:308, punkt 67. Se dock också punkt 60.

Teckalundantaget gäller inte - Exempel på tillvägagångssätt att upphandla hyresavtal när ett bolag är delägt av kommunen.

En kommun är i behov av att hyra en lagerlokal. Kommunens bostadsbolag äger en lämplig fastighet där lagerlokalen kan uppföras. Bostadsbolagets aktier ägs till 70 procent av kommunen och övriga 30 procent ägs av en privat aktör. Bostadsbolaget riktar majoriteten av sin verksamhet mot privatpersoner i form av uthyrning av hyresrätter. Då det finns ett privat ägarintresse i bolaget och bostadsbolagets verksamhet (över 20 procent) riktas mot privatpersoner (verksamhetskriteriet) behöver bostadsbolagets tjänster och byggtreprenader kopplat till uppförandet av lagerlokalen sannolikt upphandlas av kommunen som hyresgäst enligt LOU.

Exempel 9: Hyresavtal med ett bolag där kommunen är delägare (kommunen äger mindre än 80 procent av bolaget) (Omfattas inte av Teckalundantaget)

4.3 Exploaterings- och marköverlåtelseavtal

En intressant fråga i lokalansaffningsprocessen är hur exploaterings- och marköverlåtelseavtal ska bedömas ur ett upphandlingsrättsligt perspektiv. Inledningsvis kan det konstateras att sådana avtal som utgångspunkt inte är upphandlingspliktiga.⁵¹

Exploaterings- och marköverlåtelseavtal ingås mellan en kommun och en exploatör eller fastighetsägare med det huvudsakliga syftet att genomföra en detaljplan, t.ex. i fråga om bebyggelsens utformning, marköverlåtelser, utförande och finansiering av anläggande av gator och vägar och andra allmänna platser, utförande och finansiering av anläggningar för vatten och avlopp samt andra i förekommande fall nödvändiga regleringar i anledning av en exploatering. Skillnaden mellan ett exploateringsavtal och ett marköverlåtelseavtal är att det är exploatören som äger marken i de fall exploateringsavtal används och kommunen som är ursprunglig markägare när ett marköverlåtelseavtal används. I det senare fallet har kommunen möjlighet att på civilrättslig grund uppställa olika avtalsvillkor i samband med markförsäljningen.⁵²

⁵¹ Se dom Helmut Müller, C-451/08, ECLI:EU:C:2010:168, punkterna 48-58.

⁵² I 1 kap. 4 § PBL återfinns en definition av markanvisningsavtal. Ett markanvisningsavtal utgör dock endast en form av föravtal till ett marköverlåtelseavtal. Det är marköverlåtelseavtalet som innehåller den egentliga regleringen av en markförsäljning med vidhängande villkor.

4.3.1 Exploateringsavtal

När det gäller exploateringsavtal får ett sådant avtal, enligt 6 kap. 41 § plan- och bygglagen (PBL), inte innehålla ett åtagande för en byggherre eller fastighetsägare att helt eller delvis bekosta byggnadsverk för vård, utbildning eller omsorg som kommunen har en skyldighet enligt lag att tillhandahålla. 6 kap. 41 § PBL hindrar dock inte att en kommun kommer överens med en fastighetsägare om byggnation av till exempel en förskola, så länge kommunen betalar för byggnationen exempelvis genom lokalhyran.

En vanlig fråga är om en kommun med en fastighetsägare kan ingå ett exploateringsavtal som omfattar dels byggnation av bostäder eller andra lokaler som kommunen inte ska hyra och dels exempelvis en förskola eller ett gruppboende som kommunen avser att hyra av fastighetsägaren. Byggnationen av de bostäder och andra lokaler som kommunen inte ska hyra är inte upphandlingspliktiga eftersom kommunen inte betalar för dem och det inte heller är någonting som ska tillfalla kommunen. Det är alltså inte fråga om att kommunen i den delen erhåller en prestation av direkt ekonomiskt intresse.⁵³ När det gäller byggnationen av förskolan eller gruppboendet är utgångspunkten däremot att upphandlingsplikt föreligger eftersom avtalet i den delen innebär att ett byggnadsverk uppförs enligt kommunens krav enligt 1 kap. 9 § LOU och att kommunen utger ersättning för detta i form av framtida hyresbetalningar.

Det finns praxis från EU-domstolen som innebär att odelbara blandade kontrakt ska klassificeras utifrån avtalets huvudsakliga syfte samt att detta gäller oavsett om den del som rör det huvudsakliga syftet omfattas av direktiven om offentlig upphandling eller inte.⁵⁴ Förutsatt att exploateringsavtalet kan ses som ett odelbart kontrakt, dvs. att delarna är sammanbundna så att de inte kan separeras, finns visst stöd för att kontraktet helt kan undantas från upphandlingsplikt. Det är dock inte givet att ett sådant kontrakt ska betraktas som odelbart. Alternativet att upphandla byggnationen av förskolan eller gruppboendet separat och att förlägga dessa till egna byggnader kvarstår, även om det kan vara mindre lämpligt eller önskvärt från kommunens sida. Frågan om det är förenligt med LOU att ingå exploateringsavtal som omfattar byggnation av förskolor eller gruppboenden i exempelvis bottenvåningen för att sedan hyra dessa lokaler utan att genomföra ett upphandlingsförfarande får därför betraktas som obesvarad än så länge. I det fallet att förskolan eller grupp-boendet avses att förläggas till fristående byggnader är det sannolikt inte möjligt att undanta dessa från upphandlingsplikten, eftersom det då knappast kan sägas att exploateringsavtalet är odelbart.

⁵³ Se dom Helmut Müller, C-451/08, ECLI:EU:C:2010:168, punkterna 48-58.

⁵⁴ Se dom, Club Hotel Loutraki AE m.fl., C-145/08 och C-149/08, punkterna 48-49. Se även prop. 2015/16:195 s. 952.

Exempel på tillvägagångssätt vid exploatering för bostäder och en förskola

En kommun ingår ett sedvanligt exploateringsavtal som bl.a. omfattar byggnation av ett eller flera flervåningshus. I bottenvåningen på ett av husen anser kommunen att det är lämpligt att inhysa en förskola och lägger därför till ett villkor om detta i exploateringsavtalet. Kommunen avser att hyra förskolelokalen efter att den är färdigbyggd. Förutsatt att kontraktet kan ses som odelbart, vilket det går att argumentera för (det kanske inte finns någon annan plats inom exploateringsområdet att förlägga en för området nödvändig förskola), finns en möjlighet att hela avtalet kan undantas från upphandlingsplikt. Rättsläget är dock osäkert.

Exempel 10: Exploateringsavtal gällande bostäder och en förskola

4.3.2 Marköverlåtelseavtal

I fråga om marköverlåtelseavtal är situationen i stort sett densamma, förutom att det är kommunen som från början äger den mark som avses att exploateras för t.ex. bostadsbebyggelse. Det är köparen som ska exploatera området och tillhandahålla bostäderna eller lokalerna till marknaden. I och med att kommunen säljer marken förekommer också olika villkor i samband med försäljningen, t.ex. att ett visst antal av de nybyggda bostäderna ska utgöra hyresrätter. Det är dock inte fråga om att kommunen sedan ska förhyra dem, utan kravet uppställs i syfte att det överhuvudtaget ska finnas hyresrätter att tillgå på bostadsmarknaden i den aktuella kommunen. Någon upphandlingsplikt föreligger i dessa fall inte eftersom det inte heller i denna situation är fråga om att kommunen ska betala för dem och hyresrätterna inte heller ska tillfalla kommunen. Att det inte är fråga om upphandlingsplikt i detta fall får också stöd i EU-domstolens avgörande i Helmut Müller. Domstolen uttalade i Helmut Müller att en byggnad inte anses uppförd enligt en UM:s specifikationer när UM använder sig av sin befogenhet att utöva tillsyn i frågor avseende stadsplanering eller fattar beslut med tillämpning av sina befogenheter på området för stadsplanering.⁵⁵

När det gäller byggnation av t.ex. förskolor eller gruppboenden är utgångspunkten, liksom beträffande fallet vid exploateringsavtal, att upphandlingsplikt föreligger eftersom avtalet i den delen innebär att ett byggnadsverk uppförs enligt kommunens krav enligt 1 kap. 9 § LOU och att kommunen utger ersättning för detta i form av framtida lokalhyra. Även här kan det argumenteras utifrån praxis från EU-domstolen som innebär att odelbara blandade kontrakt ska klassificeras utifrån avtalets huvudsakliga föremål och att detta gäller oavsett om den del som rör det huvudsakliga syftet omfattas av direktiven om offentlig upphandling eller inte.⁵⁶ Förutsatt att även ett marköverlåtelseavtal kan ses som ett odelbart kontrakt på samma sätt som anges beträffande exploateringsavtal, dvs. att delarna är sammanbundna så att de inte kan separeras när de funktioner kommunen önskar hyra finns i t.ex. markplanet i flerfamiljshus, finns

⁵⁵ Se dom Helmut Müller, C-451/08, ECLI:EU:C:2010:168, punkt 68.

⁵⁶ Se dom, Club Hotel Loutraki AE m.fl., C-145/08 och C-149/08, punkterna 48-49. Se även prop. 2015/16:195 s. 952.

visst stöd för att kontraktet helt skulle kunna undantas från upphandlingsplikt. Även här kan alternativet finnas att upphandla byggnationen av förskola eller gruppboende separat och att förlägga dessa till egna byggnader. Det föreligger också en större möjlighet vid marköverlåtelseavtal att konkurrensutsätta hela marktilldelningen och genomföra en upphandling i de delar som avser framtida förhyring av kommunala verksamhetslokaler i t.ex. bottenvåningen av ett flerfamiljshus.

4.4 Inlåsningsituationer – tekniska skäl och skydd av ensamrätt?

UM som vill hyra lokaler kan hamna i inlåsningsituationer. En inlåsnings-situation försvårar eller förhindrar för den upphandlande myndigheten att på ett rimligt och effektivt sätt förhyra lämpliga lokaler för om-, till- eller nybyggnation. En inlåsnings-situation kan även förhindra UM att på ett rimligt och effektivt sätt utföra sitt verksamhetsuppdrag. En inlåsnings-situation uppstår genom att en hyresvärd, i egenskap av fastighetsägare, styr vilka entreprenörer som kan anlitas för genomförande av arbeten inom hyresvärdens fastighet. Hyresvärderna kan således neka UM att använda UM:s egna LOU-upphandlade entreprenörer.

Enligt 6 kap. 14 § LOU kan en UM använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggtentreprenader, varor och tjänster utifrån grunderna konstnärliga eller tekniska skäl samt ensamrätt. Om 6 kap 14 § LOU är tillämpligt behöver UM inte bjuda in till anbudsgivning genom en annonserad upphandling.

Undantaget utifrån grunderna konstnärliga eller tekniska skäl eller ensamrätt regleras i 6 kap. 14 § LOU:

En upphandlande myndighet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det som ska upphandlas kan tillhandahållas endast av en viss leverantör därför att

1. syftet med upphandlingen är att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation,
2. det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens, eller
3. det som ska anskaffas skyddas av ensamrätt och därför endast kan tillhandahållas av en viss leverantör.

Ett sådant förfarande får i fall som avses i första stycket 2 och 3 användas endast om det inte finns något rimligt alternativ och avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen.

Faktaruta 3: Undantag utifrån konstnärliga eller tekniska skäl eller ensamrätt enligt 6 kap. 14 § LOU

Det saknas praxis från förvaltningsdomstolarna om förhandlat förfarande utan föregående annonsering kan tillämpas avseende tekniska skäl och ensamrätt kopplat till inläsningssituationer vid hyra av lokal eller byggnad. I doktrin, dvs. den juridiska litteraturen, har det däremot föreslagits att tekniska skäl och ensamrätt ska vara tillämpligt när byggtreprenadarbeten inte kan utföras av någon annan än den som hyresvärden låter anlita.⁵⁷

Det finns behov av argumentationsstöd för att hantera inläsningssituationer. En väg framåt kan vara att söka argumentationsstöd i 6 kap. 14 § LOU avseende tekniska skäl och ensamrätt.

Att beakta är att alla undantag från upphandlingsreglerna ska tolkas restriktivt. Om en UM avser att tillämpa ett undantag bär UM bevisbördan för att undantaget är tillämpligt.⁵⁸

4.4.1 Hyresvärden tillåter endast byggtreprenadarbeten av egen utpekad leverantör

En inläsningssituation som kan uppstå är följande. Under ett pågående hyresförhållande nekar hyresvärden UM att använda andra än hyresvärdens egna entreprenörer för genomförande av byggtreprenadarbeten i hyresvärdens lokaler. Inläsningseffekten består i att hyresvärden endast accepterar att byggtreprenaden utförs av den leverantör som hyresvärden själv låter anlita. UM försätts i en situation där UM måste välja mellan att antingen avstå från att genomföra nödvändiga byggtreprenadarbeten eller bryta mot LOU.

4.4.2 Monopolsituation - en fastighetsägare äger all mark

En annan inläsningssituation som kan uppstå är följande. UM behöver ingå ett hyreskontrakt på en viss plats för att på ett rimligt och effektivt sätt kunna utföra sitt verksamhetsuppdrag.⁵⁹ Exempelvis kan en sjukvårdsmottagning eller ett socialkontor behöva etableras på den plats där kommuninvånarna befinner sig, exempelvis i det lokala centrumet eller gallerian för bästa tillgänglighet och service.⁶⁰

Inläsningseffekten består av att det endast finns en hyresvärd, i egenskap av fastighetsägare, som äger all mark inom ett rimligt avstånd från UM:s

⁵⁷ Se Rosén Andersson, m.fl., LOU, en kommentar, kommentaren till 1 kap. 6 § ÅLOU, första punkten.

⁵⁸ Se Kommissionen mot Tyskland, C-20/01 och C-28/01, ECLI:EU:C:2003:220, punkt 58.

⁵⁹ Regioner har bl.a. en skyldighet att tillhandahålla lätt tillgänglig hälso- och sjukvårdsverksamhet, se 3 kap. 1 §, 5 kap. 1 § p. 5, hälso- och sjukvårdslag (2017:30). Kommuner har bl.a. en skyldighet att tillhandahålla förskolor, skolor och socialtjänst, se 2 kap. 2 § skollag (2010:800), 2 kap. 1 § socialtjänstlag (2001:453).

⁶⁰ Ytterligare en inläsningssituation är den som kan uppstå för statliga lärosäten som universitet och högskolor. Lärosäten får enligt förordningen om förvaltning av statliga fastigheter (1993:527) inte äga sina lokaler, utan är hänvisade till att hyra. Om endast en hyresvärd, exempelvis Akademiska hus, äger samtliga fastigheter i direkt anslutning till campus uppstår en inläsningssituation om nya lokaler behöver förhyras i anslutning till campus.

lokalbehov. Det saknas således konkurrerande fastighetsägare. Om fastighetsägaren endast tillåter sina egna leverantörer att utföra arbeten på fastigheten uppstår en inlåsningsituation. Att exempelvis flytta en sjukvårdsmottagning till en plats där kommuninvånarna inte vistas är kontraproduktivt både av ekonomiska skäl och hälsoskäl. Vidare äventyras den samhällsservice och tillgänglighet som UM är skyldig att tillhandahålla.

4.4.3 Tekniska skäl

För att undantaget för tekniska skäl, 6 kap. 14 § LOU, ska vara tillämpligt ska endast en entreprenör på grund av tekniska skäl kunna utföra de till hyresförhållandet upphandlingspliktiga byggentreprenadarbetena. En UM som vill använda sig av undantaget bör göra en noggrann undersökning och försäkra sig om att det endast finns en rimlig hyresvärd att kontraktera baserat på tekniska skäl. För att undantaget ska vara tillämpligt ska det handla om väldigt speciella byggnader med unik teknik. Utöver att byggarbetena ska vara av teknisk karaktär ska det inte finnas någon konkurrerande hyresvärd som kan genomföra byggentreprenadarbetena. I EU-domstolens avgörande Kommissionen mot Italien har tekniska skäl prövats vid byggnationen av ett utjämningsmagasin för skydd mot översvämningar. Domstolen ansåg att arbetena var av teknisk karaktär men att det inte varit nödvändigt att endast vända sig till en leverantör för utförandet av arbetena.⁶¹

Det kan konstaterats att det inte räcker med att arbetena är komplicerade eller särskilt svåra att utföra för att UM ska få vända sig direkt till en entreprenör utan upphandling.

Det är svårt att i ett hyresförhållande med tillhörande byggentreprenadarbeten hitta stöd för att tillämpa undantaget tekniska skäl. De inlåsnings effekter som redogjorts för ovan är sällan av teknisk karaktär om det inte handlar om väldigt speciella om-, till- eller nybyggnationer.

4.4.4 Ensamrätt

Undantaget för ensamrätt, 6 kap. 14 § LOU, behandlar främst immateriella rättigheter som patent, varumärkesskydd och upphovsrätt. Det är inte prövat i domstol om ensamrätt även träffar inlåsnings effekter i hyresförhållanden.

För att UM ska nå framgång med att motivera ett undantag från upphandlings skyldigheten på grund av ensamrätt inom ett hyresförhållande, måste förutsättningarna vara sådana att endast en aktör kan tillhandahålla önskade om-, till- eller nybyggnationer.

En hyresvärd har via äganderätten ett starkt legalt skydd, eftersom äganderätten är grundlagsskyddad. Äganderätten gör det möjligt för en fastighetsägare att neka en hyresgäst rätten att genomföra byggentreprenadarbeten i de förhyrda lokalerna.⁶² Det är däremot möjligt att i ett hyresförhållande avtala om en annan

⁶¹ Se dom Kommissionen mot Italien, C-385/02, ECLI:EU:C:2004:522, punkt 23.

⁶² Se 2 kap. 15 § Regeringsformen. Se även 12 kap. 24 och 42 §§ JB.

reglering, se 12 kap. JB (Jordabalken). Det är exempelvis möjligt att avtala om en rätt för hyresgästen att låta egna LOU-upphandlade leverantörer genomföra renoveringar i hyresvärdens lokaler. Om en sådan avtalsreglering däremot saknas är det inte möjligt för en hyresgäst att genomföra byggtreprenadarbeten utan hyresvärdens godkännande. UM har då inga andra rimliga alternativ än att låta hyresvärden genomföra arbetena eller avstå från att genomföra behövliga byggtreprenadarbeten.

En möjlig argumentationslinje när en inlåsningsituation uppstår är att hävda att ett bestående hinder föreligger. Hindret består av att ingen annan entreprenör än den som hyresvärden godkänner kan utföra arbetena. Hyresvärden sitter således på en legal ensamrätt att neka en hyresgäst ombyggnationer och renoveringar annat än av egna entreprenörer. Det finns således en möjlighet att hävda att äganderätten till en fastighet kan utgöra en ensamrätt enligt 6 kap. 14 § LOU om ett bestående hinder i form av en inlåsningsituation föreligger.⁶³

Om en inlåsningsituation uppstår är det därför viktigt att dokumentera fastighetsägarens inställning och varför det inte är möjligt att upphandla enligt LOU. Dokumentationen kan utgöra viktig bevisning vid en domstolsprocess om undantagets tillämplighet.

4.4.5 Rimlighetsargument vid tekniska skäl och ensamrätt

Det ska även framföras att det enligt 6 kap. 14 § andra stycket LOU finns ett villkor som anger att tekniska skäl och ensamrätt endast får tillämpas om det (1) inte finns något rimligt alternativ och (2) avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstgjord begränsning av förutsättningarna för upphandlingen. Regleringen är ny och saknades i den äldre regleringen, lag (2007:1091) om offentlig upphandling. Det bör således ha skett en viss öppning för att vid inlåsnings-effekter argumentera utifrån vad som i varje given situation är rimligt. En UM som vill tillämpa undantaget för tekniska skäl och ensamrätt måste påvisa att det vid inlåsningsituationer är orimligt att upphandla en entreprenör enligt LOU i hyresvärdens lokaler.

⁶³ Se Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, s. 545 ff. och 564 ff., inklusive fotnot 756.

Exempel på tillvägagångssätt vid en rimlighetsavvägning

En region ska inrätta en ny sjukvårdsmottagning. Sjukvårdsmottagningen behöver ligga i anslutning till det lokala centrumet för att möta kommuninvånarnas behov av lättillgänglig hälso- och sjukvård. Ett fastighetsbolag äger samtliga byggnader i centrum. Fastighetsbolaget kan tillhandahålla aktuella lokaler men tillåter inte att byggtreprepararbetena upphandlas enligt LOU. Fastighetsbolaget tillåter endast att arbeten utförs av fastighetsbolagets egna entreprenörer. Regionen är således förhindrad att ingå hyreskontrakt utan att agera i strid med LOU. En inlåsningsituation uppstår. Det finns visst stöd för att regionen med stöd av undantaget för ensamrätt, enligt 6 kap. 14 § LOU, kan tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering och ingå ett hyreskontrakt med tillhörande byggtreprepararbeten direkt med fastighetsbolaget.

Vidare konstaterar regionen utifrån en rimlighetsavvägning, enligt 6 kap. 14 § andra stycket LOU, att det inte finns någon annan konkurrerande fastighetsägare som kan erbjuda aktuella lokaler utifrån vårdmottagarnas behov av lättillgänglig hälso- och sjukvård i anslutning till centrum.

Exempel 11: Rimlighetsargument vid tekniska skäl och ensamrätt

4.4.6 Förhandsinsyn

Möjligheten att använda sig av förhandsinsyn enligt 10 kap. 5 § LOU samt 19 kap. 13 § LOU kan vara ett effektivt verktyg för att förhindra att ett ingånget avtal ogiltigförklaras enligt 20 kap. 3 § samt 20 kap. 15 § tredje punkten LOU. Förhandsinsyn får användas när UM använder sig av undantaget för ensamrätt eller tekniska skäl enligt 6 kap. 14 § LOU. Det är däremot inte möjligt att använda förhandsinsyn om hyresundantaget åberopas enligt 3 kap. 19 § LOU.

Om UM bedömer att exempelvis undantaget för ensamrätt föreligger kan det påföljande avtalet ingås utan upphandling. Förhandsinsyn är avsett att tillämpas när UM anser att det finns en viss osäkerhet angående om ett undantag från annonseringsplikt är tillämpligt. Då undantaget för ensamrätt kopplat till hyresförhållanden ännu inte prövats i domstol finns en osäkerhet kring undantagets tillämplighet.

Förhandsinsynen är ett meddelande som anger den upphandlande myndighetens avsikt att ingå kontrakt. Meddelandet om förhandsinsyn skickas enklast ut via webbaserat upphandlingsverktyg men kan också skickas direkt via Europeiska unionens officiella tidning (EUT). Den leverantör som den upphandlande myndigheten avser att ingå kontrakt med ska namnges i meddelandet om förhandsinsyn.⁶⁴

⁶⁴ Se Standardformulär 15 till Kommissionens genomförandeförordning 2015/1986.

Från förhandsinsynens publicerande löper en avtalsspärr på tio dagar inom vilket en leverantör som anser att upphandlande myndighet inte har grund för att tillämpa ett undantag kan begära överprövning. Berörda leverantörer som uppmärksammar förhandsinsynen måste inom fristen ansöka om överprövning. Om ingen överprövning inkommer inom fristen kan inte avtalet ogiltigförklaras.

Fördelar: Vid tillämpning av undantagen tekniska skäl eller ensamrätt kopplat till hyresförhållanden bör alltid förhandsinsyn tillämpas med beaktande av, dvs. med hänsyn tagen till, den osäkerhet som råder kring undantagets tillämplighet. Förhandsinsyn stänger möjligheten att begära ingångna avtal ogiltigförklarade efter att 10-dagarsfristen löpt ut. Observeras bör även att ingen avtalsspärr löper vid ingåendet av kontrakt enligt förhandlat förfarande utan föregående annonsering samt vid direktupphandling (20 kap. 2 § LOU). En upphandlande myndighet kan således genom att tillämpa förhandsinsyn försäkra sig om att ett ingånget kontrakt inte kan angripas via ogiltighetstalan eller överprövning.

Nackdelar: Trots att en förhandsinsyn har genomförts kvarstår Konkurrensverkets möjlighet att ansöka om upphandlingsskadeavgift och leverantörers möjlighet att kräva skadestånd. En leverantör som för en skadeståndstalan kan däremot få svårt att förklara varför denne inte begärde överprövning inom förhandsinsynens tiodagars frist, varför ett eventuellt skadestånd sannolikt skulle jämkas, möjligtvis ner till noll SEK.⁶⁵

Tips: Förhandsinsyn ska främst tillämpas när en UM anser att det finns en osäkerhet kring ett undantags tillämplighet. Det är därför viktigt att upphandlande myndighet tydligt motiverar varför ett åberopat undantag är tillämpligt.

⁶⁵ jfr Högsta domstolens dom i NJA 2016 s. 369, punkt 33.

5. Tips vid hyresvärdsupphandling

5.1.1 Request for Information (RFI)

En RFI innebär att UM skickar skriftliga frågor till potentiella leverantörer innan upphandlingen inleds. Genom RFI:n kan UM skapa sig bättre kunskap om marknaden och vilka intressenter som finns. En RFI kan exempelvis skickas ut via ett upphandlingsverktyg eller på annat sätt.

Om UM saknar kunskap om vilka hyresvärdar som finns inom ett visst geografiskt område eller vill skapa sig en uppfattning om vilka hyresvärdar som är intresserade att delta i en hyresvärdsupphandling, kan med fördel en RFI användas. UM kan då innan hyresvärdsupphandlingen inleds ställa riktade frågor till potentiella hyresvärdar, motivera den geografiska avgränsningen och stämma av om någon leverantör tycker avgränsningen är för snäv och varför. Vidare kan UM testa idéer om eventuella kravformuleringar, tilldelningskriterier och avtalsvillkor.

RFI:n kan vara ett utmärkt redskap för att motivera och testa vissa krav och tänkt handlingsalternativ. Om UM redan i RFI:n kan motivera sina tänkta beslut utifrån väl avvägda grunder kan förståelsen för beslutet öka bland leverantörerna, vilket kan öka förutsättningarna för en lyckad hyresvärdsupphandling.⁶⁶

5.1.2 Förhandlat förfarande med föregående annonsering

En UM som ska genomföra en offentlig upphandling ska välja ett förfarande för upphandlingen. Valet av förfarande styr bland annat i vilka steg upphandlingen ska genomföras, vilka tidsfrister som gäller och om UM får förhandla med anbudsgivarna.

Vilka förfaranden som UM får välja bland beror på avtalets värde samt vilket slag av vara, tjänst eller byggtjänst som ska upphandlas.⁶⁷ Generellt kan sägas att valet av förfarande ska anpassas till förutsättningarna i upphandlingen och syfta till att förverkliga projektets mål.

Förhandlat förfarande med föregående annonsering anser vi lämpar sig bäst vid en hyresvärdsupphandling.

⁶⁶ För att läsa mer om RFI se <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/omraden/dialog-och-innovation/dialog/request-for-information-rfi/>

⁶⁷ Läs mer om de olika förfarandena på Upphandlingsmyndighetens hemsida. <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/upphandla/om-upphandlingsreglerna/Upphandlingsforfaranden/>.

Ett förhandlat förfarande med föregående annonsering får tillämpas enligt 6 kap. 5 § LOU när:

- den upphandlande myndighetens behov inte kan tillgodoses utan anpassning av lättillgängliga lösningar,
- upphandlingen inbegriper formgivning eller innovativa lösningar,
- kontraktet inte kan tilldelas utan föregående förhandlingar på grund av särskilda omständigheter som avser arten, komplexiteten eller den rättsliga och ekonomiska utformningen av det som ska anskaffas eller på grund av riskerna i anslutning till dessa omständigheter, eller
- den upphandlande myndigheten inte med tillräcklig precision kan utarbeta tekniska specifikationer med hänvisning till en standard, europeisk teknisk bedömning, gemensam teknisk specifikation eller teknisk referens.

Vid upphandlingar av byggtreprenader som exempelvis större om-, till- och nybyggnationer kan i regel ett förhandlat förfarande med föregående annonsering tillämpas. Vidare upphandlas ett hyreskontrakt samt eventuella projekteringstjänster inom ramen för en hyresvärdsupphandling. En sådan avtalskonstruktion innehåller i regel komplexa förhållanden, formgivning och lösningar som inte är lättillgängliga.

Ett förhandlat förfarande genomförs i två steg. I det första steget, ansökningsfasen, bjuder UM in intresserade leverantörer att delta i upphandlingen. I det andra steget, anbudsfasen, får leverantörerna inkomma med anbud. Inkomna anbud ligger sedan till grund för förhandlingar som ska avse förbättringar, anpassningar och justeringar av krav och inkomna anbud. Om ändringar sker i upphandlingsdokumenten under förhandlingarna ska alla leverantörer som bjudits in att delta i förhandlingarna få information om ändringarna och möjlighet att justera sina anbud. Förhandlingar kan ske i flera steg och det finns möjlighet att minska antalet leverantörer under förhandlingarnas gång, exempelvis om en leverantör inte är villig att möta de förändringar som gjorts i upphandlingsdokumenten.

Att delta i en större hyresvärdsupphandling är resurskrävande för leverantörerna varför UM i upphandlingens första steg, ansökningsfasen, bör genomföra en prekvalificering av vilka leverantörer som är intressanta att ta vidare till nästa steg, anbudsfasen. En prekvalificering kan utformas utifrån bl.a. tidigare erfarenhet och referensprojekt.

Fördelen med att använda sig av ett förhandlat förfarande är den flexibilitet som skapas genom möjligheten för UM att justera krav och villkor i upphandlingsdokumenten. Anbudsgivarna får möjlighet att anpassa sina anbud efter de justeringar som görs. Vid exempelvis användandet av ett öppet förfarande är UM låst vid de krav och villkor som uppställts i upphandlingsdokumenten. Vid ett öppet förfarande kan inte UM ändra krav och villkor i upphandlingsdokumenten efter anbudstidens utgång utan att avbryta upphandlingen och annonsera på nytt. Ett avbrytande kan leda till betydande förseningar av lokalanskaffningen.

Vidare kan ett förhandlat förfarande leda till ett informationsutbyte mellan UM och anbudsgivarna som gör det möjligt för UM att justera upphandlingsdokumenten och därigenom skapa ett bättre och tydligare upphandlingsdokument. Eventuella luckor i upphandlingsdokumenten och anbuden kan via förhandlingar fyllas vilket kan motverka konflikter och otydligheter efter avtalstecknandet.

Viktigt att notera är att förhandlingar i enlighet med 6 kap. 5 § LOU inte får avse i upphandlingsdokumenten sätta minimikrav eller tilldelningskriterier. Detta innebär att om UM har angett att ett visst krav är ett minimikrav (dvs. icke-förhandlingsbart) kan UM inte senare via förhandlingar justera kravet. Ett tips vid förhandlat förfarande är att i upphandlingsdokumenten begränsa antalet minimikrav, dvs. krav som inte är förhandlingsbara. Att låta så många villkor som möjligt vara förhandlingsbara ökar förutsättningarna att förhandla om så stora delar av upphandlingsdokumenten och inkomna anbud som möjligt. Tilldelningskriteriernas viktning och utvärderingsgrund får inte ändras utan måste förbli desamma under hela upphandlingen.

5.1.3 Förhandlat förfarande utan föregående annonsering

Tekniska skäl och ensamrätt är tidigare berörda situationer där UM inte behöver annonsera en upphandling enligt LOU. Vid en hyresvärdsupphandling kan ytterligare en sådan situation uppstå när UM har annonserat en upphandling men inte fått in några lämpliga anbudsansökningar eller anbud. UM behöver vid en sådan situation inte gå ut med en upphandling på nytt utan kan övergå till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering, se 6 kap. 12 § LOU. UM är då fri att vända sig till vilken leverantör som helst och inleda förhandlingar utan att tillämpa LOU:s förfaranderegler. En förutsättning är att UM inte gör några väsentliga ändringar av kraven och villkoren som har angetts i den ursprungliga upphandlingen.

6. Rättsmedel

6.1 Rättsliga konsekvenser av otillåten direktupphandling

Om en upphandlande myndighet ingår ett avtal med en leverantör utan att annonsera enligt LOU föreligger en otillåten direktupphandling, förutsatt att inget av undantagen som möjliggör direktupphandling är giltiga. En otillåten direktupphandling kan exempelvis föreligga när en UM ingår ett hyreskontrakt som innehåller förtäckta byggentreprenader, dvs. att hyresöverenskommelsen utifrån dess innehåll och klassificering som byggentreprenad inte upphandlas i enlighet med ett annonserat förfarande i LOU.

Det finns fyra olika rättsliga konsekvenser som kan drabba en UM vid otillåten direktupphandling. Tre av dem är ogiltigförklaring av avtalet, skadestånd och upphandlingsskadeavgift.

En upphandling kan utöver ovan nämnda påföljder överprövas, vilket är den fjärde möjliga konsekvensen. En potentiell leverantör kan begära att en förvaltningsrätt överprövar en pågående upphandling om den anser att UM inte följt reglerna i LOU under upphandlingen. Överprövning av upphandling kan endast bli aktuell innan ett avtal har undertecknats (se 20 kap. 6 § andra stycket LOU).

6.2 Upphandlingsskadeavgift

Upphandlingsskadeavgift är ett rättsmedel som används av Konkurrensverket. Konkurrensverket gör en ansökan till allmän förvaltningsdomstol om att en upphandlande myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift, om vissa förutsättningar är uppfyllda. Regleringen finns i 21 kap. LOU. En av förutsättningarna för utdömande av upphandlingsskadeavgift är exempelvis att UM inte annonserat en upphandlingspliktig byggentreprenad enligt reglerna i LOU, dvs. en otillåten direktupphandling. Det lägsta beloppet som kan aktualiseras för upphandlingsskadeavgift är 10 000 SEK och maximalt 10 000 000 SEK. Avgiften får dock aldrig överstiga 10 procent av kontraktsvärdet. Vid bedömningen av hur stort beloppet ska vara tar domstolen särskild hänsyn till hur allvarlig överträdelsen är.

Om en ansökan om upphandlingsskadeavgift grundas på att den upphandlande myndigheten gjort en otillåten direktupphandling, ska ansökan ha inkommit till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts, om ingen leverantör ansökt om överprövning av direktupphandlingen, enligt 21 kap. 1 § 3 p. LOU.

Om en leverantör däremot ansökt om överprövning av ett ingånget avtal ska ansökan om upphandlingsskadeavgift ha inkommit till förvaltningsrätten inom sex månader från den tidpunkt då samtliga beslut med anledning av överprövningen vunnit laga kraft. Om en ansökan inte inkommit i enlighet med angivna tidsfrister kan inte Konkurrensverket ansöka om upphandlingsskadeavgift.

6.3 Överprövning av ett avtals giltighet

Att få ett avtal ogiltigförklarat är ett rättsmedel förbehållet leverantörer som finns reglerat i 20 kap. 13-17 §§ LOU. En av grunderna för ett ogiltigförklarande är att avtal har ingåtts till följd av en otillåten direktupphandling. De flesta mål som hanterats av förvaltningsrätterna avseende gränsdragningen mellan hyra och byggtreprenad har avsett ogiltighetstalan.

Om exempelvis en UM ingår ett kontrakt som innehåller upphandlingspliktiga byggtreprenader utan att följa reglerna för annonsering i LOU kan en ogiltighetstalan föras av en annan leverantör. Om domstolen kommer fram till att en otillåten direktupphandling föreligger kan domstolen ogiltigförklara kontraktet.

En ansökan om ogiltighet ska ha inkommit till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts, eller inom 30 dagar från det att den upphandlande myndigheten publicerat en efterannons eller skriftligen underrettat anbudsgivarna om att avtalet slutits. Om ett avtal förklaras ogiltigt ska parterna sättas i samma förhållande som de hade varit i om avtalet inte ingåtts. Det innebär att om inga prestationer utbyts kan avtalet avvecklas. Om prestationer däremot har utbyts ska dessa återgå. Om det inte är möjligt ska parterna sättas i samma förmögenhetsläge som de var i innan avtalet ingicks.⁶⁸

En följd av en ogiltighetstalan är att den upphandlande myndigheten även kan bli skadeståndsskyldig.

6.4 Skadestånd

En UM kan bli skadeståndsskyldig för det fall bestämmelserna i LOU inte följts. Bestämmelser om skadestånd finns i 20 kap. 20-21 §§ LOU. Skadeståndsansvaret aktualiseras oaktat uppsåt och oaktsamhet. En leverantör kan under vissa förutsättningar ha rätt till det negativa kontraktsintresset vilket avser exempelvis kostnader för framtagande av anbud, deltagande i upphandling samt rättegångskostnader. En leverantör kan vidare ha rätt till det positiva kontraktsintresset, dvs. den vinst som leverantören skulle ha erhållit om denne rätteligen hade tilldelats kontraktet och fått teckna avtal med den upphandlande myndigheten.⁶⁹

För att en leverantör ska kunna erhålla skadestånd vid en otillåten direktupphandling behöver leverantören göra det sannolikt att denne skulle ha lämnat ett anbud och därvid skulle haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet.⁷⁰

Beakta att med leverantör avses den som på marknaden tillhandahåller varor, tjänster eller byggtreprenader. Begreppet inbegriper således även leverantörer som inte har varit delaktiga i upphandlingen.

⁶⁸ Se prop. 2009/10:180 s. 361.

⁶⁹ Se prop. 2009/10:180 s. 361.

⁷⁰ Se NJA 2007 s. 349.

Talan om skadestånd ska väckas av en leverantör vid allmän domstol vilket betyder att tingsrätt är första instans. Detta skiljer sig från en överprövning, ogiltighetstalan och upphandlingsskadeavgift som förvaltningsrätterna hanterar. Talan om skadestånd ska väckas inom ett år från den tidpunkt då avtal har slutits, eller inom ett år från den tidpunkt då avtalet förklarats ogiltigt genom ett avgörande som fått laga kraft.

Om en skadeståndstalan inte väcks inom angivna tidsfrister saknas möjligheten att väcka en skadeståndstalan.

6.5 Överprövning under pågående upphandling

En leverantör kan begära att en förvaltningsrätt överprövar en pågående upphandling om den anser att UM inte följt reglerna i LOU. Vidare ska leverantören visa att denne har lidit skada, eller kan komma att lida skada på grund av att LOU inte följts. En ansökan om överprövning prövas av förvaltningsrätten. Ofta sker en överprövning efter att UM meddelat ett tilldelningsbeslut avseende vilken leverantör UM avser teckna kontrakt med.

Tidsfristen för att ansöka om en överprövning baseras på den avtalsspärr som myndigheten angivit i tilldelningsbeslutet, minimum 10 dagar. Om ett avtal däremot har tecknats av myndigheten återstår att ansöka om överprövning av avtalets giltighet.

Den möjliga följderna av en överprövning är att upphandlingen ska göras om, att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har gjorts eller att ansökan avslås.

En följd av att ett överprövningsmål anhängiggörs, dvs. överlämnas till prövning och avgörande, i förvaltningsrätten är att en så kallad förlängd avtalsspärr normalt sett börjar löpa. UM får inte ingå avtal innan den förlängda avtalsspärren löpt ut. En överprövning kan leda till fördröjningar. Exempelvis kan en planerad byggtreprenad fördröjas vilket kan skapa kostnader såväl för UM som för leverantören.

6.6 Övriga konsekvenser

En upphandlande myndighet som överkompenserar en leverantör i ett ingånget avtal riskerar att bryta mot förbudet att gynna enskild näringsidkare enligt 2 kap 8 § kommunallagen (2017:725) (KomL).⁷¹ Det är av den anledningen viktigt att hyresnivån i ett hyreskontrakt är marknadsmässig. Om en försäljning av en fastighet ingår i ett åtagande ska försäljningen ske till minst marknadsvärde. En överkompensation kan också resultera i att reglerna om otillåtet statligt stöd aktualiseras enligt artikel 107 EUF-fördraget.

En talan enligt 2 kap 8 § KomL kan väckas av varje medlem av en kommun eller en region inom tre veckor från det att beslutet om att ingå avtal anslogs på kommunens eller regionens anslagstavla.

⁷¹ Se även 2 kap 3 § KomL. Likställighetsprincipen utgör även ett förbud för regionerna att gynna enskild.

7. Rättsfallssammanfattningar (svensk rättspraxis)

Kammarrätten i Göteborg, mål nr 7477-08 (Region Skåne)

Bakgrunden till målet var att regionfullmäktige i Skåne hade beslutat att uppdra åt regionstyrelsen att teckna ett ramavtal och hyreskontrakt avseende förhyrning av nytt regionhus i Malmö. Frågan i målet var om det aktuella avtalet utgjorde byggentreprenad. Avtalet avsåg en ännu inte uppförd byggnad. Avtalskonstruktionen innebar att en leverantör skulle uppföra byggnaden på en fastighet som regionstyrelsen ansåg lämplig. Regionen förband sig att hyra byggnaden och leverantören att hyra ut den. Projekteringen skulle utföras i samråd mellan parterna och samrådsmöten skulle ske med två veckors intervall. Vidare skulle regionens önskemål tillgodoses i största möjliga utsträckning. Slutligen ankom det på leverantören att tillse att byggnaden uppfördes i enlighet med vad som överenskommits mellan parterna. Kammarrätten ansåg därför att byggnaden var avsedd att uppföras enligt regionens krav och specifikationer, varför avtalet var att anse som ett byggentreprenadkontrakt. Avtalet ogiltigförklarades inte eftersom klagande parten saknade talerätt.

Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 395-10 (Bostadsmodulerna)

Bakgrunden till målet var att bostadsmoduler, lärosalar och vaktmästerilokaler hade uppförts i anslutning till en kommunal gymnasieskola. Bostadsmodulerna var avsedda för att inhysa skolans elever. Frågan i målet var om det hyreskontrakt som kommunen ingått med leverantören av bostadsmodulerna var att anse som ett byggentreprenadkontrakt. Kammarrätten bedömde att bostadsmodulerna var att anse som byggnadsverk även om de inte var permanenta. Modulerna hade enligt kammarrätten realiserats enligt krav som ställts upp av kommunen. Vad gäller kommunens ekonomiska intresse uttalade kammarrätten att kommunen visserligen inte blivit ägare till bostadsmodulerna men det faktum att boendet var en förutsättning för gymnasieprogrammet, som måste anses vara av direkt ekonomiskt intresse för kommunen, medförde att kommunen hade ett ekonomiskt intresse i byggnadsverken. Kammarrätten beslutade att upphandlingen skulle göras om.

Förvaltningsrätten i Växjö, mål nr 3697-16 (Materialdepån)

Bakgrunden till målet var att Landstinget Blekinge hade ingått ett avtal, benämnt "Hyreskontrakt för lokal" med en leverantör. Hyreskontraktet avsåg en vid avtalets ingående ännu inte uppförd byggnad. Frågan i målet var om hyresundantaget kunde tillämpas eller om kontraktet utgjorde en byggentreprenad. I detta mål, likväl som i Limhamnsmålet, åberopade sökanden e-postkorrespondens mellan avtalsparterna till stöd för att landstinget hade utövat ett avgörande inflytande. Bland annat hade landstinget i ett mejl uttryckt önskemål om hur

visst arbete skulle utföras och samordnas samt önskat att denna kostnad skulle läggas på hyran. Förvaltningsrätten gjorde bedömningen att avtalets huvudsakliga syfte var en byggtreprenad som var upphandlingspliktig. Eftersom anskaffningen inte hade annonserats utgjorde avtalet en otillåten direktupphandling. Det föregående ledde till att förvaltningsrätten ogiltigförklarade avtalet. Målet överklagades men varken kammarrätten eller HFD meddelade prövningstillstånd.⁷²

Blekinge tingsrätt, mål nr T 803-18 (Materialdepån, skadestånd)

Sedan förvaltningsrättens dom i Materialdepån vunnit laga kraft yrkade sökandebolaget, vid tingsrätten, skadestånd om 11 229 809 SEK. Bolaget anförde att landstinget ådragit sig skadeståndsskyldighet enligt 16 kap. 20 § ÄLOU (nuvarande 20 kap. 20 § LOU). Yrkat belopp avsåg nedlagda kostnader (1 081 188 kr), skadebegränsande åtgärder (413 621 kr), utebliven hyra⁷³ (9 515 000 kr) samt ombudskostnader i överprövningsprocessen (260 000 kr). Tingsrätten prövade inledningsvis om hyresundantaget var tillämpligt och gjorde härvid en liknande prövning som förvaltningsrätten gjorde i det ursprungliga målet. Domstolen bedömde även i detta mål att icke-befintliga byggnader kan omfattas av hyresundantaget, men att redan den omständigheten att en ny byggnad ska uppföras för att därefter hyras ut till UM talar för att det rör sig om en beställning från hyresvärden. Tingsrätten beaktade även den e-postkorrespondens som hade förekommit mellan hyresvärden och UM och fann att korrespondensen gav stöd för att byggnaden hade uppförts enligt krav som UM ställt. Eftersom UM inte hade begärt några anbud i den aktuella upphandlingen prövades skadeståndets storlek mot ett hypotetiskt händelseförlopp (se NJA 2014 s. 272). Tingsrätten bedömde att sökandebolaget inte gjort sannolikt att det gått miste om kontraktet. Tingsrätten motiverade sin bedömning med att bolaget inte redovisat underlag gällande andra näringsidkares förutsättningar och intresse för att hyra ut lokal för angivet ändamål. Skadeståndets storlek bestämdes till 3 000 000 SEK och vardera part stod för sina respektive rättegångskostnader.

Kammarrätten i Göteborg 4397-18 (Limhamns målet)

Malmö stad hade ingått ett avtal, benämnt ”hyreskontrakt för blockuthyrning”, med en leverantör. Avtalet omfattade nyproducerade lägenheter för hemlösa samt LSS-boende, dvs. ett gruppboende enligt lagen om stöd och service till vissa funktionshindrade. Avtalet innebar att befintliga byggnader på en av leverantörens fastigheter revs och att nya byggnader uppfördes. Frågan i målet var om anskaffningen var undantagen LOU enligt hyresundantaget. Domstolen inledde med att diskutera vad som utgör ett byggtreprenadkontrakt för att

⁷² Se Kammarrätten i Jönköping (mål nr 1486-17) och Högsta förvaltningsdomstolen (mål nr 4478-17).

⁷³ Ersättning för utebliven hyra kan också benämnas som ersättning för det positiva kontraktintresset.

senare övergå till reglerna om blandade kontrakt. Domstolen prövade därefter vad huvudföremålet för kontraktet var. Den leverantör som begärt överprövning återopade omfattande e-postkorrespondens. Korrespondensen visade att avtalsparterna hade fört diskussioner om anpassningsbehovet av byggnaderna samt reglering av parkeringsnormen.⁷⁴ Det sistnämnda innebar att parterna hade avtalat om att det i anslutning till byggnaderna skulle finnas färre antal parkeringsplatser än för motsvarande nyproducerad byggnad av samma storlek. Kammarrätten bedömde att redan den omständigheten att Malmö stad haft synpunkter på den p-norm som skulle gälla för boendena tydde på att de aktuella byggnadsverken utformats enligt krav som ställts upp av Malmö stad och att Malmö stad därigenom fick anses ha utövat ett bestämmande inflytande över projekteringen. Anskaffningen hade inte annonserats och utgjorde därför en otillåten direktupphandling. Avtalet förklarades ogiltigt. Högsta förvaltningsdomstolen meddelade inte prövningstillstånd.⁷⁵

Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2844-14 (Övertryckstältet)

Bakgrunden till målet var att Borås Stad och Borås Arena AB (hyresvärden) hade ingått ett hyreskontrakt avseende en fotbollshall. Fotbollshallen skulle uppföras genom byggnation av ett övertryckstält över en befintlig konstgräsplan, vilken Borås Stad vid tecknande av hyreskontraktet, redan hyrde av Borås Arena AB. Övertryckstältet var inte permanent utan kunde monteras ned under sommarmånaderna och återmonteras under vintern. Kammarrätten bedömde att övertryckstältet trots att det inte var permanent uppfyllde definitionen av ett byggnadsverk enligt LOU. Kammarrätten prövade sedan om övertryckstältet skulle uppföras enligt krav som ställts av kommunen. Kammarrätten fann att kommunen till viss del varit delaktig i projektet men att klaganden inte gjort sannolikt att övertryckstältet skulle uppföras enligt kommunens krav. Hyreskontraktet utgjorde således inte ett upphandlingspliktigt byggentreprenadkontrakt varför kammarrätten avsåg ansökan om överprövning.

Det går att utläsa av målet att kommunen fått vissa lösningsförslag presenterat för sig och ställt vissa frågor kopplat till uppförandet av övertryckstältet. Däremot hade inte klaganden gjort det sannolikt att kommunen varit initiativtagare till projektet och uppställt krav på övertryckstältet.

Konkurrensverkets beslut DNR 584/2010 (Förvarsenheten i Åstorp)

Bakgrunden till beslutet var att Konkurrensverket granskade ett av Migrationsverket ingånget hyreskontrakt avseende en förvarsenhet i Åstorp. Fastigheten i vilken förvaret skulle inrymmas ägdes av en entreprenör.

Migrationsverket framhöll att hyreskontraktet med entreprenören inte utgjorde en offentlig upphandling av byggentreprenad. Migrationsverket menade att

⁷⁴ Med parkeringsnormen avses hur många parkeringsplatser som ska finnas per boende.

⁷⁵ Se Högsta förvaltningsdomstolens beslut (mål nr 2237-19).

fastigheten ägdes av entreprenören och att det var entreprenören som genomförde upphandlingen av byggentreprenadarbetena i form av hyresgäst Anpassningar, utan Migrationsverkets inblandning. Migrationsverket betalade enbart hyra enligt överenskommelse medan entreprenören betalade för hyresgäst Anpassningarna. Konkurrensverket bedömde att hyreskontraktet var att anse som ett byggentreprenadkontrakt. Bedömningen grundades på att Migrationsverket deltagit i projekteringen av arbetena och att dessa arbeten utfördes enligt Migrationsverkets krav och anvisningar.

Migrationsverket hade tagit fram ett lokalprogram i vilket bland annat byggnadens utseende, vilka typer av rum som behövdes och en rad säkerhetskrav var beskrivna. Konkurrensverket lyfte särskilt att förvarsheten var av speciell karaktär då dess alternativa användningsområden var få utan att omfattande ombyggnationer skulle behöva genomföras. Migrationsverket var enligt hyreskontraktet skyldigt att återställa hyresobjektet till ursprungligt skick i det fall projektet skulle upphöra.

Konkurrensverket fäste också vikt vid att Migrationsverket ersatte hyresgäst Anpassningarna via ett hyrestillägg om 6 885 000 SEK/år, ett betydligt högre belopp än den avtalade grundhyran om 2 016 000 SEK/år. Vidare menade Konkurrensverket att Migrationsverket hade ett direkt ekonomiskt intresse i byggnaden eftersom Migrationsverket erhöll en prestation mot vederlag, dvs. mot ersättning, på så sätt att ombyggnationen betalades med hyra.

Förvaltningsrätten i Linköping, mål nr 7960-15 (Botrygg)

Bakgrunden till målet var att en kommun hade ingått hyreskontrakt med en hyresvärd avseende en lokal för äldreboende. Byggnaden var vid avtalskrivandet inte uppförd. Hyreskontraktet omfattade således en icke-befintlig byggnad. Kommunen genomförde en upphandling avseende de byggentreprenadarbeten som krävdes för uppförandet av äldreboendet. En konkurrerande leverantör (sökanden) inkom med en talan om att hyreskontraktet skulle ogiltigförklaras. Sökanden menade att hyreskontraktet innehöll ett upphandlingspliktigt kontrakt avseende byggherretjänster bestående av bl.a. pantbrev, konsulttjänster, projektledning och administration. Till grund för sin bedömning beaktade förvaltningsrätten vad som framkommit i ett genomförandeaftal som utgjorde en bilaga till hyreskontraktet. I genomförandeaftalet framgick att kommunen skulle upphandla byggentreprenadarbetena enligt LOU och fatta tilldelningsbeslut men att hyresvärden skulle ta fram upphandlingsdokument, genomföra projekteringen samt stå för det praktiska genomförandet av byggentreprenaden. Utifrån hur sökanden hade utformat sin talan bedömde förvaltningsrätten att de nämnda åtagandena inte var att anse som byggherretjänster varför avtalet mellan kommunen och bolaget fick bestå. Förvaltningsrätten avslog ansökan om överprövning. Varken kammarrätten eller högsta förvaltningsdomstolen meddelade prövningstillstånd.

Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2972-11

Bakgrunden till målet var att Migrationsverket hade ingått hyreskontrakt med en leverantör. Leverantören skulle tillhandahålla logi för flyktingmottagning. En leverantör begärde överprövning och menade att hyreskontraktet skulle betraktas som ett avtal avseende logi och måltider eftersom hyresvärden tillhandahöll mat och logi inom ramen för hyreskontraktet. Kammarrätten inledde sin prövning med att konstatera att hyresundantaget inte var tillämpligt. Kammarrätten beaktade att det var frågan om en mycket begränsad avtalsperiod avseende icke ordinarie bostäder och att Migrationsverket hade varit oförhindrat att hyra dessa logiplatser på andra orter än den aktuella. Vidare motsade inte Migrationsverket den klagande leverantörens påstående om att hyreskontraktet i själva verket avsåg mat och logi. Kammarrätten prövade därefter om det förelåg synnerliga skäl för att direktupphandla tjänsterna och fann att synnerliga skäl förelåg eftersom det vid den aktuella tidpunkten förelåg en kraftig ökning av asylsökande till Sverige. Ansökan om överprövning avslogs.

Kammarrätten i Stockholm 2737-14 (Haninge Bostäder)

Bakgrunden till målet var att ett kommunalt bostadsbolag genom ett avtal med ett företag tillgodosgjort sig uppförande av nio byggnader med hyresbostäder. Avtalet innebar att det kommunala bostadsbolaget förvärvade aktierna i ett aktiebolag som kort tid före förvärvspunkten hade ingått byggentreprenadkontrakt avseende byggnaderna. Konkurrensverket ansökte om upphandlings-skadeavgift med motiveringen att affärsupplägget innebar att det kommunala bolaget via företagsförvärvet blivit beställare av en byggentreprenad. Förvaltningsrätten inledde med att utreda om det förelåg ett kontrakt i LOU:s mening. Domstolen menade i den delen, med hänvisning till EU-rätten, att det kan vara nödvändigt att beakta samtliga moment som föregått kontraktstilldelning jämte deras syfte och i andra fall händelser som inträffar efter att det berörda kontraktet tilldelats. Domstolen tog fasta på att de enda tillgångarna i det förvärvade bolaget var aktiekapitalet och ett byggentreprenadkontrakt avseende uppförandet av bostäderna. Det framgick dessutom i byggentreprenadkontraktet att entreprenaden skulle anses avbeställd ett visst datum om kommunfullmäktige inte innan dess godkänt köp av aktiebolaget. Förvaltningsrätten fann därför att syftet med avtalskonstruktionen var att skapa en avtalsrelation mellan det kommunala bolaget och bolaget som skulle uppföra byggnaderna. Förvaltningsrätten ansåg att ett byggentreprenadkontrakt förelåg och eftersom kontraktet ingåtts utan annonsering förelåg en otillåten direktupphandling. Förvaltningsrätten gav här uttryck för att det är resultatet och inte förfarandet som är utslagsgivande för om en anskaffning är att betrakta som upphandlingspliktig.

Nästa fråga i målet var om direktupphandling hade varit tillåten. Det kommunala bolaget menade att ensamrättsundantaget (4 kap. 5 § 1 st. 2 p. ÄLOU) var tillämpligt eftersom bolaget som skulle uppföra byggnader också hade förköpsrätt till fastigheten ifråga. Förvaltningsrättens bedömning i den delen grundades

på EU-domstolens dom i La Scala.⁷⁶ Förvaltningsrätten kom fram till att ensamrättsundantaget inte kunde vara tillämpligt eftersom förköpsrätt inte grundar sådan ensamrätt som avsågs i 4 kap. 5 § 1 st 2 p. ÄLOU. Kammarrätten instämde i förvaltningsrättens bedömning och beslutade att utdöma upphandlingsskadeavgift.

⁷⁶ Se La Scala, C-399/98, ECLI:EU:C:2001:401.

8. Exempel på hyresvärdsupphandlingar (paketerad upphandling)

Nedanstående upphandlingar utgör exempel på hyresvärdsupphandlingar och inga rekommendationer från SKL. En hyresvärdsupphandling måste anpassas till förutsättningarna i det enskilda projektet.

UPPHANDLING AV HYRESVÄRD AVSEENDE UNIVERSITETSLOKALER

UNIVERSITETSKAJEN ÖSTRA DELEN I KALMAR, Linnéuniversitetet,
Växjö, 2015-05-07, Annonns-id OPIC: 3964766.

Upphandling av Hyresvärd, Mittuniversitetet, Sundsvall, 2013-11-25, Annonns-id OPIC: 3549036.

Försäljning och förhyrning av Idrotts- och eventarena, Karlskrona kommun,
Karlskrona, 2016-06-13. Annonns-id OPIC: 4281657.

HYRESVÄRD LOKALER TILL IDV, Malmö Högskola, Malmö, 2011-12-21,
Annonns-id OPIC: 2992550.

UPPHANDLING AV HYRESVÄRD AVSEENDE UNIVERSITETSLOKALER

UNIVERSITETSKAJEN ÖSTRA DELEN I KALMAR, 2015-05-07,
Linnéuniversitetet, Växjö, OPIC: 3964766.

Särskilt boende Visby, Gotlands kommun, Visby, 2015-10-23, Annonns-id
OPIC: 4096240.

9. Investering i annans lokal/fastighet

9.1 Inledning

Om kommunen har behov av verksamhetslokaler utöver de kommunen äger, finns möjligheten att hyra in en fastighet/lokal från externa fastighetsägare. I sådana fall kan det uppstå behov av att anpassa lokalerna för att de ska vara ändamålsenliga för den aktuella verksamheten.

Sådana anpassningar av inhyrda lokaler kan genomföras och finansieras på olika sätt:

- Efter överenskommelse med fastighetsägaren genomför denne ombyggnationerna och finansierar detta genom en justering av hyran över hyresperioden. (Se förutsättningar för när detta är möjligt enligt LOU i tidigare kapitel i vägledningen.)
- Ombyggnationerna upphandlas, genomförs och finansieras av kommunen vilket innebär att kommunen gör en investering i annans lokal/fastighet. Kostnaden fördelas över tid genom årliga avskrivningar under hyresperioden.

Vilket alternativ kommunen väljer är upp till den enskilda kommunen att avgöra utifrån den egna situationen och gällande styrprinciper. Det är viktigt att beslutet fattas utifrån en sammanvägd bedömning av vad som är ekonomiskt mest fördelaktigt och mest ändamålsenligt för verksamheten.

I detta kapitel i vägledningen ligger fokus på de redovisningsmässiga konsekvenserna av de olika alternativen med utgångspunkt i lag om kommunal bokföring och redovisning samt rekommendation R4 materiella anläggningstillgångar från Rådet för kommunal redovisning, RKR.

Avsnittet beskriver endast hanteringen av de utgifter som kan uppstå för att anpassa en fastighet/lokal, inte frågan om t.ex. hyresavtalet ska klassificeras som ett finansiellt avtal eller inte. En klassificering av hyresavtalet måste göras. För mer information om klassificering och stöd för bedömning, se RKR:s rekommendation RKR R5 Leasing.

9.2 Överenskommelse med fastighetsägaren att genomföra ombyggnationerna

I de fall fastighetsägaren genomför ombyggnationerna görs detta med en överenskommelse med hyresgästen/kommunen som grund. Ofta upprättas ett tilläggshyresavtal som reglerar fastighetsägarens utgifter för genomförda åtgärder genom en höjd hyra. Kostnaden för ursprunglig hyra samt tilläggshyran redovisas på den period som hyran avser och fördelas därmed över den period som hyreskontraktet avser.

9.3 Genomföra investeringar i egen regi

I de fall kommunen har utgifter för ny-, till- eller ombyggnad av fastighet som inte ägs av kommunen, kan kommunen aktivera utgifterna trots att fastighetsägaren blir ägare till tillgången. Kommunen genomför i dessa fall en investering i annans fastighet. Samma redovisningsmässiga bedömningar och gränsdragningar måste göras, som om kommunen genomfört motsvarande åtgärder i en fastighet man själv äger.

Anskaffningsvärdet för tillgången ska motsvara utgifterna för tillgångens förvärv eller tillverkning. För att utgifterna ska kunna aktiveras ska de vara direkt hänförliga till att få tillgången (lokalen) på plats och i skick för att nyttjas för sitt ändamål. Det kan även uppstå utgifter för att återställa lokalen efter hyrestidens utgång. Även dessa kan ingå i investeringsutgiften till den del de uppfyller kriterierna för avsättning. Det innebär att om det går att konstatera när investeringen görs att kommunen har ett åtagande för att återställa lokalen så kan en beräknad kostnad för återställandet räknas in i investeringsutgiften. Kostnaden för återställandet uppstår då genom avskrivningskostnader under nyttjandetiden och när återställningen sedan görs regleras denna mot avsättningen. Mer information om avsättningar återfinns i RKR:s rekommendation RKR R9 Avsättningar och ansvarsförbindelser.

Är fastigheten/lokalen avsedd att nyttjas under kortare tid än tre år ska utgifterna enligt huvudregeln redovisas som en kostnad direkt. Om en sådan kostnadsföring i väsentlig grad påverkar bedömningen av verksamhetens resultat och ställning för den enskilda kommunen kan den aktiveras över kortare tid än tre år.

9.4 Reparationer och underhåll

Utgifter för reparation och underhåll som syftar till att vidmakthålla tillgångens egenskaper, men som inte motsvarar definitionen av en tillgång, ska redovisas som kostnader den period de uppkommer. I normalfallet bör den typen av utgifter för reparation och underhåll genomföras av fastighetsägaren. Frågan om hur reparationer och underhåll ska genomföras och finansieras behöver därför tydliggöras i hyresavtalet med fastighetsägaren.

9.5 Tillkommande utgifter

I de fall man under hyresperiodens gång genomför tillkommande åtgärder som motsvarar definitionen av en tillgång ska de tillkommande utgifterna aktiveras och räknas in i tillgångens redovisade värde på samma sätt som när investeringen genomförs initialt.

9.6 Avskrivning

Avskrivning ska ske enligt en systematisk plan över nyttjandeperioden. Nyttjandeperioden bestäms med hänsyn till investeringens art och hyresförhållandet. En grundprincip är att avskrivningstiden inte får överskrida tidsperioden för hyreskontraktet.

Avskrivning ska ske från och med den tidpunkt då tillgången kan tas i bruk för sitt ändamål och den avskrivningsmetod som väljs ska avspegla hur tillgången successivt förbrukas.

Nyttjandeperioden ska systematiskt omprövas. Om en ny bedömning av nyttjandeperioden väsentligt avviker från tidigare bedömningar, ska avskrivningsbeloppen för innevarande och framtida perioder justeras. Det innebär att en förlängning av hyresperioden kan medföra att resterande avskrivningskostnad fördelas utifrån den ändrade avtalsperioden.

9.7 Utrangering

Efter hyrestidens utgång eller om tillgången på annat sätt inte längre används ska den utrangeras, d.v.s inte längre redovisas som en tillgång i balansräkningen. Eventuellt kvarstående restvärde ska i samband med utrangeringen redovisas som en verksamhetskostnad.

9.8 Kontoplan

Investering i annans fastighet hänförs till posten maskiner och inventarier i balansräkningen. I Kommun-Bas och L-Bas avses konto 126 Förbättringsutgifter på fastigheter ej ägda av kommunen/regionen.

9.9 Upplysningar i årsredovisning

För investeringar i annans fastighet ska det i årsredovisningen lämnas samma upplysningar som för övriga materiella anläggningstillgångar i enlighet med Rådet för kommunal redovisnings rekommendation om materiella anläggningstillgångar.

Information ska lämnas om tillämpad avskrivningsmetod, vilka principer som legat till grund för bedömningen av nyttjandeperioden och därmed avskrivningstiden.

I övrigt ska det för varje post som tas upp som en materiell anläggningstillgång i balansräkningen, lämnas upplysningar i not om:

- tillgångarnas anskaffningsvärde;
- tillkommande och avgående tillgångar (inköp, försäljningar och utraneringar);
- överföringar (från eller till annat slag av tillgång);
- årets avskrivningar;
- årets nedskrivningar;
- ackumulerade avskrivningar; samt
- ackumulerade nedskrivningar.

I normalfallet ingår investeringar i annans fastighet i posten maskiner och inventarier och utgör därmed en delmängd i notupplysningen för denna post.

Inventarier

Det kan även bli aktuellt för kommunen att anskaffa inventarier till den aktuella verksamhetslokalen. Dessa redovisas enligt samma principer som för andra inventarier som anskaffas till verksamheterna. Ägandet av sådana inventarier kvarstår i regel hos kommunen.

Källförteckning

Litteratur

Andersson, Mühlenbock, Willquist, Piper, Lagen om offentlig upphandling en kommentar (30 juni 2014, Zeteo) [cit. Rosén Andersson m.fl., LOU, en kommentar].

Arrowsmith, The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK, vol. 1, 3 uppl., Sweet & Maxwell, London, 2014 [cit. Arrowsmith, The Law of Public and Utilities Procurement].

Olsson & Lindberg, Att vara eller inte vara - är det verkligen frågan? Om befintlighetsbegreppet i LOU:s hyresundantag, ERT 3/2015, s. 669 ff.

Sundstrand, Offentliga Byggtreprenadkontrakt, URT 2015:1, s. 48.

Offentligt tryck

EU

Rådet

Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, 30.4.2004, s. 114-240).

Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (EUT L 134, 30.4.2004, s. 1-113).

Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (EUT L 335, 20.12.2007, s. 31-46).

Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG av den 13 juli 2009 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggtreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG (EUT L 216, 20.8.2009, s. 76-136).

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (EUT L 94, 28.3.2014, s. 65-242).

Kommissionen

Standardformulär 15 till Kommissionens genomförandeförordning 2015/1986.

Sverige

Propositioner

Prop. 2006/07:128 Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

Prop. 2009/10:180 Nya rättsmedel på upphandlingsområdet.

Prop. 2015/16:195 Nytt regelverk om upphandling.

Domstolar

EU

EU-domstolen

dom, Ordine degli Architetti delle province di Milano e Lodi (cit: La Scala), mål C-399/98, ECLI:EU:C:2001:401.

dom Kommissionen mot Tyskland, förenade målen C-20/01 och C-28/01, ECLI:EU:C:2003:220.

dom Kommissionen mot Italien, C-385/02, ECLI:EU:C:2004:522.

dom Fabricom, de förenade målen C-21/03 och C-34/03, ECLI:EU:C:2005:127.

dom Contse, C-234/03, EU:C:2005:644.

dom Carbotermo, C-340/04, ECLI:EU:C:2006:308.

dom Jean Auroux, C-220/05, ECLI:EU:C:2007:31.

dom Kommissionen mot Tyskland, C-536/07, ECLI:EU:C:2009:664.

dom Helmut Müller, C-451/08, ECLI:EU:C:2010:168.

dom Club Hotel Loutraki, förenade målen C-145/08 och 149/08, ECLI:EU:C:2010:247.

dom Impresa Pizzarotti, C-213/13, ECLI:EU:C:2014:2067.

dom eVigilo, C-538/13, ECLI:EU:C:2015:166.

Generaladvokaten

Generaladvokat N. Wahls förslag till avgörande i dom Impresa Pizzarotti, C-213/13, ECLI:EU:C:2014:335, punkt 60.

Sverige

Högsta förvaltningsdomstolen (HFD)

RÅ 2004 ref. 48.Högsta förvaltningsdomstolens beslut (mål nr 2237-19).

Högsta förvaltningsdomstolens beslut (mål nr 4478-17).

Högsta domstolen (HD)

NJA 2007 s. 349.

NJA 2016 s. 369.

Kammarrätten

Kammarrätten i Göteborgs avgörande av den 27 februari 2009 (mål nr 7477-08).

Kammarrätten i Sundsvalls dom av den 24 augusti 2010 (mål nr 395-10).

Kammarrätten i Jönköpings dom av den 28 april 2011 (mål nr 3274-10).

Kammarrätten i Jönköpings dom av den 13 februari 2012 (mål nr 2972-11).

Kammarrätten i Stockholms dom av den 29 juni 2015 (mål nr 2737-14).

Kammarrätten i Jönköpings dom av den 10 augusti 2015 (mål nr 2844-14).

Kammarrätten i Göteborgs dom av den 25 mars 2019 (mål nr 4397-18).

Förvaltningsrätten

Förvaltningsrätten i Linköpings dom av den 17 februari 2016 (mål nr 7980-15).

Förvaltningsrätten i Växjö's dom av den 2 maj 2017 i (mål nr 3697-16).

Förvaltningsrätten i Malmös dom av den 21 augusti 2018 (mål nr 13072-17).

Tingsrätten

Blekinge tingsrätts dom av den 28 februari 2019 (mål nr T 803-18).

Myndigheter

Konkurrensverket

Beslut dnr 613/2008.

Beslut dnr 128/2009.

Beslut dnr 584/2010.

Gäller LOU vid hyra av lokal?

Tips och råd

Kommuner och regioner har löpande behov av att hyra in verksamhetslokaler för att bl.a. möta förändrade demografiska behov. Upphandlande myndigheter som ska hyra lokaler behöver beakta lagen om offentlig upphandling (2016:1145).

Sveriges Kommuner och Landsting (SKL) har utarbetat en vägledning som syftar till att fungera som ett stöd inför och under en lokalanskaffning samt som ett diskussionsunderlag och argumentationsstöd.

Upplysningar om innehållet
Helén Örtegren, helen.ortegren@skl.se

© Sveriges Kommuner och Landsting, 2019

ISBN: 978-91-7585-737-4

Text: Märten Nyström Holm, Hannes Härfast, Daniel Ekwall, Olof Moberg, Robert Heed och Hans Stark

Illustration/foto: Christina Jonsson, Fingerprint Illustrationer

Produktion: SKL