

Gäller LOU vid hyra av lokal?

TIPS OCH RÅD



Sveriges
Kommuner
och Regioner

Förord

Kommuner och regioner behöver löpande 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). Denna vägledning togs fram av Sveriges Kommuner och Regioner (SKR) 2019 som ett stöd inför och under en lokalanskaffning samt som diskussionsunderlag och argumentationsstöd. Vägledningen har uppdaterats sista kvartalet 2021, främst med nya rättsfall samt koppling till de separata vägledningar om handlingsalternativen Hyresvärdsupphandling och Byggtrepreneurad på annans fastighet som publicerades i februari 2021.

Skriften, som finansierats av Sveriges Kommuner och Regioners FoU-fond för kommunernas fastighetsfrågor, är författad av Mårten Nyström Holm och Hannes Härfast, upphandlingsjurister på Adda AffärsConcept med Daniel Ekwall och Olof Moberg, SKR:s avdelning för juridik som medförfattare. Robert Heed och Hans Stark, SKR:s avdelning för ekonomi och styrning har skrivit kapitel 9 Investering i annans lokal/fastighet. Ansvarig för uppdateringen har varit Fredrik Johansson i SKR:s fastighetsgrupp och arbetet har utförts av upphandlingsjuristerna Karen Arista Lindqvist, Sophia Klang Törnberg och affärsrådgivare Rickard Andersson på Adda AffärsConcept.

Styrgruppen bestod 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. Helén Örtégren, SKR:s fastighetsgrupp var projektledare och redaktör. Fastighetsägarna, Hemsö, Kungsbacka kommun, Locum Region Stockholm, NCC, Region Dalarna, Region Skåne, Region Värmland, Region Örebr, Skanska, Stockholms stad, Sveriges Allmännyttan (tidigare SABO), Vacse och Östersunds kommun bidrog med synpunkter.

Stockholm i mars 2022

Gunilla Glasare
Avdelningschef

Peter Haglund
Sektionschef

Germund Persson
Senior advisor/jurist

Avd. för tillväxt och samhällsbyggnad

Avd. för juridik

Innehåll

Definitioner	7
1. LOU vid lokalanskaffning	9
1.1 Inledning	9
2. En upphandlande myndighet vill hyra en lokal – Gäller LOU?	11
2.1 Har kontraktet inslag av byggentreprenad?	13
2.2 Utövar UM ett avgörande inflytande över typen av byggnadsverk eller över projekteringen?	16
2.3 Har kontraktet inslag av tjänster?	18
2.4 Om kontraktet innehåller byggentreprenader eller tjänster – vilket är kontraktets huvudföremål?	18
2.4.1 Hyresgäst Anpassningar	20
2.4.2 Icke-befintliga byggnader	22
2.4.3 Inhyrning från en annan upphandlande myndighet	25
2.4.4 Situationer där hyresundantaget är tillämpligt	26
2.4.5 Situationer där hyresundantaget sannolikt inte är tillämpligt	26
3. Hur ska upphandlings-skyldigheten utföras i praktiken?	27
3.1 Hyresvärdsupphandling (paketerad upphandling)	27
3.1.1 Hyresvärdsupphandling på annans mark	28
3.1.2 Hyresvärdsupphandling innefattande åtagande om köp av fastighet	32
3.2 Hyreskontrakt följt av separat upphandling	35
3.2.1 Upphandling av byggentreprenad arbeten på annans fastighet	36
3.2.2 Hyresvärden upphandlar byggentreprenad arbeten enligt LOU	40
4. Handlingsalternativ utan annonserad upphandling	46
4.1 Tillämpning av hyresundantaget när upphandlingspliktiga byggentreprenader och närliggande tjänster saknas	46
4.2 Hyreskontrakt med helägt bolag enligt det s.k. Teckal-undantaget	47
4.3 Exploaterings- och marköverlåtelseavtal	50
4.3.1 Exploateringsavtal	51
4.3.2 Marköverlåtelseavtal	52
4.4 Inlåsnings-situationer – tekniska skäl och skydd av ensamrätt?	53

4.4.1 Hyresvärden tillåter endast byggtrepreparationsarbeten av egen utpekad leverantör	55
4.4.2 Monopolsituation – en fastighetsägare äger all mark.....	55
4.4.3 Tekniska skäl.....	56
4.4.4 Ensamrätt	57
4.4.5 Rimlighetsargument vid tekniska skäl och ensamrätt	58
4.4.6 Förhandsinsyn.....	59
5. Tips vid genomförande av hyresvärdsupphandling	61
5.1.1 Request for Information (RFI)	61
5.1.2 Förhandlat förfarande med föregående annonsering.....	61
5.1.3 Förhandlat förfarande utan föregående annonsering.....	64
6. Rättsmedel	65
6.1 Rättsliga konsekvenser av otillåten direktupphandling	65
6.2 Upphandlingsskadeavgift	65
6.3 Överprövning av ett avtals giltighet	66
6.4 Skadestånd	67
6.5 Överprövning under pågående upphandling	67
6.6 Övriga konsekvenser.....	68
7. Rättsfallssammanfattningar	69
Kammarrätten i Göteborg, mål nr 7477-08 (Region Skåne)	69
Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 395-10 (Bostadsmodulerna)	69
Förvaltningsrätten i Växjö, mål nr 3697-16 (Materialdepån)	70
Blekinge tingsrätt, mål nr T 803-18 (Materialdepån,skadestånd)	70
Kammarrätten i Göteborg, mål nr 4397-18 (Limhamnsålet)	71
Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2844-14 (Övertryckstältet).....	71
Konkurrensverkets beslut DNR 584/2010 (Förvarsenheten i Åstorp).....	72
Förvaltningsrätten i Linköping, mål nr 7960-15 (Botrygg)	73
Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2972-11 (Logiplatser).....	73
Kammarrätten i Stockholm, mål nr 2737-14 (Haninge Bostäder)	74
Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr 13760-20 (Gruppbofastad)	75
EU-domstolens dom C-537/19 (Wiener Wohnen)	75

8. Exempel på hyresvärdsupphandlingar (paketerad upphandling)	78
9. Investering i annans lokal/ fastighet	79
9.1 Inledning	79
9.2 Överenskommelse med fastighetsägaren om att genomföra ombyggnationerna.....	80
9.3 Genomföra investeringar i egen regi	80
9.4 Reparationer och underhåll	81
9.5 Tillkommande utgifter	81
9.6 Avskrivning	81
9.7 Utrangering.....	81
9.8 Kontoplan	82
9.9 Upplysningar i årsredovisning	82
Inventarier	82
Källförteckning	83
Litteratur	83
Offentligt tryck.....	83
EU	83
Sverige	84
Domstolar	84
EU	84
Sverige	85
Myndigheter.....	86

Definitioner

Byggentreprenad: Utförande eller både projektering och utförande av arbete som är hänförligt till en verksamhet som anges i bilaga 1 till LOU, 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.

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 för en myndighet som köper eller hyr något är att LOU blir tillämplig, dock innehåller lagen ett undantag för kontrakt som avser förvärv av hyresrätt eller annan rätt till fastighet¹. Om undantaget är tillämpligt föreligger ingen skyldighet för verksamheten att följa LOU:s förfaranderegler. I många situationer är det inte enkelt att avgöra om undantaget är tillämpligt eller om anskaffningen måste upphandlas enligt LOU som en byggentreprenad eller tjänst.

Denna vägledning syftar till att belysa omfattningen och tillämpningen av hyresundantaget samt visa exempel på hur anskaffningar av hyreskontrakt kan genomföras inom ramen för olika handlingsalternativ. Vägledningen kan användas som ett stöd inför och under en lokalanskaffning samt som diskussionsunderlag och argumentationsstöd vid beslut.

Utöver denna skrift har SKR publicerat två praktiskt inriktade vägledningar; *Hyresvärdsupphandling* och *Byggentreprenad på annans fastighet*. Dessa vägledningar innehåller mer praktiskt stöd för att förbereda och genomföra lokalanskaffning.

En upphandlande myndighet (härefter förkortat ”UM”) behöver, i varje lokalanskaffningsprocess, beakta verksamhetsnyttan och affärsmässiga aspekter. LOU kan medföra att en offentlig hyresgäst behöver beakta andra omständigheter som en privat hyresgäst inte behöver beakta vid lokalanskaffningsprocessen. LOU kan vara tidskrävande och kostnadsdrivande samt i vissa situationer innebära en konkurrensnackdel på en hyresmarknad med låg vakansgrad, dvs. att det finns 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 istället för att hyra. Dessa aspekter behöver

¹ Se 3 kap. 19 § LOU

UM analysera inför en lokalanskaffning samt innan ett beslut tas om att gå vidare med en lösning.

Vägledningen 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 dock desamma i LUF, LUK och LUFSS, med skillnad avseende t.ex. tillämpliga tröskelvärden och direktupphandlingsgränser.

Frågor om när det är lämpligt att hyra sina lokaler eller inte behandlas inte i denna vägledning. För läsning om detta rekommenderas *Äga eller hyra verksamhetslokaler*² samt *Att äga eller hyra sina verksamhetslokaler – hur ser kalkylerna ut i kommunsektorn*.³

² [Länk till skriften Äga eller hyra verksamhetslokaler](https://webbutik.skr.se/sv/artiklar/aga-eller-hyra-verksamhetslokaler.html) <https://webbutik.skr.se/sv/artiklar/aga-eller-hyra-verksamhetslokaler.html>

³ [Länk till skriften Äga eller hyra sina verksamhetslokaler – hur ser kalkylerna ut i kommunsektorn](https://www.mynewsdesk.com/kommuninvest/documents/att-aega-eller-hyra-sina-verksamhetslokaler-hur-ser-kalkylerna-ut-i-kommunsektorn-409460) <https://www.mynewsdesk.com/kommuninvest/documents/att-aega-eller-hyra-sina-verksamhetslokaler-hur-ser-kalkylerna-ut-i-kommunsektorn-409460>

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

LOU gäller för de åtgärder som vidtas i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggentreprenader 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.

Faktaruta 1. Hyresundantaget regleras i 3 kap. 19 § LOU⁴

Hyresundantaget regleras i 3 kap. 19 § LOU:

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.

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.⁵ Vad som avses med ”särdrag” preciseras inte närmare i direktiven eller de svenska förarbetena. Särdrag 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.

⁴ 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 dock desamma i LUF, LUK och LUF med skillnad avseende t.ex. tillämpliga tröskelvärden och direktupphandlingsgränser.

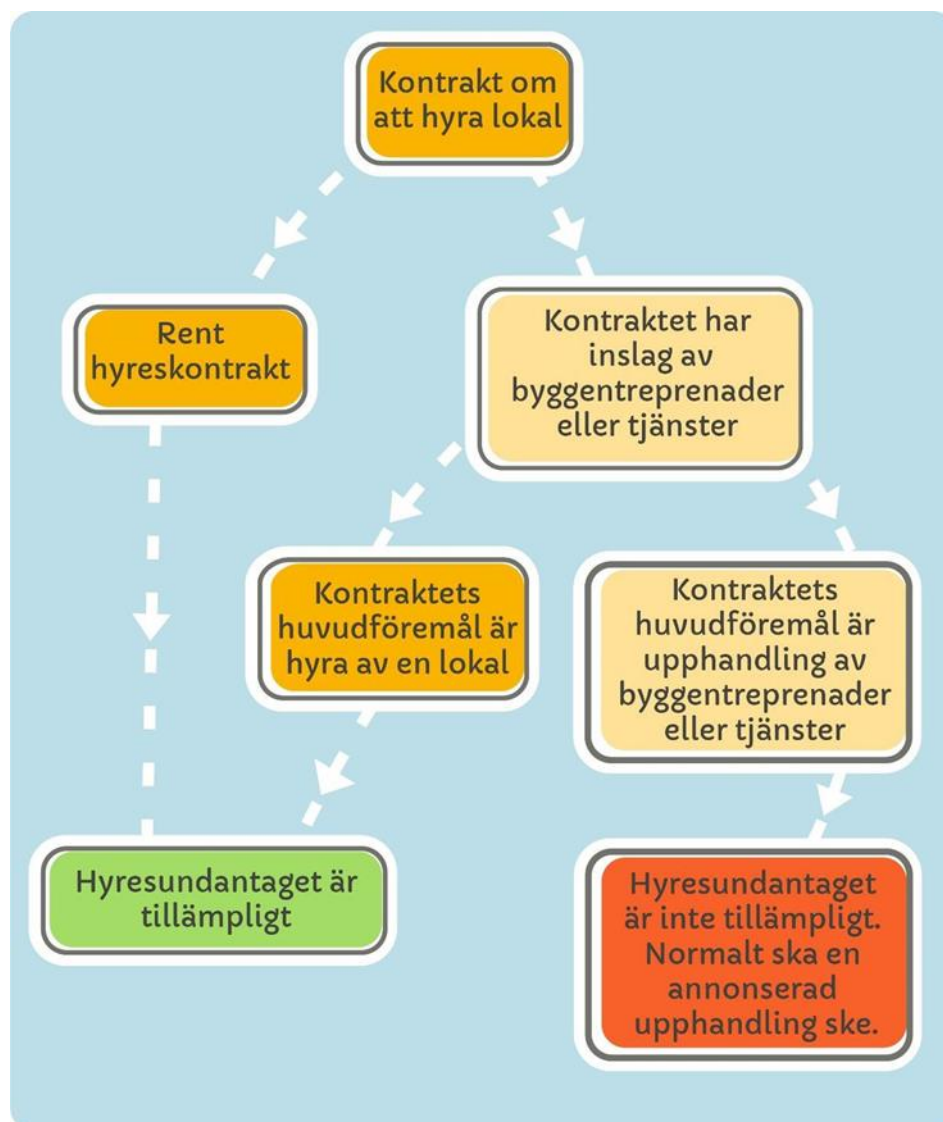
⁵ Se skäl 24 i det numera upphävda direktivet 2004/18.

Möjligheterna att konkurrensutsätta byggnadens placering är därför från början begränsad 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 byggentreprenad genom att fastighetsägaren är i behov av att bygga om lokalen för att anpassa den för UM:s behov. Samtidigt kan byggentreprenaden innehålla andra typer av tjänster, utöver hyra, som ska ingå i kontraktet. Ett exempel på en sådan tjänst är projektering vid ny- och ombyggnation. En UM som avser att ingå ett hyreskontrakt utan annonsering 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 byggtjänst kan göras.

Illustration 1. Gäller hyresundantaget vid inhyrning av en lokal?



2.1 Har kontraktet inslag av byggtjänst?

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 byggtrepreparationsarbeten för att renovera eller uppföra en fastighet.

Lagstiftaren anser att sådana arbeten och tjänster som huvudregel ska upphandlas i enlighet med LOU.

Faktaruta 2. LOU:s definitioner

LOU:s definitioner

Vad utgör ett byggtrepreparationskontrakt (BEK)?

1 kap. 9 § LOU:

Med byggtrepreparationskontrakt 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:

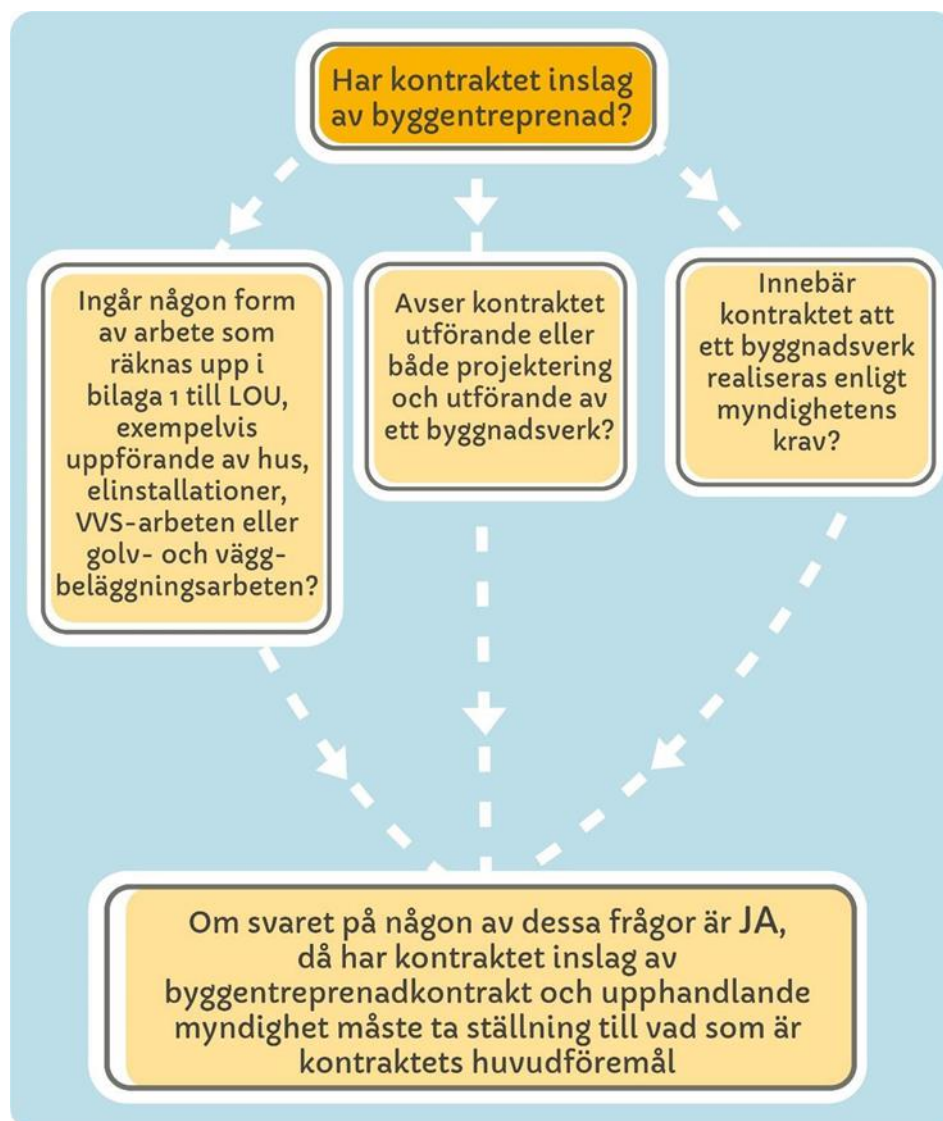
Med byggnadsverk avses det samlade resultatet av bygg- och anläggningsarbeten, om resultatet självständigt fyller en teknisk eller ekonomisk funktion.

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 byggtrepreparationsarbeten ska tolkas vidsträckt och på ett sådant sätt att upphandlingsdirektivets ändamålsenliga verkan säkerställs.⁶ Att byggtrepreparationsarbeten ska tolkas vidsträckt innebär att en domstol i sin bedömning av ett kontrakts klassificering

⁶ 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.

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 byggentreprenadkontrakt – om rekvisiten, dvs. villkoren, i 1 kap. 9 § är uppfyllda.

Illustration 2. Har kontraktet inslag av byggentreprenad?



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 kan det medföra att UM har utövat ett avgörande inflytande över byggentreprenaden.

Uttrycket ”avgörande inflytande” har varit föremål för prövning i ett flertal domstolsavgöranden. EU-domstolen ansåg i målet *Impresa Pizzarotti*, som avsåg uppförandet av en domstolsbyggnad, att ett byggentreprenadkontrakt förelåg och inte ett hyreskontrakt.⁷ Avtalet som var föremål för prövning i målet kallades ”utfästelse om hyra” och definierades av parterna som ett hyreskontrakt. Till hyreskontraktet hade en handling som kallades ”ramkrav” bifogats. I ramkraven fanns uppgifter från UM om bl.a. antal anställda i den administrativa personalen, antal kontor, mötesrum, förvaringsrum, rummens storlek och antal parkeringsplatser.⁸ EU-domstolen ansåg att ramkraven var preciseringar av en byggentreprenad som fastställdes av den upphandlande myndigheten.⁹ Detta trots att det i målet framkommit att byggentreprenören relativt fritt hade fått lämna förslag på hur ramkraven skulle komma att utföras i praktiken. UM hade i kontraktshandlingarna även förbehållit sig rätten att kontrollera om byggnadsverket motsvarade samtliga ställda ramkrav innan UM godkände byggnadsverket.¹⁰

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

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

⁸ Se dom *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, ECLI:EU:C:2014:2067, punkterna 9 och 46.

⁹ Se dom *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, ECLI:EU:C:2014:2067, punkt 52.

¹⁰ Se dom *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, ECLI:EU:C:2014:2067, punkt 45.

eller via mejlkorrespondens riskerar att ses som villkor som fastställts av den upphandlande myndigheten.¹¹

Frågan om UM haft ett avgörande inflytande över en byggentreprenad har även prövats i svensk domstol.¹² 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 ett byggnadsverk på en fastighet som UM ansåg lämplig. UM 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 mellanrum. Vidare skulle regionens önskemål tillgodoseas i största möjliga utsträckning. Slutligen ankom det på leverantören att tillse att byggnaden uppfördes i enlighet med vad som kommits överens mellan parterna. Kammarrätten ansåg att byggnaden hade varit avsedd att uppföras enligt UM:s krav och specifikationer, varför avtalet ansågs utgöra ett upphandlingspliktigt byggentreprenadkontrakt.

Kammarrätten i Göteborg har i ett senare avgörande, ”Limhamnsmålet”, behandlat frågan om vad som utgör ”avgörande inflytande”.¹³ En av frågorna kammarrätten hade att ta ställning till var om ett avtal utgjorde ett hyreskontrakt eller ett upphandlingspliktigt byggentreprenadkontrakt. Domstolen ansåg att UM hade utövat ett avgörande inflytande över byggentreprenaden. De ritningar leverantören tagit fram skulle ändras efter UM:s önskemål och godkännas av UM. Vidare ville UM göra ett avsteg från den gällande parkeringsnormen, något som skulle ha resulterat i färre parkeringsplatser per boende än vad som var normalt. Det fanns även en omfattande e-postkorrespondens mellan UM och leverantören. Av e-postkorrespondensen framkom att kommunen via e-post initierat förhandlingar med hyresvärden om att inrymma ett LSS-boende, dvs. ett särskilt boende enligt lag (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade, i fastigheten vilket lett till att hyresvärden behövt ändra i planritningar.

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

¹² Se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 27 februari 2009 (mål nr 7477-08).

¹³ Se Kammarrätten i Göteborgs dom den 25 mars 2019 (mål nr 4397-18).

I det fall inflytandet har avsett sådant som en hyresgäst vanligtvis kan kräva vid ett motsvarande objekt så har hyresundantaget varit tillämpligt enligt EU-domstolen¹⁴. Se även mer utförligt om hyresgästanpassningar i 2.4.1.

Det är således viktigt för UM, att inför ingående av ett hyreskontrakt, och under hyresförhållandet noggrant kontrollera om UM utövar ett avgörande inflytande över en byggtreprenad 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, är utgångspunkten att tjänsterna ska upphandlas, 1 kap. 2 § LOU.¹⁵ Se även avsnitt 2.4 nedan avseende fastställande av kontraktets huvudföremål.

2.4 Om kontraktet innehåller byggtreprenader eller tjänster – vilket är kontraktets huvudföremål?

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

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

¹⁴ Se EU-domstolens dom C-537/19 (Wiener Wohnen)

¹⁵ 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.

avgörande när det gäller frågan om huvudföremålet är hyreskontrakt eller bygg-entreprenadkontrakt¹⁶. Även i fall när hyresgäst Anpassningen är mindre än 50 % av värdet har avtalet ansetts avse ett byggentreprenadkontrakt.

När det gäller frågan om huvudföremålet är ett hyreskontrakt eller byggentreprenadkontrakt ska beaktas om inslaget av byggentreprenad vid en helhetsbedömning är av underordnad betydelse i förhållande till hyresdelen och utgör 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.¹⁷ Om det huvudsakliga syftet med kontraktet däremot är utförandet av en byggentreprenad ska byggentreprenaden upphandlas. Om UM har möjlighet att bryta ut en upphandlingspliktig byggentreprenad och upphandla denna enligt LOU separat från hyreskontraktet blir hyreskontraktet sannolikt inte upphandlingspliktigt, eftersom hyreskontraktet sett för sig saknar inslag av byggentreprenad. Hyresdelen torde kunna undantas från upphandlingsplikt enligt 3 kap. 19 §. Konkurrensverket har i ett tillsynsbeslut¹⁸ gällande Domstolsverkets inhyrning av en nyproducerad domstolsbyggnad däremot ansett att hyreskontraktet och realiseringen av byggentreprenaden med tillhörande projektering och samordning är en odelbar enhet och att hela anskaffningen inklusive hyreskontraktet då skulle ha annonserats.

Vidare har en UM möjlighet att själv bestämma om den vill upphandla projektering och utförande av en byggentreprenad gemensamt eller separat.¹⁹

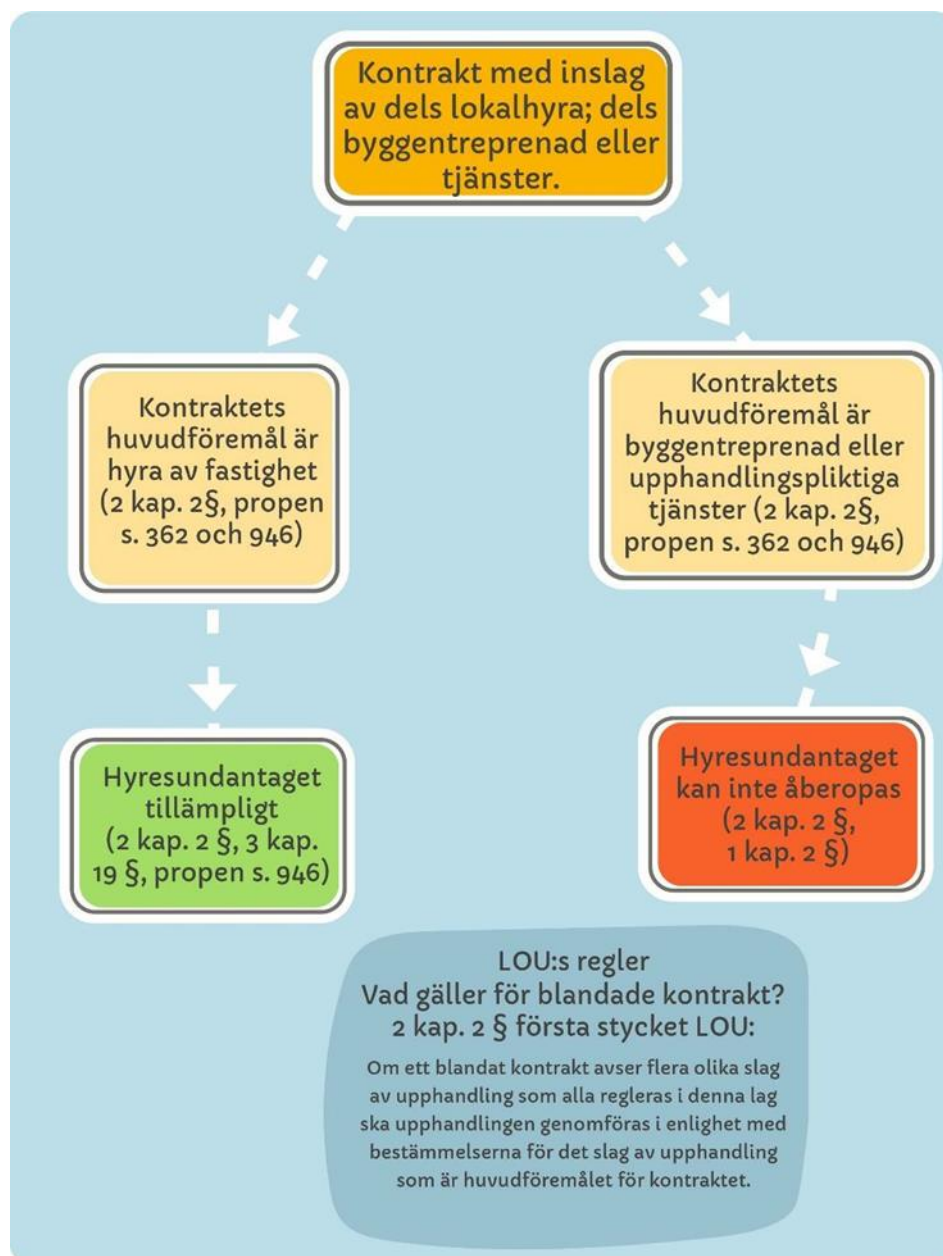
¹⁶ Se dom Kommissionen mot Tyskland, C-536/07, ECLI:EU:C:2009:664, punkt 61. Se Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 26 januari 2021 (mål nr 13760-20).

¹⁷ Jfr Konkurrensverkets beslut den 3 januari 2011, dnr 584/2010, sidan 5 sista stycket.

¹⁸ Se prop. 2015/16:195, s. 946. Se även direktiv 2014/24, skäl 8. Tillsynsbeslut Konkurrensverket Dnr 502/2020.

¹⁹ Se direktiv 2014/24, beaktandesats 8, andra stycket.

Illustration 3. Vilket är kontraktets huvudföremål?



2.4.1 Hyresgäst Anpassningar

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 byggentreprenad.

Som konstaterats är det kontraktets huvudföremål som avgör om det ska ses som ett hyreskontrakt eller ett byggentreprenadkontrakt enligt 2 kap. 2 § LOU. Om byggentreprenaden vid en helhetsbedömning är av underordnad betydelse i förhållande till hyresdelen kan kontraktet behandlas som ett hyreskontrakt.²⁰

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 för 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 byggentreprenadarbeten.

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 byggentreprenad.

Var gränsen går för vad som ska anses utgöra hyresgäst Anpassningar inom ramen för hyresundantaget och vad som blir upphandlingspliktigt är svårt att ange eftersom det finns begränsad domstolspraxis på området. Vägledning kan ges från mål C-537/19 där vissa hyresgäst Anpassningar, även i en ännu inte uppförd byggnad, ansågs tillåtna av EU-domstolen. Exempel på hyresgäst Anpassningar som förekom i målet var specifikationer avseende energiprestanda, att hissar skulle gå mellan samtliga nivåer, ett upphöjt golv, nedkyllning av den uppförda byggnaden genom termoaktiva takdelar och certifieringar.

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

²⁰ Se prop. 2015/16:195, s. 946.

Migrationsverket.²¹ I beslutet konstaterade Konkurrensverket att grundhyran för de aktuella lokalerna var 2 016 000 SEK/år samtidigt som den del av hyran som avsåg hyresgäst Anpassningen var mer än tre gånger så hög: 6 885 000 SEK/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 upphandlingsplikt. Andra omständigheter måste dock också beaktas, exempel-vis typen av anpassningsåtgärder och även frågan om byggnaden ändrar karaktär genom anpassningarna.

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

Exempel 1. Inhyrning av verksamhetslokal inom hyresundantaget

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 uppräschning 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.

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

²¹ Se Konkurrensverkets beslut den 3 januari 2011, dnr 584/2010.

hyresundantagets tillämplighet. Enligt det till LOU bakomliggande upphandlingsdirektivets ordalydelse omfattar hyresundantaget dock endast befintliga byggnader.²² 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.²³ Sundstrand menar att hyresundantaget enbart omfattar vid kontraktstillfället tillgängliga nyckelfärdiga byggnader som myndigheten omedelbart kan få tillträde till.²⁴ Att hyresundantaget enbart omfattar vid kontraktsskrivandet tillgängliga byggnader får också stöd i en kammarrättsdom.²⁵ Kammarrättens slutsats i denna del motiveras dock inte särskilt.

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.²⁶ 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 i 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

²² Se direktiv 2014/24, artikel 10.

²³ 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.

²⁴ Se Sundstrand, *Offentliga Byggtreprenadkontrakt*, URT 2015:1., s. 65.

²⁵ Se Kammarrätten i Sundsvalls dom den 24 augusti 2010 (mål nr 395-10 och 396-10)

²⁶ 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).

hyresundantaget och byggtreprenadkontrakt, dvs. att hyresundantaget inte omfattar upphandlingspliktiga byggtreprenadarbeten.²⁷

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.²⁸ 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.²⁹

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.³⁰ 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.

²⁷ Se prop. 2015/16:195, s. 403-404 och s. 968.

²⁸ Se förslag till avgörande av generaladvokat N. Wahl i dom *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, ECLI:EU:C:2014:335, punkt 60.

²⁹ 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.

³⁰ Se Konkurrensverkets beslut den 9 september 2009, dnr 128/2009.

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

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 (dvs. inhyrning av nyproduktion). UM är initiativtagare till uppförandet av skolan och utövar inflytande över byggnadens utformning. Detta oaktat 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.

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.³¹

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

EU-domstolen uttalade i Jean Auroux att ett kontrakt genom vilket en UM anförtror 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.³²

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 hyresgästanpassningar 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 hyresgästanpassningarna 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.
- Om byggnaden anpassas till ett för myndighet verksamhetsspecifikt behov, exempelvis ombyggnad av kontor till fängelse eller skola.

³² 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.

3. Hur ska upphandlings- skyldigheten utföras i praktiken?

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

Frågan är hur denna upphandlingskyldighet 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 den enskilda anskaffningen.

För båda handlingsalternativen har SKR tagit fram två vägledningar; *Hyresvärdsupphandling* och *Byggtreprenad på annans fastighet*. Dessa vägledningar innehåller mer praktiskt stöd för att förbereda och genomföra lokalanskaffning.

3.1 Hyresvärdsupphandling (paketerad upphandling)

Gemensamt för handlingsalternativen i det här avsnittet är att UM upphandlar och därmed konkurrensutsätter 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.

I SKR:s vägledning *Hyresvärdsupphandling*³³ beskrivs detta handlingsalternativ mer utförligt.

³³ Länk till SKR:s vägledning Hyresvärdsupphandling
<https://webbutik.skr.se/sv/artiklar/hyresvardsupphandling.html>

3.1.1 Hyresvärdsupphandling på annans mark

UM upphandlar både hyreskontrakt, som är undantaget upphandlingsplikt, och byggentreprenadkontrakt samt närliggande tjänster, exempelvis projekterings-tjänster, gemensamt. Upphandlingen omfattar således både hyresvärd, bygg-entreprenader 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 byggentreprenaden i enlighet med UM:s krav. Fastigheten hyrs sedan ut till UM under flera år.

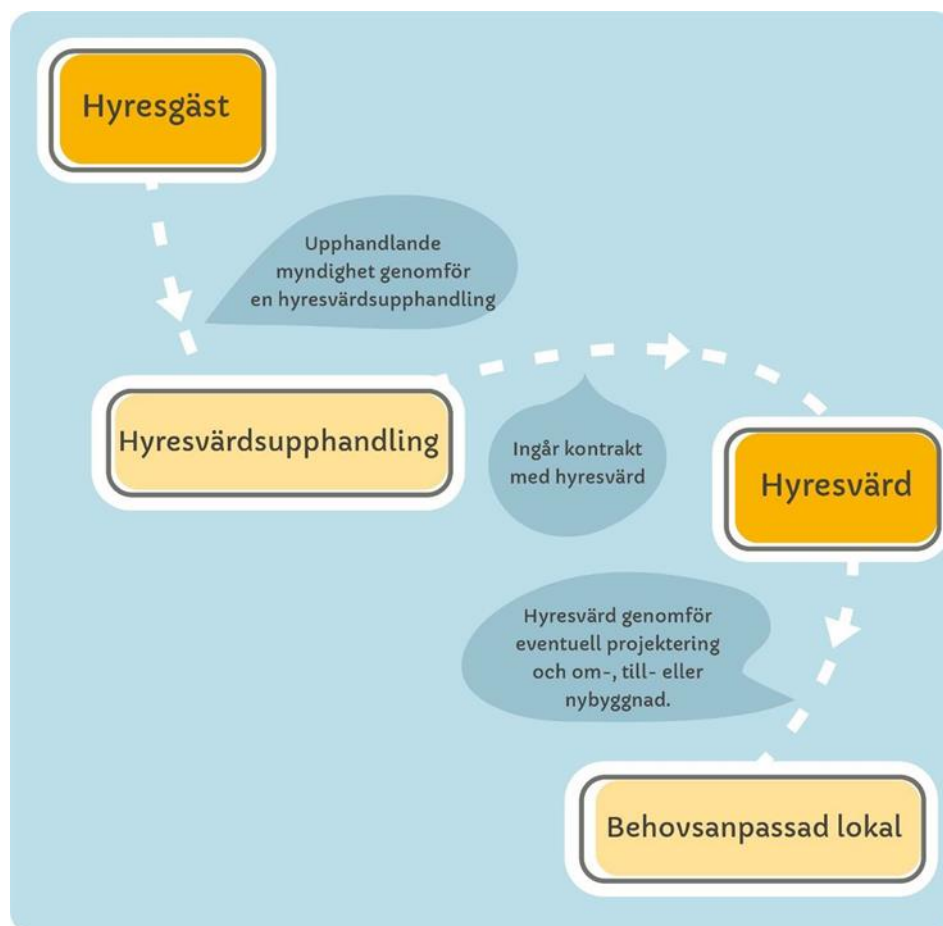
EU-domstolen har i domen Contse uttalat att en UM kan ställa krav på att en lokal ska finnas inom ett visst geografiskt område om kravet objektivt kan motiveras och det inte finns något mindre ingripande alternativ för att uppfylla kravet. En skolbyggnad behöver exempelvis ligga i det område där byggnaden 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.³⁴

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.³⁵

³⁴ Se dom Contse, C-234/03, EU:C:2005:644, punkt 79.

³⁵ 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 byggtreprenadkontraktet 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 byggtreprenadkontrakt.

En ytterligare fördel är att det är hyresvärden och inte UM som anlitar den byggtreprenör som ska genomföra byggtreprenadarbetena. Inom ett kommersiellt hyreskontrakt får det ses som normalt att hyresvärden anlitar sina egna leverantörer av byggtreprenader och till hyresförhållandet tillhörande tjänster. Den risk som redogörs för i avsnitt 3.2.1, Upphandling av bygg-

entreprenadarbeten på annans fastighet, avseende överföring av ett upphandlat byggentreprenadkontrakt, 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 byggentreprenaden.

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 omfattande projekteringshandlingar.

En risk som bör belysas vid hyresvärdsupphandling är att själva byggentreprenaden inte fullt ut konkurrensutsätts bland samtliga intresserade byggentreprenörer på marknaden. Då hyresåtagandet och byggentreprenaden paketeras tillsammans konkurrensutsätts byggentreprenaderna 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 byggentreprenad 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.³⁶ 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

³⁶ 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.

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.³⁷

Exempel 3. Hyresvärdsupphandling på annans mark

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 upphandlingskyldighet.

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.³⁸ I upphandlingen ingår ett byggentreprenadkontrakt avseende renoveringar av befintlig byggnad eller uppförande av ny byggnad, närliggande tjänster som t.ex. projektering samt ett hyreskontrakt.

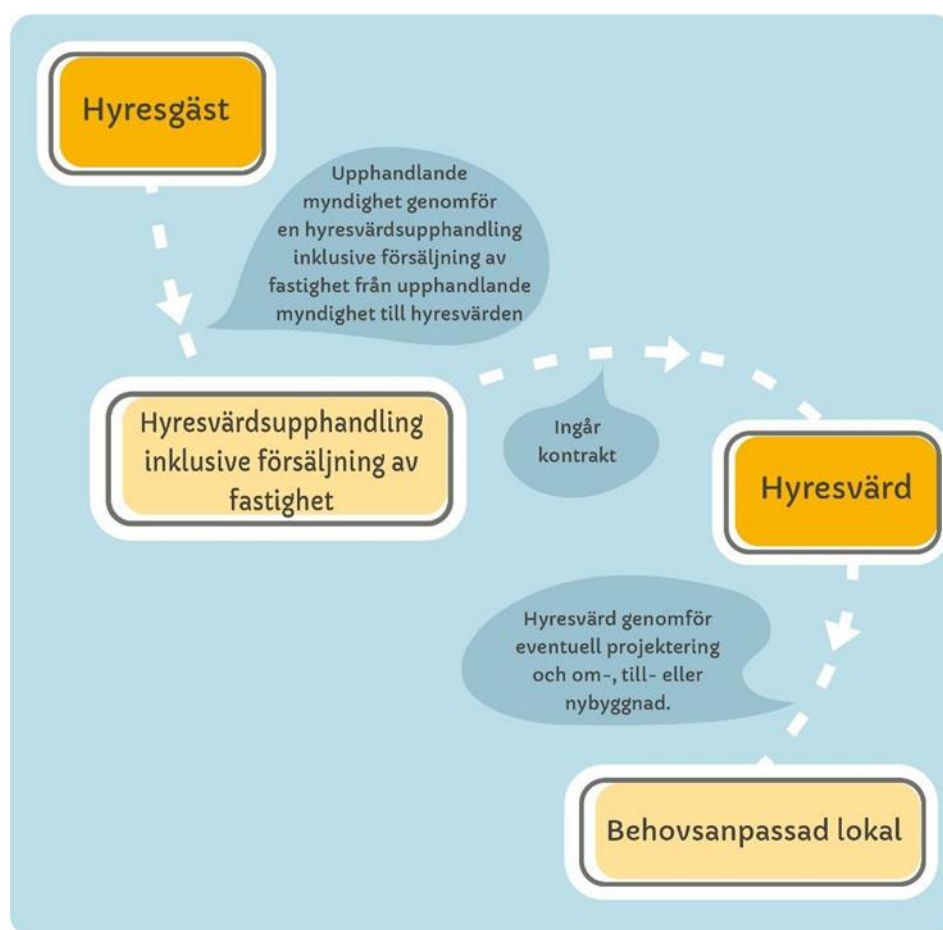
Handlingsalternativet är detsamma som avsnitt 3.1.1, Hyresvärdsupphandling på annans mark, med den skillnaden att det också ingår ett obligatoriskt krav om köp av fastighet. Handlingsalternativet kan också omfatta avtalskonstruktioner där upphandlande myndigheter, t.ex. en region och en kommun, beslutar

³⁷ Se avsnitt 4.4 som redogör för möjliga inlåsningsituationer.

³⁸ Det är också möjligt att exempelvis begära in anbud på fastigheten i upphandlingen.

att kommunen säljer marken till den leverantör som vinner regionens upphandling. Handlingsalternativet kan också omfatta andra rättighetsupplåtelser såsom tomträtt.

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.³⁹

³⁹ Se avsnitt 4.4 som redogör för möjliga inlåsningsituationer.

Exempel 4. Hyresvärdsupphandling inklusive hyresvärdens åtagande om köp av fastighet

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, byggtreprenad-arbetena och hyreskontraktet annonseras enligt LOU följer kommunen sin upphandlingsskyldighet.

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 byggtreprenad- och närliggande tjänster separat.

I SKR:s vägledning *Byggtreprenad på annans fastighet*⁴⁰ beskrivs detta handlingsalternativ mer utförligt.

⁴⁰ Länk till SKR:s vägledning *Byggtreprenad på annans fastighet*.
<https://webbutik.skr.se/sv/artiklar/byggtreprenad-pa-annans-fastighet.html>

3.2.1 Upphandling av byggenreparationsarbeten på annans fastighet

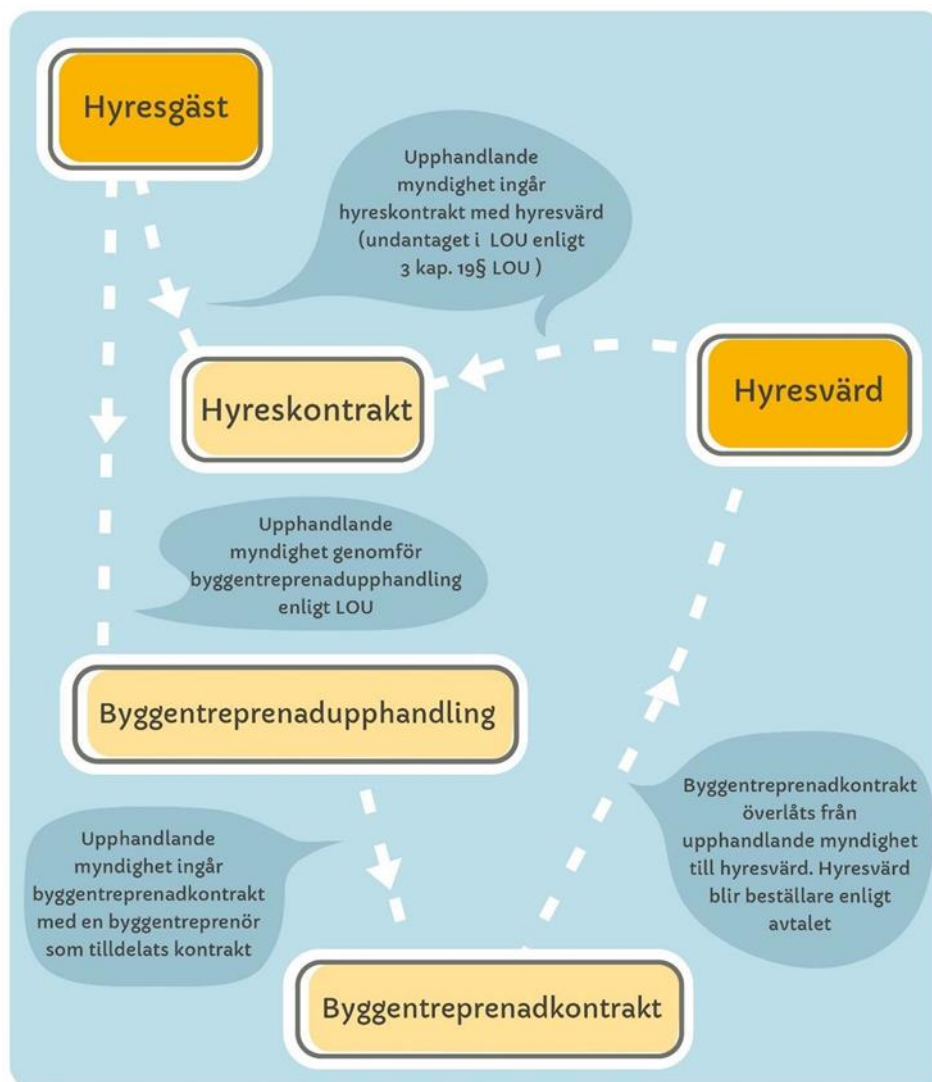
UM ingår ett hyreskontrakt med hyresvärden. UM blir därmed hyresgäst enligt hyreskontraktet. Hyreskontraktet är undantaget upphandlingsplikt enligt 3 kap. 19 § LOU.

UM upphandlar sedan separat de önskade byggenreparationsarbetena för hyresvärdens räkning, tilldelar ett kontrakt och ingår ett från hyreskontraktet åtskilt separat byggenreparationskontrakt. När upphandlingen är slutförd överläts byggenreparationskontraktet till hyresvärden. Hyresvärden tar sedan på sig beställarrollen under byggenreparations genomförande. Således tecknas två separata avtal, ett hyreskontrakt och ett byggenreparationskontrakt.⁴¹

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.

⁴¹ 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 byggtreprenadarbeten 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. Ibland kanske det bara finns en enda fastighet i det geografiska området som kan inrymma en lokal för det aktuella behovet.

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 byggtreprenadarbeten på hyresvärdens fastighet och sedan överlåter byggtreprenadkontraktet till hyresvärden.

En privat hyresvärd som tar över ett enligt LOU upphandlat byggtreprenadkontrakt måste förhålla sig till reglerna i LOU under kontraktets löptid om detta avtalats.⁴² 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 byggtreprenadupphandlingen kan vara upphandlingspliktiga finns det en risk att hyresvärdens egna resurser, som exempelvis stöd i projektledning, projektering, arkitektur, konstruktion och annan rådgivning kopplad till byggtreprenaden, kan utgöra upphandlingspliktiga tjänster. Detta eftersom tjänsterna inte omfattas av hyresundantaget. En hyresvärd kan således bli förhindrad att tillhandahålla sina egna resurser kopplade till byggtreprenadupphandlingen om dessa inte upphandlas enligt LOU.⁴³

Hyreskontraktet och byggtreprenaden med tillhörande tjänster kan komma att ses som en odelbar enhet vilket innebär att hela anskaffningen kan behöva upphandlas enligt LOU.⁴⁴

⁴² 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.

⁴³ 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.

⁴⁴ 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. Tillsynsbeslut Konkurrensverket Dnr 502/2020.

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

När det kommer till upphandlingen av byggtreprenadarbetena 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.⁴⁵ 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 att hyresvärden deltar i processen och att det upphandlade byggtreprenadskontraktet kommer att överlåtas på hyresvärden.

Vidare kan en överprövning av byggtreprenadsupphandling 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.⁴⁶

⁴⁵ Se avsnitt 4.4 som redogör för möjliga inlåsningsituationer

⁴⁶ Se avsnitt 4.4 som redogör för möjliga inlåsningsituationer.

Exempel 5. Hyreskontrakt upprättas följt av upphandling av verksamhetsanpassning

Exempel på tillvägagångssätt: En kommun behöver en ny skola i kommunens centrum. Kommunen ingår ett hyreskontrakt med en fastighetsägare som äger en befintlig fastighet i centrum som behöver byggas om och till för skolverksamhet. Den byggtreprenad som behöver genomföras för skollokaler annonseras av kommunen enligt LOU. Kommunen fattar tilldelningsbeslut och ingår ett entreprenadavtal med den anbudsgivare som inkommit med bästa anbud i upphandlingen (byggtreprenören). Entreprenadavtalet överläts till fastighetsägaren i sin helhet.

Fastighetsägaren blir ny avtalspart med byggtreprenören.

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 byggtreprenaden kommer att upphandlas enligt LOU. I upphandlingen av byggtreprenaden anges att fastighetsägaren kommer att få insyn i upphandlingen samt att entreprenadavtalet kommer att överlätas till fastighetsägaren.

3.2.1.1 Alternativ till överlåtelse av byggtreprenaden till hyresvärden

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

3.2.2 Hyresvärden upphandlar byggtreprenadarbeten enligt LOU

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

Förfarandet är detsamma som avsnitt 3.2.1, Upphandling av byggtreprenad på annans fastighet, men i detta handlingsalternativ är det istället hyresvärden som

upphandlar byggtrepreparadbetena enligt LOU och ingår byggtrepreparadkontrakt.

Det finns visst stöd för att det enligt LOU går att låta en privat aktör upphandla byggtrepreparadbetena 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 bidragsituationer 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.⁴⁷

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.⁴⁸ 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

⁴⁷ Se RÅ 2004 ref. 48.

⁴⁸ 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.

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 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.⁴⁹

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.

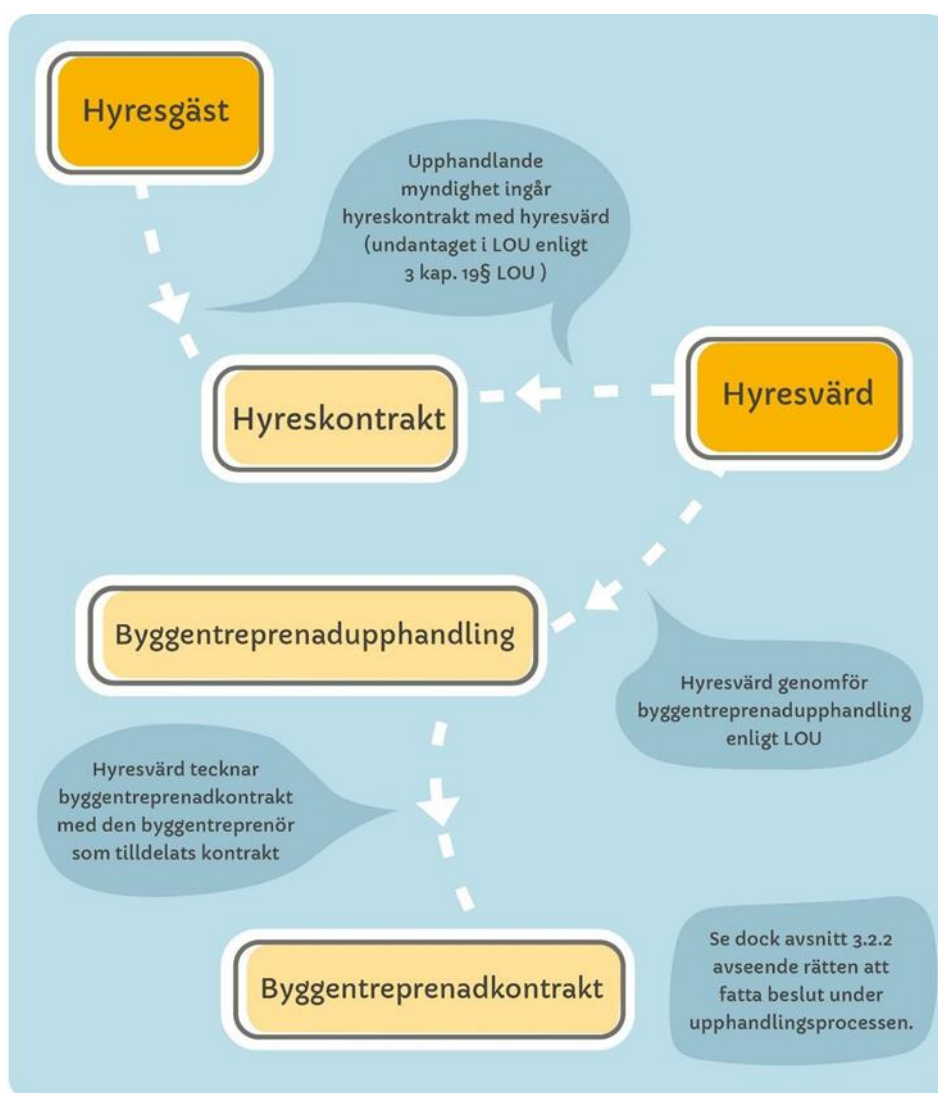
Det anges i 1 kap. 4 § kommunallagen att beslutanderätten i kommuner och regioner utövas av valda församlingar (fullmäktige) samt att beslut kan fattas av andra kommunala organ i enlighet med vad som anges i kommunallagen eller annan författning. Det saknas lagstöd för att låta privata aktörer fatta beslut åt kommunen när det gäller upphandlingar. Det är däremot möjligt att låta en privat hyresvärd bistå med upphandlingsstödjande 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 anbudet på uppdrag av UM.⁵⁰ Det är dock viktigt att se till att UM inte försätter

⁴⁹ 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.

⁵⁰ 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

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.⁵¹

Illustration 7. Hyresvärden upphandlar byggenreparationsarbeten enligt LOU



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.

⁵¹ Se RÅ 2004 ref. 48.

3.2.2.2 Fördelar, nackdelar, tips – Hyresvärden upphandlar byggtreprepararbeten enligt LOU

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

Ytterligare en fördel med handlingsalternativet är att byggtrepreparadkontraktet inte behöver överlåtas från den upphandlande myndigheten till hyresvärden.

Hyresvärden är ansvarig för upphandlingen och agerar beställare vid genomförandet av byggtrepreparaden, dvs. tar fram upphandlingsdokument och utvärderar anbuden. Tillvägagångssättet liknar mer en verklig situation på den kommersiella fastighetsmarknaden då fastighetsägaren själv upphandlar en byggtrepreparör och ingår byggtrepreparadkontrakt för den aktuella fastigheten.

Nackdelar: Handlingsalternativet innehåller samma risker som avsnitt 3.2.1, Upphandling av byggtrepreparad 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 byggtrepreparaden enligt LOU⁵² 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 byggtrepreparad 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 transparens hänsyn framgå att UM blir part i en eventuell framtida domstolsprocess enligt LOU.

⁵² Se RÅ 2004 ref. 48.

Exempel 6. Hyresvärden upphandlar byggtreprepararbeten enligt LOU

Exempel på tillvägagångssätt när en hyresvärd upphandlar byggtreprepararbeten enligt LOU

En kommun behöver en ny skola i kommunens centrum. Kommunen ingår ett hyreskontrakt med en fastighetsägare som äger en befintlig fastighet i centrum som behöver byggas om och till för skolverksamhet. Den upphandling av byggtrepreparaden som behövs för skollokaler annonseras och genomförs av fastighetsägaren enligt LOU. UM fattar beslut om att fastställa upphandlingsdokumenten samt fattar tilldelningsbeslut. Hyresvärden ingår ett byggtrepreparadavtal med den anbudsgivare som inkommit med bästa anbud i upphandlingen. Fastighetsägaren blir beställare under genomförandet av byggtrepreparaden.

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

4. Handlingsalternativ utan annonserad upphandling

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

Det redogörs 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.⁵³ 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.⁵⁴

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.⁵⁵

⁵³ Se avsnitt 2.4.2 om avgörande inflytande avseende icke-befintliga byggnader

⁵⁴ Jfr Kammarrätten i Jönköpings dom av den 10 augusti 2015 (mål nr 2844-14)

⁵⁵ Se avsnitt 2.4.1 avseende hyresgästanpassningar.

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 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 uppförts försäkra sig om ett hyreskontrakt.

Exempel 7. Hyresundantaget när upphandlingspliktiga byggtreprenader och närliggande tjänster saknas

Exempel på tillvägagångssätt för att tillämpa hyresundantaget när upphandlingspliktiga byggtreprenader 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.

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

Ett handlingsalternativ för UM som vill ingå ett hyreskontrakt med tillhörande byggtreprenadarbeten 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.

Teckal-undantaget innebär att en upphandlande myndighet kan upphandla varor, tjänster och byggtjänster 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.⁵⁶

Fördelar: Om UM har ett fastighets- eller bostadsbolag inom sin koncern som uppfyller både kontroll- och verksamhetskriteriet kan avtal om hyra samt tillhörande byggtjänster ingås direkt med bolaget utan upphandlingsplikt. Observera att om bolaget är en UM och avser att anlita en byggtjänstför utförande av byggtjänstarbeten 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.

⁵⁶ 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.

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.

Exempel 8. Hyresavtal med helägt bolag (omfattas av Teckal-undantaget)

Enligt Teckal-undantaget – Exempel på tillvägagångssätt för 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 upphandlande myndighet och om bolaget avser att anlita en byggtreprenör för uppförandet av lagerlokalen kan bolaget behöva genomföra en upphandling enligt LOU.

Exempel 9. Hyresavtal med ett bolag där kommunen är delägare (kommunen äger mindre än 80 procent av bolaget). (Omfattas inte av Teckal-undantaget)

Teckal-undantaget gäller inte - Exempel på tillvägagångssätt för 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.

4.3 Exploaterings- och marköverlåtelseavtal

En intressant fråga i lokalanskaffningsprocessen är hur exploaterings- och marköverlåtelseavtal ska bedömas ur ett upphandlingsrättsligt perspektiv. Inledningsvis kan det konstateras att sådana avtal som utgångspunkt inte är upphandlingspliktiga.⁵⁷

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.

⁵⁷ Se dom Helmut Müller, C-451/08, ECLI:EU:C:2010:168, punkterna 48-58.

I det senare fallet har kommunen möjlighet att på civilrättslig grund uppställa olika avtalsvillkor i samband med mark-försäljningen.⁵⁸

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.⁵⁹ 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.⁶⁰ 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.

⁵⁸ 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.

⁵⁹ Se dom Helmut Müller, C-451/08, ECLI:EU:C:2010:168, punkterna 48-58.

⁶⁰ 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.

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 fall förskolan eller gruppboendet avses förläggas till fristående byggnader är det sannolikt inte möjligt att undanta dessa från upphandlingsplikten, eftersom det då knappast kan sägas att exploateringsavtalet är odelbart.

Exempel 10. Exploateringsavtal gällande bostäder och en förskola

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.

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 för att det överhuvudtaget ska finnas hyresrätter att tillgå på bostadsmarknaden i den aktuella kommunen. Någon upphandlingsplikt föreligger inte i dessa fall 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 av- görande 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.⁶¹

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.⁶² 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 visst stöd för att kontraktet helt skulle kunna undantas från upphandlingsplikt. Även här kan alternativet vara 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 framtidaförhyrning 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 inlåsningsituation försvårar eller förhindrar för den upphandlande myndigheten att på ett rimligt och effektivt sätt förhyra lämpliga lokaler för om-, till- eller nybyggnation. En inlåsningsituation kan även förhindra UM att på ett rimligt och effektivt sätt utföra sitt verksamhetsuppdrag. En inlåsningsituation uppstår

⁶¹ Se dom Helmut Müller, C-451/08, ECLI:EU:C:2010:168, punkt 68.

⁶² 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.

genom att en hyresvärd, i egenskap av fastighetsägare, styr vilka entreprenörer som kan anlitas för genomförande av arbeten inom hyresvärdens fastighet.

Hyresvärden 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 bygg-entreprenader, varor och tjänster utifrån grunderna konstnärliga eller tekniska skäl samt ensamrätt. Om 6 kap 14 § LOU är tillämpligt behöver UM inte bjuda in tillanbudsgivning genom en annonserad upphandling.

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

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.

Det saknas praxis från förvaltningsdomstolarna om förhandlat förfarande utan föregående annonsering kan tillämpas avseende tekniska skäl och ensamrätt kopplat till inläsningsituationer 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 byggtrepreparadarbeten inte kan utföras av någon annan än den som hyresvärden anlitar.⁶³

Det finns behov av argumentationsstöd för att hantera inlåsningsituationer. 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.⁶⁴

4.4.1 Hyresvärden tillåter endast byggtrepreparadarbeten av egen utpekad leverantör

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

4.4.2 Monopolsituation – en fastighetsägare äger all mark

En annan inlåsningsituation 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.⁶⁵ Exempelvis kan en sjukvårdsmottagning eller ett socialkontor behöva etableras på den plats där kommuninvånarna befinner sig, t.ex. i det lokala centrumet eller gallerian för bästa tillgänglighet och service.⁶⁶

⁶³ Se Rosén Andersson, m.fl., LOU, en kommentar, kommentaren till 1 kap. 6 § ÅLOU, första punkten.

⁶⁴ Se Kommissionen mot Tyskland, C-20/01 och C-28/01, ECLI:EU:C:2003:220, punkt 58.

⁶⁵ 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).

⁶⁶ Ytterligare en inlåsningsituation 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

Inlåsningseffekten består av att det endast finns en hyresvärd, i egenskap av fastighetsägare, som äger all mark inom ett rimligt avstånd från UM:s 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.⁶⁷

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.

Akademiska hus, äger samtliga fastigheter i direkt anslutning till campus uppstår en inlåsningsituation om nya lokaler behöver förhyras i anslutning till campus.

⁶⁷ Se dom Kommissionen mot Italien, C-385/02, ECLI:EU:C:2004:522, punkt 23.

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 förutsätt ningarna 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 byggtreprenadarbeten i de förhyrda lokalerna.⁶⁸ Det är däremot möjligt att i ett hyresförhållande avtala om en annan 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 byggtreprenad arbeten 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 inlåsnings situation 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 inlåsnings situation föreligger.⁶⁹

Om en inlåsnings situation 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.

⁶⁸ Se 2 kap. 15 § Regeringsformen. Se även 12 kap. 24 och 42 §§ JB.

⁶⁹ Se Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, s. 545 ff. och 564 ff., inklusive fotnot 756

4.4.5 Rimlighetsargument vid tekniska skäl och ensamrätt

Det ska även framhållas 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 inlåsnings-situationer är orimligt att upphandla en entreprenör enligt LOU i hyresvärdens lokaler.

Exempel 11. Rimlighetsargument vid tekniska skäl och ensamrätt

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 byggtreprenadarbetena 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 inlåsnings-situation 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 byggtreprenadarbeten 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.

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 förhandsinsyn⁷⁰

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 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

⁷⁰ Se Standardformulär 15 till Kommissionens genomförandeförordning 2015/1986.

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.⁷¹

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.

⁷¹ jfr Högsta domstolens dom i NJA 2016 s. 369, punkt 33.

5. Tips vid genomförande av 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 frågortill potentiella hyresvärdar, motivera den geografiska avgränsningen och stämna 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 tänkta 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.⁷²

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.

⁷² För att läsa mer om förstudier och RFI se; länk till upphandlingsmyndighetens vägledning om inköpsprocessen. <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/inkopsprocessen/forbered-upphandling/>

Vilka förfaranden som UM får välja bland beror på avtalets värde samt vilken typ av vara, tjänst eller byggtreprenad som ska upphandlas.⁷³ 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 författarna av denna skrift lämpar sig bäst vid en hyresvärdsupphandling.

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 med föregående annonsering 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. De inkomna anbuden ligger sedan till grund för förhandlingar som ska avse förbättringar, anpassningar och justeringar av krav och

⁷³ Läs mer om de olika förfarandena på Upphandlingsmyndighetens hemsida, Länk till Upphandlingsmyndighetens hemsida, avsnitten om inköpsprocessen.
<https://www.upphandlingsmyndigheten.se/inkopsprocessen/forbered-upphandling/valja-upphandlingsforfarande/>

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 med föregående annonsering 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 och 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 med föregående annonsering 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 med föregående annonsering 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 angivnatidsfrister 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 byggentreprenad har avsett ogiltighetstalan.

Om exempelvis en UM ingår ett kontrakt som innehåller upphandlingspliktiga byggentreprenader 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 utbytts kan avtalet avvecklas. Om prestationer däremot har utbytts ska dessa återgå. Om det inte är möjligt ska parterna sättas i samma förmögenhetsläge som de var i innan avtalet ingicks.⁷⁴

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

⁷⁴ Se prop. 2009/10:180 s. 361.

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.⁷⁵

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.⁷⁶

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

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 denne 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

⁷⁵ Se prop. 2009/10:180 s. 361.

⁷⁶ Se NJA 2007 s. 349.

förvaltningsrätten. Ofta sker en överprövning efter att UM meddelat ett tilldelnings-beslut 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 följden 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 byggentreprenad 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).⁷⁷ 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.

⁷⁷ Se även 2 kap 3 § KomL. Likställighetsprincipen utgör även ett förbud för regionerna att gynna enskild.

7. Rättsfallssammanfattningar

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 varavsedd 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, liksom i Limhamnsålet, 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 byggentreprenad 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.⁷⁸

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 hyra⁷⁹ (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

⁷⁸ Se Kammarrätten i Jönköping (mål nr 1486-17) och Högsta förvaltningsdomstolen (mål nr 4478-17).

⁷⁹ Ersättning för utebliven hyra kan också benämnas som ersättning för det positiva kontraktsintresset.

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, mål nr 4397-18 (Limhamnsålet)

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 byggentreprenadkontrakt för att senare övergå till reglerna om blandade kontrakt. Domstolen prövade därefter vad huvudföremålet för kontraktet var. Den leverantör som begärt överprövning åberopade omfattande e-postkorrespondens. Korrespondensen visade att avtalsparterna hade fört diskussioner om anpassningsbehovet av byggnaderna samt reglering av parkeringsnormen.⁸⁰ 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.⁸¹

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

⁸⁰ Med parkeringsnormen avses hur många parkeringsplatser som ska finnas per boende.

⁸¹ Se Högsta förvaltningsdomstolens beslut (mål nr 2237-19).

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 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 varbeskrivna. Konkurrensverket framhöll särskilt att förvarsenheten 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 00 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 genomförandeavtal som utgjorde en bilaga till hyreskontraktet. I genomförandeavtalet 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 (Logiplatser)

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, mål nr 2737-14 (Haninge Bostäder)

Bakgrunden till målet var att ett kommunalt bostadsbolag genom avtal med ett företag tillgodogjort 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 byggtreprenadkontrakt avseende byggnaderna. Konkurrensverket ansökte om upphandlings-skadeavgift med motiveringen att affärsupplägget innebar att det kommunala bolaget via företagsförvärvet blivit beställare av en byggtreprenad. 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 byggtreprenadkontrakt avseende uppförandet av bostäderna. Det framgick dessutom i byggtreprenadkontraktet 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 byggtreprenadkontrakt 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.⁸² 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 upphandlings-skadeavgift.

Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr 13760-20 (Gruppboend)

Bakgrunden till målet var att en kommun ingått ett avtal med en leverantör avseende nya lokaler för gruppboend. Byggnaden hade delvis gjorts om från hotell- och konferensverksamhet till gruppboend. Frågan i målet var om det hyreskontrakt som kommunen ingått med leverantören ansågs utgöra ett upphandlingspliktigt byggtreprenadkontrakt.

I målet framgick att den del av kostnaden som avsåg lokalhyra utgjorde 55,8 procent av avtalets totala värde. Att mer än hälften av värdet utgjordes av hyra bedömdes inte i sig vara tillräckligt för att avtalet skulle klassificeras som ett hyreskontrakt. Vidare genomfördes ombyggnationen i enlighet med de krav som kommunen ställt och gruppboend hade till övervägande del utformats i enlighet med kommunens förstudie. Kommunen hade även fått lämna synpunkter på leverantörens ritningar. Kommunen ansågs ha utövat ett avgörande inflytande trots att det inte fanns något avtalsrättsligt åtagande från parterna när ombyggnationen påbörjades. Vidare bedömdes de åtgärder som vidtagits för att anpassa lokalen för kommunen vara för omfattande för att det skulle anses vara en sedvanlig hyresgäst Anpassning.

Förvaltningsrätten bedömde med beaktande av ovanstående att avtalet inte var att klassificera som ett hyreskontrakt utan ett upphandlingspliktigt byggtreprenadkontrakt.

EU-domstolens dom C-537/19 (Wiener Wohnen)

En upphandlande myndighet (hädanefter UM) ingick ett hyreskontrakt med en hyresvärd. Hyreskontraktet ingicks på obestämd tid och avsåg en kontors-

⁸² Se La Scala, C-399/98, ECLI:EU:C:2001:401.

byggnad kallat "Gate 2". Kontorsbyggnaden var inte uppförd vid hyreskontraktets ingående och hyreskontraktet hade inte föregåtts av ett annonserat förfarande. Hyreskontraktet omfattade två flyglar (A och B) med bottenvåning till femte våning med ett tillval om broar mellan dessa båda flyglar. I kontraktet fanns även en ensidig rätt för UM att utöver de fem första våningsplanen, hyra sjätte till åttonde våningsplanen i B-flygeln, vilket UM också hade nyttjat.

Frågan i målet avsåg om kontraktet som ingåtts ansågs utgöra ett upphandlingspliktigt byggentreprenadkontrakt eller ett kontrakt som omfattas av hyresundantaget.

EU-domstolen konstaterar att hyresundantaget även kan gälla vid hyra av icke-befintliga byggnader, det vill säga byggnader som ännu inte har uppförts. I målet tog domstolen hänsyn till olika omständigheter för att bedöma om UM haft ett avgörande inflytande över den planerade byggnaden.

Omständigheterna som domstolen tog hänsyn till var:

Platsanalys och genomförbarhetsstudie (arkitektonisk utformning):

Den platsanalys som hade tagits fram innehöll bland annat olika planerade objekt som UM kunde hyra. Ett av objekten var Gate 2, som även ansågs vara den mest lämpliga och särdragen i Gate 2 hade även fastställts i den genomförbarhetsstudie som hade tagits fram.

Domstolen konstaterar att, utifrån ovanstående, UM inte hade haft något inflytande över den arkitektoniska utformningen och planeringen av hyresobjektet.

- Flyglarna och broarna:

En annan omständighet var om uppförandet av sjätte till åttonde våningsplanen i B-flygeln samt om broarna som förband byggnadens A- och B-flyglar kunde ha medfört att UM haft ett avgörande inflytande.

Domstolen konstaterar att, eftersom optionen och broarna ingått i genomförbarhetsstudien, har de inte varit avsedda att tillgodose ett behov som UM specificerat.

- Bygglov:

Domstolen konstaterar, med hänvisning till allmän kommersiell praxis, att omständigheten att bygglov inte söktes eller beviljades förrän efter den tidpunkt då det aktuella hyreskontraktet ingicks inte utgör hinder för att anse att byggnaden Gate 2 vid ingåendet av kontraktet redan var planerad och färdig att uppföras.

- Hyreskontraktets tid:

Det faktum att ett hyreskontrakt ingås för en lång period, oberoende av omständigheterna i det enskilda fallet, är inte ovanligt i sig. Domstolen konstaterar därför att längden på avtalstiden inte medför ett avgörande inflytande.

- Kontroll (uppföljning):

UM uppdrog åt ett externt företag, som specialiserat sig på att utarbeta byggprojekt, att göra uppföljande kontroller av byggprojektets specifika genomförande. Domstolen ansåg inte att sådan uppföljande kontroll som UM har vidtagit medfört att UM haft ett avgörande inflytande.

- Specifikationer (hyresgästanpassningar):

UM hade angett specifikationer avseende energiprestanda, att hissar ska gå mellan samtliga nivåer, upphöjt golv, nedkylning av Gate 2 genom termoaktiva takdelar och certifieringar. Därutöver hade byggnadens flyglar angetts som ett rutsystem. Rutsystemet ansågs dock vanligt för denna typ av kontorsfastighet, då det garanterar att den inre dispositionen förblir så flexibel som möjligt och den är även anpassad för framtida hyresgäster.

Domstolen bedömde att specifikationerna (hyresgästanpassningarna) inte hade medfört att UM hade utövat ett avgörande inflytande över byggnadens projektering eller ställt krav som går längre än vad en hyresgäst vanligtvis kan kräva.

Sammantaget bedömde EU-domstolen, med beaktande av ovanstående omständigheter, att hyreskontraktet som har ingåtts inte utgör ett upphandlingspliktigt byggentreprenadkontrakt.

8. Exempel på hyresvärdsupphandlingar (paketerad upphandling)

Nedanstående upphandlingar utgör exempel på hyresvärdsupphandlingar och inga rekommendationer från SKR. 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.

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

Hyreskontrakt flexibel förskola/skola, Linköpings kommun, Vikingstad, 2020-05-23, Annonns-id OPIC: 5299484.

Uppförande av särskilt boende genom hyresvärdsupphandling, Ängelholms kommun, Ängelholm, 2021-07-08, Annonns-id OPIC: 6018071.

Upphandling av hyresvärd/hyresavtal för trygghetsboende, Oskarshamns kommun, Oskarshamn, 2021-01-11, Annonns-id OPIC: 5842566.

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. Isådana 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 om 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, dvs. 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 Upplýsingar i årsredovisning

För investeringar i annans fastighet ska det i årsredovisningen lämnas samma upplýsingar 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 upplýsingar i not om:

- tillgångarnas anskaffningsvärde;
- tillkommande och avgående tillgångar (inköp, försäljningar och utrangeringar);
- 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 notupplýsningen 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 Byggentreprenadkontrakt, 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 byggentreprenader, 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 byggentreprenader, 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.

dom Wiener Wohnen, C-537/19, ECLI:EU:C:2021:319.

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 Malmö's dom av den 21 augusti 2018 (mål nr 13072-17).

Förvaltningsrätten i Stockholms dom av den 26 januari 2021 (mål nr 13760-20).

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 Regioner (SKR) har utarbetat en vägledning som syftar till att fungera som ett stöd inför och under en lokalanskaffning samt som ett diskussionsunderlag och argumentationsstöd. Vägledningen publicerades 2019 och har uppdaterats under fjärde kvartalet 2021

Upplysningar om innehållet
Fredrik Johansson, fredrik.johansson@skr.se

© Sveriges Kommuner och Regioner, 2022
ISBN: 978-91-8047-006-3
Produktion: SKR