



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Oskar Gustafsson

Offentlig upphandling och hyresundantaget

– Praxis och tillämpning

LAGM01 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Henrik Norinder

Termin för examen: VT 2015

Innehåll

1	INLEDNING	5
1.1	Introduktion	5
1.2	Syfte	6
1.3	Frågeställningar	6
1.4	Metod	7
1.5	Avgränsning och material	8
1.6	Forskningsläge	8
1.7	Disposition	9
2	LAG OM OFFENTLIG UPPHANDLING	11
2.1	Bakgrund	11
2.2	Lagens utgångspunkter	12
2.3	Tillsyn	15
2.4	Undantag	15
2.5	Hysesundantaget	16
2.6	När kan hyresundantaget tillämpas?	19
3	ETT UPPHANDLINGSRÄTTSLIGT KONTRAKT	21
3.1	Kontrakt enligt LOU	21
3.2	Praxis från EU-domstolen	22
3.2.1	C-399/98 Ordine degli Architetti	22
3.2.2	C-451/08 Helmut Müller	23
3.3	Svensk praxis	24
3.4	Konklusion	Fel! Bokmärket är inte definierat.
4	BYGGENTREPRENADKONTRAKT	26
4.1	Utförande av byggentreprenad	26
4.2	Praxis från EU-domstolen	27
4.2.1	C-399/98 Ordine degli Architetti	27
4.2.2	C-220/05 Auroux	28
4.2.3	C-536/07 Kommissionen mot Tyskland	29
4.2.4	C-213/13 Impresa Pizzarotti	30

4.3	Svensk praxis	31
4.3.1	KamR i Göteborg mål nr 3859-99 Torsby Simhall	31
4.3.2	KamR i Göteborg mål nr 7477-08 Region Skåne	32
4.3.3	Kkv dnr 613/2008 Nybro Brunn	33
4.3.4	Kkv dnr 128/2009 Kristinehamn badhus	34
4.4	Konklusion	Fel! Bokmärket är inte definierat.
5	KONTRAKT MED BLANDADE PRESTATIONER	38
5.1	Avtalets huvudsakliga syfte	38
5.2	Praxis från EU-domstolen	39
5.2.1	C-331/92 Gestión Hotelera	39
5.2.2	C-220/05 Auroux	40
5.2.3	C-536/07 Kommissionen mot Tyskland	41
5.2.4	C-213/13 Impresa Pizzarotti	42
5.3	Svensk praxis	43
5.3.1	NOU dnr 2005/0256-21 Folkets Hus	43
5.3.2	Kkv dnr 148/2009 Ljunga Park	44
5.3.3	KamR i Jönköping 2972-11 Migrationsverket	45
5.3.4	KamR i Sundsvall 395-10 Bostadsmodulerna	46
5.3.5	Kkv dnr 584/2010 Migrationsverkets förvar	46
5.3.6	Kkv dnr 198/2010 Vindkraftverket	47
5.3.7	KamR i Stockholm mål nr 797-06 Medic	48
5.3.8	KamR i Sundsvall mål nr 2264-12 Särna skogsmuseum	48
5.4	Konklusion	Fel! Bokmärket är inte definierat.
6	AVSLUTANDE ANALYS	54
6.1	Frågeställningarna	54
6.2	Två åtskilda frågor	57

Summary

According to the 1 ch. 6 § of the Swedish Public Procurement Act (LOU) it does not apply to contracts for the acquisition or rental of property. The paragraph is derived from Article 16 of directive 2004/18/EC, and is commonly referred to as *the rent exemption*. The exemption is vaguely phrased, a fact that has opened up for many interpretations. This has, in turn, resulted in uncertainty regarding its scope of application. Along with other doctrines, the different law-comments only offer a fragmented picture of the situation. A different factor contributing to the uncertainty is that there are few Swedish indicative rulings. However, since the procurement legislation originates from EU law it is possible to turn to the rulings of the European Court of Justice for guidance. The paper examines cases from Sweden and the ECJ which, together with the Act and its preparatory works, can answer the basic question: *in which situations are the rent exemption applicable?*

The analysis produces a number of conclusions. It is noted that the courts of Sweden has considered issues relating to both mixed contracts and works contracts as a single problem area, which seems to have contributed to increased uncertainty. It is further noted that the change in law relating to the exemption, which is requested by some in the doctrine, is perhaps not warranted, if possible, without further instructions from the European Court of Justice. Finally, the paper presents a proposal on the questions which may arise for a contracting authority facing a possible application of the rent exemption, and tries to answer them in the light of the findings.

Sammanfattning

Enligt 1 kap. 6 § LOU gäller inte lagen för kontrakt som avser förvärv av, eller nyttjanderätt till, fastighet. Paragrafen härstammar från art. 16 i direktiv 2004/18/EG och benämns vanligen som *hyresundantaget*. Att undantaget är vagt formulerat har öppnat för många tolkningar, och idag råder det oenighet kring dess omfattning. Tillsammans med övrig doktrin ger de olika lagkommentarerna endast en fragmentiserad bild av läget. En annan bidragande orsak till osäkerheten är att det finns få vägledande svenska avgöranden. Då upphandlingslagstiftningen härstammar från EU-rätten går det även bra att även vända sig till EU-domstolen för tolkningshjälp. I uppsatsen granskas den praxis från Sverige och EU-domstolen som, tillsammans med lagen och dess förarbeten, kan ge svaret på den grundläggande frågan: *i vilka situationer är hyresundantaget tillämpligt?*

Analysen utmynnar i ett antal slutsatser. Det konstateras att svenska domstolar har betraktat frågor om blandade kontrakt respektive byggtreprenadkontrakt som ett och samma problemområde, vilket verkar ha bidragit till ökad osäkerhet. Vidare konstateras att den lagändring avseende hyresundantaget som efterfrågas i doktrinen måhända inte är påkallad, eller ens möjlig, innan EU-domstolen förtydligat sin praxis. Avslutningsvis redovisas ett förslag på de frågor och svar som en upphandlande myndighet kan ställas inför vid en reflektion över undantagets tillämpningsmöjligheter.

Förord

Det var vid arbetets början svårt att tänka sig att en ynka paragraf, nej – en ynka punkt i en paragraf – skulle ge upphov till flera månaders intensivt och givande tankearbete. Under resans gång har jag flera gånger trott mig ha funnit svaret, bara för att tio minuter senare ha tvingats inse att det oftast inte enbart visat sig vara ett otillräckligt svar – det har varit en helt ny fråga. För mig är det nog det som gör juridiken spännande.

Först och främst vill jag tacka min handledare Henrik Norinder. Inte bara för att du under arbetets gång varit engagerad och bidragit med värdefulla insikter, utan även för att du på ett entusiastiskt sätt introducerade mig för offentlig upphandling.

Ett stort tack även till mina föräldrar, Barbro och Thomas Gustafsson, som med kloka råd och synpunkter hjälpte mig att göra uppsatsen bättre.

Tack även till Kalle Dahl och Fredrik Werdelin för hjälp med korrekturläsning.

Sist vill jag passa på att rikta ett tack till Harry Kane, som med alla sina mål bidrog till att jag då och då kunde tänka på någonting annat.

Lund den 24 maj 2015

Oskar Gustafsson

Förkortningar

Det klassiska direktivet	Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster
Dir.	Direktiv
ECJ	European Court of Justice
EU	Europeiska unionen
EUD	Europeiska unionens domstol
EUF-fördraget	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
EUT	Europeiska unionens officiella tidning
JB	Jordabalk (1970:994)
KamR	Kammarrätt
Kkv	Konkurrensverket
LOU	Lag (2007:1091) om offentlig upphandling
NOU	Nämnden för offentlig upphandling
Prop.	Proposition
SOU	Statens offentliga utredningar
ÄLOU	Lag (1992:1528) om offentlig upphandling

1 Inledning

1.1 Introduktion

Syftet med reglerna om offentlig upphandling är att få statliga och kommunala myndigheter att aktivt söka upp och utnyttja konkurrensen på marknaden. När det görs ökar förutsättningarna för att offentliga medel används på ett så effektivt sätt som möjligt. Varor och tjänster som upphandlas offentligt representerar stora belopp, Konkurrensverket uppskattar att det sammanlagda värdet av offentliga upphandlingar i Sverige årligen uppgår till 450–535 miljarder kronor.¹ Upphandlingsreglerna har sin grund i det EU-rättsliga samarbetet, där de har utarbetats som ett led i strävan mot ett av unionens långsiktiga mål: en fri inre marknad. Kontrakt avseende byggtreprenader är extra intressanta, dels med tanke på att kontrakten ofta har ett relativt högt enskilt värde, dels med tanke på att det inom byggmarknaden råder begränsad konkurrens mellan ett fåtal stora aktörer.

Myndigheters skyldighet att offentligt upphandla varor, tjänster och byggtreprenader regleras i lag (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Huvudregeln är att alla byggtreprenader ska upphandlas men lagen föreskriver ett antal situationer där upphandlingsskyldigheten uteblir. Ett av dessa undantag, det s.k. hyresundantaget², aktualiseras då en upphandlande myndighet önskar förvärva eller hyra redan befintliga fastigheter. Gränsdragningen mellan upphandlingspliktiga byggtreprenadskontrakt och kontrakt som är undantagna upphandling med hänvisning till hyresundantaget är långt ifrån oproblematiskt.

Att hyresundantaget länge har varit förknippat med en viss osäkerhet exemplifieras inte minst av att upphandlingsskyldiga myndigheter ibland har försökt att kringgå lagstiftningen med hjälp av olika typer av upplägg.³ Som exempel på en sådan situation kan nämnas då en upphandlingsskyldig myndighet uppdrar åt ett byggföretag att uppföra en byggnad på mark som myndigheten inte äger, för att därefter överta marken – inklusive den numera uppförda byggnaden. Rent teoretiskt rör det sig om ett fastighetsköp av en befintlig byggnad, men agerandet strider mot upphandlingsreglerna med beaktande av deras syfte och lydelse. Det råder inga tvivel om att hyresundantagets tillämpningsmöjligheter påverkas då en myndighet är delaktig i projekteringen av en byggtreprenad. Det finns dock ett behov av att klargöra vad *delaktig* i praktiken innebär.

¹ Konkurrensverkets rapport 2014:1, *Siffror och fakta om offentlig upphandling*, s. 7.

² Undantaget benämns oftast som *hyresundantaget* men ibland förekommer även *hyresrättsundantaget* eller *fastighetsundantaget*. I uppsatsen kommer undantaget för enkelhetens skull konsekvent att benämnas som *hyresundantaget*, även vid diskussioner hänförliga till fastighetsköp.

³ Rosén Andersson, m.fl., *Lagen om offentlig upphandling*, Zeteo 2013-07-01, kommentaren till 1 kap. 6 §.

En annan situation där problematiken ofta ställs på sin spets är då det rör sig om hyresgästanspassningar, d.v.s. när en myndighet, i egenskap av hyresgäst, ålägger fastighetsägaren att genomföra vissa om- eller tillbyggnationer på en fastighet. Konkurrensverkets uppfattning är att hyresgästanspassningar ska upphandlas när de beställs av en myndighet som önskar fortsätta hyra en viss lokal.⁴ Det finns dock argument mot upphandling i dylika situationer, nämligen att utgångspunkten enligt svensk hyresrätt är att hyresgästen vanligtvis har ett inflytande över lokalernas utformning samt att hyresgästanspassningens kostnad kan betalas av såväl den nuvarande som eventuella framtida hyresgäster.⁵

Det är idag oklart i vilka situationer som hyresundantaget är tillämpligt, både i förhållande till köp av fastigheter och till hyresgästanspassningar. Om undantaget tillämpas alltför restriktivt kan det resultera i att det i praktiken blir verkningslöst. Det är därför av stor vikt att undantaget faktiskt tillämpas i den utsträckning och i de situationer som lagstiftaren faktiskt har avsett. I föreliggande uppsats granskas den praxis som finns på området. Målsättningen är att bidra med förståelse och kunskap om undantaget och dess tillämpning.

1.2 Syfte

Huvudsyftet är att genom en grundlig kartläggning av hyresundantaget belysa villkoren för dess tillämpning med utgångspunkt i såväl svensk som EU-rättslig praxis. Uppsatsen syftar även till att ta ställning till om den nuvarande tillämpningen av hyresundantaget i Sverige sker i enlighet med vad praxis från EU-domstolen föreskriver.

1.3 Frågeställningar

Inom ramen för uppsatsens syfte ska följande frågeställningar besvaras:

- När anses en nyproducerad lokal vara så pass anpassad efter hyresgästens behov att ett hyreskontrakt istället bör betraktas som ett byggentreprenadkontrakt?
- När är en hyresgästanspassning så omfattande att hyresundantaget inte längre kan anses vara tillämpligt för ett hyreskontrakt?
- På vilket sätt har den svenska implementeringen av direktiv 2004/18/EG påverkat förståelsen av villkoren för hyresundantagets tillämpning?

⁴ Konkurrensverkets skrivelse till Finansdepartementet den 13 december 2010, dnr 571/2010.

⁵ Rosén Andersson m.fl, *Lagen om offentlig upphandling*, Zeteo 2013-07-01, kommentaren till 1 kap. 6 §.

1.4 Metod

Med tanke på att syftet med uppsatsen är att precisera innehållet i gällande rätt har den klassiska rättsdogmatiska metoden bedömts vara lämplig. Exakt vad metoden innebär råder det delade meningar om, men generellt kan sägas att de olika rättskällorna, d.v.s. lagtext, förarbeten, praxis och doktrin, redogörs för, tolkas och analyseras.⁶ Som en del av rättsdogmatisk metod ingår att behärska rättskällevärdet, eller kunskapen om rättskällornas inbördes hierarki. Dels dikterar rättskällevärdet villkoren för vilka rättskällor som ska, och bör, beaktas vid en undersökning, dels innehåller den principer för att kunna värdera information med beaktande av källornas inbördes relation.⁷ Vid användning av den rättsdogmatiska metoden är det centralt att sträva efter att bruka varierande rättskällor och att, i den mån det är möjligt, ställa dessa mot varandra.⁸

För att kunna besvara frågor om offentlig upphandling krävs tolkning av relevanta bestämmelser i såväl LOU som upphandlingsdirektiven. EU-domstolens avgöranden är till stor tolkningshjälp, då mängden svensk praxis på vägledande nivå är begränsad.⁹ Vid arbetet med den dömande verksamheten utgår EU-domstolen i viss mån från andra metoder och rättskällor än vad som används i Sverige, vilket innebär att den valda metoden behöver kompletteras med en EU-rättslig metod. I första hand hämtar EU-domstolen vägledning i fördragets grundläggande principer. Resultatet blir att avgörandena ofta präglas av en stark medvetenhet om den dömande maktens roll i integrationsprocessen.¹⁰ För EU-domstolen är reglernas syften, ändamål och effekter inom unionen centrala. De avgöranden från EU-domstolen som behandlas i uppsatsen tolkas därför i ljuset av ändamålen med de upphandlingsrättsliga direktiven.¹¹

I uppsatsen innebär metodvalen en granskning av texten i de bakomliggande europarättsliga direktiven, de svenska förarbetena och den svenska lagen samt en kritisk granskning av de rättsfall och ärenden som har meddelats av EU-domstolen och av svenska förvaltningsrättsliga domstolar, samt lagens tillsynsmyndigheter. Vidare är lagen om offentlig upphandling en del av ett integrerat system, som ofta samspelar med andra rättsområden. Ett område som är särskilt relevant i förhållande till uppsatsens syfte är entreprenadrätten. För att hyresundantaget ska kunna tillämpas i praktiken krävs det att de olika reglerna samverkar på ett sätt som möjliggör detta.

⁶ Lehrberg, Bert, *Praktisk Juridisk Metod*, Iustus 2001, s. 278 f.

⁷ Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*, Nordstedts juridik 2007, s. 37.

⁸ Korling, Fredric, Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, Studentlitteratur 2013, s. 21 ff.

⁹ Sundstrand, Andrea, *Offentliga byggtreprenadkontrakt – odelbara kontrakt och hyresundantaget*, UrT 2015:1, s. 48.

¹⁰ Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, Norstedts juridik 2010, s. 65.

¹¹ Hettne, Jörgen och Otken Eriksson, Ida (red.), *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, Norstedts juridik 2011, s. 34 ff.

1.5 Avgränsning och material

Läsaren förutsätts ha en grundläggande förståelse för allmän upphandlingsrätt. Med det sagt ges inledningsvis endast en översiktlig introduktion av de upphandlingsrättsliga delar som är relevanta med anledning av uppsatsens frågeställning. Uppsatsens material består till största del av lag- och direktivtext, förarbeten, rättsfall från Sverige och EU-domstolen samt doktrin. De rättsfall som granskas i uppsatsen har valts med anledning av att de i såväl domstolsavgöranden som i doktrin ofta refereras till när hyresundantaget diskuteras. Uppsatsen gör inte anspråk på att omfatta varje rättsfall som i något hänseende har behandlat hyresundantaget, däremot ska de vägledande rättsfallen på området vara omnämnda. Med anledning av att Konkurrensverket är den myndighet som har ansvaret för tillsynen av LOU inkluderas flera av myndighetens beslut i materialet.

I övrigt har uppsatsen en naturlig avgränsning då granskningen i första hand avser 1 kap. 6 § LOU. Med det sagt kommer även 2 kap. 3 §, 2 kap. 10 § och 2 kap. 18 § LOU att behandlas tämligen ingående med anledning av paragrafernas nära relation till, och betydelse för, hyresundantagets tillämpning. Dessa paragrafer rör i tur och ordning byggtreprenadkontrakt, kontrakt respektive tjänstekontrakt. I de rättsfall som redogörs för i uppsatsen avgränsas framställningen till att handla om det innehåll som berör hyresundantaget. Flera av rättsfallen kan givetvis ha i övrigt intressanta juridiska argumentationsdelar men dessa lämnas därhän, om inte sammanhanget föranleder annat. I några fall redogörs endast kortfattat för vissa rättsfall, då de i övrigt relevanta delarna redan har belysts på andra ställen.

1.6 Forskningsläge

I Sverige är upphandlingsrätten tyvärr ett område som fortfarande är tämligen outforskat. Av den doktrin som finns är det endast en liten del som behandlar hyresundantaget specifikt. Tongivande verk på området är företrädesvis kommentarer till lagen, där de mest omfattande är *Lagen om offentlig upphandling: en kommentar* av Helena Rosén Andersson m.fl, samt *Lag (2007:1091) om offentlig upphandling* av Anna Ulfsson Forssell och Eskil Nord.

I dessa kommentarer redogörs för uppfattningen att det på fastighetsmarknaden i praktiken har utvecklats avtalskonstruktioner som medfört att frågor uppkommit om LOU:s tillämplighet. Vidare understryks att det i största mån är gränsdragningen kring vad som utgör en upphandlingspliktig byggtreprenad och vad som utgör ett undantaget lokalhyresavtal som vållar problem. Det konstateras att denna fråga ett antal gånger har behandlats i praxis, och att det endast är befintliga byggnader

som kan undantas upphandling med hänvisning till hyresundantaget.¹² Ulfsson Forssell menar dock att hyresundantaget kan vara tillämpligt redan under byggnationen när det rör sig om uppförande av en helt vanlig byggnad, med flera möjliga användningsområden och där köparen kan tänkas vara vem som helst.¹³ Uppfattningen kontradikteras av Andrea Sundstrand som istället menar att praxis från EU-domstolen klart och tydligt visar att hyresundantaget inte kan vara tillämpligt på ej befintliga byggnader, oavsett typ.¹⁴

Rosén Andersson m.fl. menar vidare att osäkerheten kring tillämpningen innebär att lagstiftaren behöver klargöra gränserna mellan upphandlingspliktiga byggtreprenadkontrakt och icke upphandlingspliktiga lokalhyresavtal.¹⁵

Av internationella publikationer bör Sue Arrowsmiths omfattande verk *The law of public and utilities procurement* nämnas. I boken diskuteras dels de EU-rättsliga direktivens betydelse för upphandling under förhållanden hänförliga till Storbritannien, dels direktiven och deras uppkomst i sig. Hyresundantaget konstateras motiverat med anledning av de speciella förhållanden som råder på fastighetsmarknaden, vidare problematisering lyser dock med sin frånvaro.¹⁶

1.7 Disposition

Uppsatsen inleds i första kapitlet med en introduktion där de olika aspekterna av hyresundantagets tillämpningssvårigheter belyses. Därefter följer en kortfattad bakgrundsframställning av upphandlingslagstiftningen, samt vilka grundläggande förutsättningar som gäller för hyresundantagets tillämpning.

Efter de inledande kapitlen följer tre kapitel där den huvudsakliga problematiken diskuteras och illustreras med hjälp av rättsfall och analyser. Kapitel 3, 4 och 5 inleds alla med en kort beskrivning av deras innehåll och de tre kapitlen avslutas med en sammanfattande del som har benämnts *sammanfattande slutsatser*, där de viktiga aspekterna i de olika rättsfallen belyses och kontextualiseras. Syftet med dessa delkapitel är att underlätta för läsaren och att tydliggöra uppsatsens ”röda tråd” men på sina ställen förekommer även en form av materialanalys.

¹² Rosén Andersson m.fl, *Lagen om offentlig upphandling*, Zeteo 2013-07-01, kommentaren till 1 kap. 6 §.

¹³ Ulfsson Forssell, *Lag (2007:1091) om offentlig upphandling*, Lexino 2013-05-01, kommentaren till 1 kap. 6 § samt Rosén Andersson m.fl, *Lagen om offentlig upphandling*, Zeteo 2013-07-01, kommentaren till 1 kap. 6 §.

¹⁴ Sundstrand, Andrea, *Offentliga byggtreprenadkontrakt – odelbara kontrakt och hyresundantaget*, UrT 2015:1, s. 65 f.

¹⁵ Rosén Andersson m.fl, *Lagen om offentlig upphandling*, Zeteo 2013-07-01, kommentaren till 1 kap. 6 §.

¹⁶ Arrowsmith, Sue, *The law of public and utilities procurement: regulation in the EU and UK*, Sweet & Maxwell 2014, s. 496.

Som kortfattat nämndes i avgränsningsdelen kan man inte på ett adekvat sätt undersöka hyresundantaget utan att samtidigt behandla 2 kap. 3 §, 2 kap. 10 § och 2 kap. 18 § LOU. Detta följer av att gränserna för undantagets tillämpningsmöjligheter är beroende av hur byggentreprenad- och tjänstekontrakt är definierade. Därför diskuteras i kapitel 3 definitionen av kontrakt, i kapitel 4 definitionen av byggentreprenadkontrakt och i kapitel 5 kontrakt med blandade prestationer. Uppsatsen avslutas med ett kapitel där materialet slutligt analyseras.

2 Lag om offentlig upphandling

2.1 Bakgrund

Enkelt uttryckt är offentlig upphandling en process för inköp av varor och tjänster. Att kommuner och myndigheter tvingas fatta sina inköpsbeslut på ekonomiska grunder motverkar att såväl gränsöverskridande som inhemska aktörer diskrimineras. Upphandlingsreglerna har inom EU¹⁷ utarbetats som ett led i strävan mot ett av unionens långsiktiga mål – en fri inre marknad, där aktörer från en medlemsstat utan hinder ska kunna bedriva verksamhet eller erbjuda tjänster i en annan medlemsstat. Den grundläggande tanken har ända sedan unionens bildande varit att avvecklandet av sådana hinder bidrar till ekonomisk tillväxt i såväl hela unionen som i varje enskild medlemsstat, då geografiska marknadsmässiga fördelar uppmuntras och utnyttjas. Reglerna utgör även ett effektivt verktyg i kampen mot korruption.¹⁸

De unionsrättsliga upphandlingsreglerna är inget statiskt regelverk, under de senaste 30 åren har det utarbetats nya direktiv i snitt vart tionde år. Den 31 mars 2004 offentliggjordes det som ofta kallas det klassiska upphandlingsdirektivet, direktiv 2004/18¹⁹. Namnet har direktivet fått med anledning av att det reglerar upphandlingar inom den klassiska sektorn, till skillnad från systerdirektivet, direktiv 2004/17²⁰, som reglerar upphandlingar inom försörjningsområdena vatten, energi, transporter och posttjänster. När det klassiska upphandlingsdirektivet antogs kom det att ersätta bland annat det äldre tjänstedirektivet, direktiv 92/50²¹, som reglerade upphandlingar av tjänstekontrakt och det äldre byggtreprenaddirektivet, direktiv 93/37²² som på motsvarande sätt reglerade upphandlingar av byggtreprenadkontrakt.

Det klassiska upphandlingsdirektivet infördes i huvudsak för att genom redaktionella ändringar och förtydliganden förbättra regelverket.²³ I Sverige kom det klassiska direktivet att införlivas genom lag (2007:1091) om

¹⁷ Europeiska unionen (EU) kom i och med Lissabonfördraget att ersätta Europeiska gemenskapen (EG). I uppsatsen kommer förkortningen EU att användas både om den nuvarande unionen och den äldre gemenskapen, där inte kontexten föranleder annat. På liknande sätt kommer termen EU-domstolen användas även om den tidigare EG-domstolen.

¹⁸ Arrowsmith 2014, s. 151.

¹⁹ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.

²⁰ 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.

²¹ Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster.

²² Rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenadkontrakt.

²³ Prop. 2006/07:128 s. 281 f.

offentlig upphandling. Den äldre lagen om offentlig upphandling (ÄLOU) upphörde i samband med detta att gälla.

Det klassiska upphandlingsdirektivet ersattes den 26 februari 2014 av ett nytt upphandlingsdirektiv, direktiv 2014/24²⁴. Det nya direktivet har ännu inte införlivats i svensk rätt. Den 27 september 2012 tillsattes en särskild utredare som fick i uppdrag att lämna förslag på hur vissa bestämmelser i det kommande EU-direktivet skulle implementeras. Uppdraget var således begränsat och i utredningen *Nya regler om upphandling* var andra frågor i fokus, t.ex. de om reserverade kontrakt, sekretess och innovationspartnerskap. Utöver behandlingen av dessa specifika frågor och de sedvanliga redaktionella förbättringarna innebär det nya direktivet att man även inom den klassiska sektorn börjar närma sig försörjningssektorns mer flexibla lösningar.²⁵

Som ett regelverk inom ramen för det europarättsliga samarbetet ska de svenska upphandlingsreglerna tolkas och tillämpas i ljuset av EU-rätten och EU-domstolens praxis. De grundläggande EU-rättsliga principerna ska erkännas en framträdande roll inom all offentlig upphandling. De aktuella principerna är *principen om icke-diskriminering* (det är förbjudet att diskriminera leverantörer på grund av nationalitet), *likabehandlingsprincipen* (alla leverantörer ska ges samma förutsättningar), *proportionalitetsprincipen* (de krav som ställs på leverantörerna i upphandlingen ska vara proportionella och rimliga i förhållande till vad som upphandlas) och *principen om öppenhet* (upphandlingen ska präglas av öppenhet och förutsebarhet). Principerna följer av EUF-fördraget och i viss mån fastställd praxis.²⁶ I LOU finns principerna uttryckta i 1 kap. 9 §. Med andra ord ska alla offentliga upphandlingar i såväl Sverige som EU genomföras med beaktande av dessa principer.

2.2 Lagens utgångspunkter

Lagen om offentlig upphandling är tämligen omfattande och inleds i 1 kap. 1 § med en pedagogisk innehållsförteckning. Kapitelindelningen kan därefter sägas följa upphandlingsärendets gång. I förevarande avsnitt görs en enkel genomgång av de begrepp och definitioner som är centrala för uppsatsen.

Upphandlingslagstiftningen ska enligt 2 kap. 19 § LOU följas av alla statliga och kommunala myndigheter. Vid myndigheter jämställs även beslutande församlingar i kommuner och landsting och offentligt styrda organ som uppfyller de kumulativa kriterier som finns omnämnda i 2 kap. 12 § LOU. I det klassiska upphandlingsdirektivet används begreppet *offentligrättsligt organ*, men lagstiftaren ansåg att den nuvarande lydelsen,

²⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

²⁵ Kommittédirektiv 2012:96, SOU 2014:51 samt Nord, E, *Lagen om offentlig upphandling*, Karnovs kommentar till LOU.

²⁶ Se artiklarna 18, 34, 35, 49 och 56 i EUF-fördraget.

under svenska förhållanden, bättre stämmer överens med vad som avses i direktivet.²⁷ Paragrafens första kriterium är att organet löpande tillgodoser ett behov i det allmännas intresse. Som exempel på verksamheter som tillgodoser ett sådant behov kan från EU-domstolens praxis nämnas arrangemang av mässor, bortskaffande och behandlande av hushållsavfall eller värnandet om nationella skogsområden.²⁸ Det andra kriteriet innebär att organet inte ska bedriva verksamhet av industriell eller kommersiell karaktär. Att staten tillgodoser ett behov med hänsyn till skäl som har samband med allmänintresset har av EU-domstolen ansetts tala för att ett behov inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Organets verksamhet ska med andra ord inte i första hand vara ekonomiskt motiverat.²⁹ För att kunna fastslå ett behovs karaktär ska det göras en helhetsbedömning av bolagets konkurrensförhållanden. EU-domstolen har uttalat att det faktum att det förekommer konkurrens på en marknad visserligen talar för att verksamheten bedrivs av ekonomiska hänsyn men att det samtidigt inte kan garanteras enbart på den grunden.³⁰ Det tredje och sista kriteriet är att stat, kommun, landsting eller en upphandlande myndighet ska ha ett bestämmande inflytande över organets verksamhet.

Uttrycket *upphandling* definieras inte i det klassiska direktivet, där man däremot tydliggör vad som menas med tilldelning av kontrakt. I Sverige ansågs upphandlingsbegreppet vara tillräckligt inarbetat för att det knappast skulle föranleda några missuppfattningar. Med tanke på begreppets betydelse ansåg lagstiftaren även att det var påkallat med en lagstadgad definition.³¹ Enligt 2 kap. 13 § LOU avses med offentlig upphandling de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster eller byggtreprenader.

Ett *kontrakt* definieras enligt 2 kap. 10 § LOU som ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som sluts mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer, avser utförande av byggtreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster och undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur.

Till lagen om offentlig upphandling hör olika bilagor med motsvarigheter i det klassiska upphandlingsdirektivet. Bilaga 2 motsvarar direktivets bilaga II A (A-tjänster) och bilaga 3 motsvarar direktivets bilaga II B (B-tjänster). A-tjänster är tjänster som enligt EU:s lagstiftare ska vara föremål för unionsrättslig upphandling eftersom tilldelning av kontrakt för dessa tjänster anses öka förutsättningarna för handel över gränserna. B-tjänster är på motsvarande sätt tjänster som typiskt sett har ansetts vara mindre lämpade för gränsöverskridande handel, t.ex. tjänster avseende sjukvård,

²⁷ Prop. 2006/07:128 s. 303.

²⁸ Se de förenade målen C-223/99 Agorá och C-260/99 Excelsior, mål C-360/96 BFI Holding och mål C-353/96 Irish Forestry Board.

²⁹ Se mål C-360/96 BFI Holding.

³⁰ Se mål C-360/96 BFI Holding

³¹ Prop. 2006/07:128 s. 303.

undervisning eller hotellverksamhet. Direktivet, liksom den svenska lagen, skiljer på dessa olika typer av tjänster och direktivet påkallar inte upphandling av B-tjänster. I Sverige ska B-tjänster upphandlas enligt de regler som följer av 15 kap. LOU, vilket således är en mer långtgående implementering än vad direktivet föreskriver.³²

Det finns tre typer av upphandlingsskyldiga inköp som definieras i LOU:s andra kapitel. Med *varukontrakt* avses ett kontrakt som gäller köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor. Ett *tjänstekontrakt* definieras som ett kontrakt avseende utförande av någon av de i bilagorna upptagna tjänsterna, och som inte utgör varukontrakt eller byggentreprenadkontrakt. Den sista punkten i bilaga 3 stadgar att till B-tjänster räknas ”övriga tjänster, med undantag av kontrakt som avser förvärv, utveckling, produktion eller samproduktion av program som utförs av radio- och tv-bolag samt kontrakt om sändningstider”. Tjänstekontrakt är således delvis negativt definierade då B-tjänster utgörs av alla slags tjänster som omfattas av lagen och som inte utgörs av A-tjänster, byggentreprenadkontrakt eller varukontrakt.

Byggentreprenadkontrakt är kontrakt som antingen avser endast utförande, eller både projektering och utförande, av arbete som är hänförligt till en verksamhet som anges i bilaga 1 till LOU, eller kontrakt som medför att byggnadsverk realiseras enligt krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten. Med byggnadsverk avses det samlade resultatet av bygg- och anläggningsarbeten, om resultatet självständigt kan fullgöra en teknisk eller ekonomisk funktion.³³

Tjänstekoncessioner är ett kontrakt av samma slag som tjänstekontrakt, med skillnaden att ersättningen för tjänsterna helt eller delvis utgörs av en rätt att utnyttja tjänsten. Tjänstekoncessionskontrakt behöver inte upphandlas, det är tillräckligt att kontraktet innehåller en bestämmelse som föreskriver att eventuella senare varukontrakt som koncessionstagaren sluter med tredje part ska ingås med beaktande av principen om icke-diskriminering. På liknande sätt utgör *byggkoncessioner* kontrakt av samma slag som byggentreprenadkontrakt, med skillnaden att ersättningen helt eller delvis består av rätten att utnyttja anläggningen. Byggkoncessioner ska upphandlas enligt 13 kap. LOU.

Offentlig upphandling ska ske på ett förutbestämt sätt och det är upp till den upphandlande myndigheten att på förhand välja vilket förfarande som den, med beaktande av kontraktets förväntade värde och typ, önskar använda. Upphandlingsförfaranden regleras i lagens fjärde kapitel. Som utgångspunkt ska enligt 4 kap. 1 § ett *öppet* (2 kap. 22 §) eller ett *selektivt förfarande* (2 kap. 16 §) användas. Vid ett öppet förfarande sker kvalificeringen och anbudsutvärderingen i en och samma fas. Vid ett selektivt förfarande sker kvalificeringen först, varpå de kvalificerade leverantörerna får lämna ett anbud för utvärdering. Under särskilda omständigheter kan alternativa

³² Rosén Andersson, m.fl, *Lagen om offentlig upphandling*, Zeteo 2013-07-01, kommentaren till 1 kap. 2 §.

³³ Prop. 2006/07:128 s. 297 f.

förfaranden användas. *Förhandlat förfarande med föregående annonsering* (4 kap. 2 §) får användas då de inkomna anbuden vid ett öppet eller selektivt förfarande är ogiltiga eller av olika anledningar inte kan godtas. Direktupphandling, eller *förhandlat förfarande utan föregående annonsering* (4 kap. 5 §), får användas då det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte har lämnats några bud, om det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt endast kan levereras av en specifik leverantör eller om det är absolut nödvändigt att tilldela ett kontrakt men synnerlig brådska gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid ett öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering.

2.3 Tillsyn

Enligt 18 kap. 1 § LOU meddelar regeringen vilken myndighet som ansvarar för tillsynen av den offentliga upphandlingen. Mellan 1993 och 2007 var Nämnden för offentlig upphandling (NOU) tillsynsmyndighet. 2007 avvecklades myndigheten och verksamheten fördes över till Konkurrensverket.³⁴ Konkurrensverket är tillsynsmyndighet för såväl konkurrensfrågor som den offentliga upphandlingen. Tillsynsarbetet innebär uppföljning i ärenden som utmynnar i upphandlingsskadeavgift samt tillsyn av upphandling i ett bredare perspektiv. Sedan 2010 har Konkurrensverket haft möjlighet att föra talan i domstol mot myndigheter som har brutit i sin upphandlingsskyldighet. Det bredare tillsynsarbetet innebär att verket har i uppdrag att komma med vägledande tillsynsbeslut som i sig inte renderar i någon upphandlingsskadeavgift. I och med sin ställning som tillsynsmyndighet har Konkurrensverket ett inte obetydligt inflytande på tolkningen av gällande rätt.

2.4 Undantag

I princip ska lagen om offentlig upphandling tillämpas på alla åtgärder som en upphandlande myndighet vidtar i syfte att tilldela ett framtida kontrakt. Till denna huvudregel finns det också undantag varav 3 kap. 1 § LOU inledningsvis bör nämnas. Av paragrafen framgår att lagen inte ska tillämpas på kontrakt vars sammanlagda värde inte överstiger det av Europeiska kommissionen fastställda tröskelvärdet. Storleken varierar beroende av vilken typ av vara eller tjänst som ska upphandlas och vilket upphandlingsförfarande som används. Tröskelvärdet ska enligt samma paragraf meddelas av regeringen i svensk författningssamling och det sker löpande då värdet korrigeras av kommissionen. Den för närvarande aktuella lagen är tillkännagivande (2014:5) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

Lagens övriga undantagsbestämmelser finns i de inledande paragraferna i 1 kap. Av 1 kap. 3–5 §§ framgår att upphandlingar inom vissa områden

³⁴ Detta skedde genom förordning (2007:1117) med instruktion för Konkurrensverket.

istället ska genomföras enligt särskilda speciallagar. Dessa är upphandlingar av vatten- energi- transport- och posttjänster (1 kap. 3 §), upphandlingar på försvars- eller säkerhetsområdet (1 kap. 3 a §), upphandlingar som syftar till att ge en upphandlande myndighet möjlighet att bedriva eller tillhandahålla publika telenät (1 kap. 4 §), upphandlingar enligt internationella avtal (1 kap. 5 §) samt upphandlingar som omfattas av sekretess eller rör rikets väsentliga intressen (1 kap. 5 a §).

1 kap. 6 § fastställer vissa särskilda undantag. Dessa är i tur och ordning:

1. Förvärv av fastighet eller annan nyttjanderätt till fast egendom
2. Anskaffning, utveckling eller produktion av programmaterial avsett för tv eller radio
3. Skiljemanna- eller förlikningsuppdrag
4. Finansiella tjänster i samband med utfärdande, försäljning, förvärv eller överlåtelse av värdepapper eller andra finansiella instrument
5. Anställningar
6. Forsknings- och utvecklingstjänster
7. Verksamhet som rör förvaltning av statskulden eller som avser tjänster från en centralbank

Utgångspunkten för dessa undantag är enligt fastställd EU-praxis att de ska tolkas restriktivt och att det ankommer på den som åberopar ett undantag att visa på omständigheter som gör undantaget tillämpligt.³⁵

2.5 Hyresundantaget

Hyresundantaget kallas det särskilda undantag som regleras i första punkten i den ovan återgivna 1 kap. 6 § LOU. Undantaget är inte nytt på upphandlingsrättens område, redan i inledningen till det äldre tjänstedirektivet kunde man i artikel 1 iii läsa att ett undantag från direktivets tillämplighet var kontrakt avseende förvärv eller hyra, oavsett finansieringsform, av mark, befintliga byggnader eller annan fast egendom eller rättigheter till sådan. Undantaget motiverades i ingressen med att *”avtal om förvärv eller hyra av fast egendom eller rättigheter till sådan är av särskild karaktär och det är därför olämpligt att tillämpa upphandlingsregler i sådana fall”*.³⁶

I propositionen till den äldre upphandlingslagen (ÄLOU) diskuterades inte undantaget specifikt, det konstaterades vara ett av flera ytterligare undantag och fördes in 5 kap.³⁷ Kapitlet hade rubriken *Upphandling av tjänster* och i första paragrafen kunde man läsa att bestämmelserna i kapitlet inte skulle tillämpas i fråga om anskaffning av- eller nyttjanderätt till fastighet.

³⁵ Se de förenade målen C-20/01 och C-28/01 Kommissionen mot Tyskland.

³⁶ Dir. 92/50/EEG, 10:e beaktandedet.

³⁷ Prop. 1992/93:88 s. 95.

När det äldre tjänstedirektivet 2004 ersattes av det klassiska upphandlingsdirektivet kom hyresundantaget att placeras i artikel 16:

Art. 16 direktiv 2004/18/EG

Detta direktiv skall inte tillämpas på sådana offentliga tjänstekontrakt som avser:

- a) förvärv eller hyra, oavsett finansieringsform, av mark, befintliga byggnader eller annan fast egendom eller rättigheter till sådan egendom; dock skall varje form av kontrakt om finansiella tjänster som sluts samtidigt med, före eller efter köpe- eller hyreskontraktet omfattas av detta direktiv, [...]

Liksom i det äldre tjänstedirektivet motiverades undantaget med att dessa typer av kontrakt anses uppvisa speciella särdrag som innebär att de inte bör upphandlas offentligt.³⁸ Vad det är för speciella särdrag som åsyftas uttrycks inte specifikt men en möjlig förklaring ligger i förvärvets icke-generiska karaktär. När en myndighet önskar förvärva eller hyra en fastighet är det rimligt att tro att det är en specifik fastighet med en specifik ägare som avses, därför kan det anses vara både onödigt och olämpligt att begära in anbud på ett större antal fastigheter.³⁹ En annan bidragande orsak till undantagets existens kan vara det faktum att förvärv av fast egendom inte på samma sätt som varor, tjänster eller byggentreprenader är utsatt för gränsöverskridande konkurrens. En befintlig fastighet finns nämligen av naturen på en specifik plats i en specifik stat och är inte flyttbar. Det är vidare endast ägaren av fastigheten som kan göra anspråk på den. De EU-rättsliga principerna om fri rörlighet för varor och tjänster har därför marginell betydelse när kontraktet avser ett förvärv av en befintlig fastighet.⁴⁰

Den 7 april 2004 beslutade Sveriges regering att tillsätta en utredning med uppdrag att ge förslag på hur det klassiska upphandlingsdirektivet borde införas i svensk rätt.⁴¹ Utredaren konstaterade i betänkandet att en motsvarighet till direktivets art. 16, d.v.s. hyresundantaget, fanns i såväl det äldre tjänstedirektivet som i den äldre upphandlingslagen. Utredaren resonerade därefter om att undantaget borde utvidgas till att även omfatta byggnad på annans mark, som enligt jordabalken annars är att anse som lös egendom. Utan särskild inkludering hade den typen av mark inte omfattats av undantaget enligt svensk rätt.⁴² Utredaren nämnde även det faktum att det i direktivet uttryckligen konstateras att undantaget endast kan tillämpas då det rör sig om förvärv eller hyra av *befintliga byggnader*. Vad formuleringen avsåg ansågs oklart, då förvärv av en byggnad, oavsett om förvärvet sker med eller utan marken, enligt jordabalken är att anse som

³⁸ Dir. 2004/18/EG, ingressens 24:e punkt.

³⁹ Rosén Andersson m.fl., *Lagen om offentlig upphandling*, Zeteo 2013-07-01, kommentaren till 1 kap. 6 §.

⁴⁰ Arrowsmith 2014, s. 496.

⁴¹ SOU 2005:22, s. 4.

⁴² SOU 2005:22, s. 244.

förvärv av fastighet. Det konstaterades att det sannolikt rör sig om fall där en myndighet som är i behov av lokaler istället för att låta uppföra en byggnad på egen mark låter ett byggföretag uppföra byggnaden på mark som inte ägs av myndigheten, för att därefter överta marken inklusive den numera uppförda byggnaden.⁴³ Utredarens uppfattning var att uttrycket *befintliga byggnader* hade inkluderats i direktivet endast i syfte att förtydliga att byggtreprenadkontrakt inte ska omfattas av undantaget. Som endast ett klagande ansåg utredaren inte att uttrycket behövde inkluderas i bestämmelsen. Slutligen påpekades att det i direktivet särskilt nämns att finansiella tjänster i samband med upphandling av fast egendom inte kan undantas. Utredaren menade att dylika tjänster inte är aktuella vid förvärv eller hyra av fast egendom och att det därför inte särskilt behöver påpekas i lagen.⁴⁴

Den 1 januari 2008 kom så den äldre upphandlingslagen att ersättas av nya LOU. Hyresundantaget placerades tillsammans med vissa andra undantag i en uppsamlade paragraf i lagens första kapitel.

1 kap. 6 § LOU

Denna lag gäller inte för kontrakt som avser

1. förvärv av fastighet, arrenderätt, hyresrätt, bostadsrätt, tomträtt, servitutsrätt eller någon annan rättighet till fastighet, dock gäller lagen för upphandling av finansiella tjänster med anledning av kontrakt som avses i denna punkt, [...]

Den svenska lagtexten uppvisar tre mer eller mindre betydelsefulla skillnader jämfört med direktivets artikel 16:

Art. 16 direktiv 2004/18/EG

Detta direktiv skall inte tillämpas på sådana offentliga tjänstekontrakt som avser:

- a) förvärv eller hyra, oavsett finansieringsform, av mark, befintliga byggnader eller annan fast egendom eller rättigheter till sådan egendom; dock skall varje form av kontrakt om finansiella tjänster som sluts samtidigt med, före eller efter köpe- eller hyreskontraktet omfattas av detta direktiv, [...]

Den första skillnaden gäller utelämnandet av formuleringen *offentliga tjänstekontrakt* till förmån för det kortare uttrycket *kontrakt*. Förändringen är tämligen svårbegriplig. Enligt direktivets ordalydelse är det endast tjänstekontrakt som avser köp eller hyra av befintliga fastigheter som kan aktualisera hyresundantaget. Med anledning av tjänstekontraktens uppsamlade karaktär, där de utgörs av sådana kontrakt som inte utgör byggtreprenadkontrakt eller varukontrakt, framgår det redan av artikelns

⁴³ SOU 2005:22, s. 245.

⁴⁴ SOU 2005:22, s. 245.

rubrik att byggtreprenadkontrakt inte kan omfattas av undantaget. Avtal om köp eller hyra av fastighet faller enligt direktivets terminologi inom kategorin tjänstekontrakt. Anledningen till förändringen nämns inte direkt i vare sig utredningen eller i propositionen men den kan mycket väl ha motiverats på grund av lagens övriga systematik, eller bara av det faktum att det är tämligen ologiskt att betrakta avtal om köp av befintliga byggnader som tjänstekontrakt. Att byggtreprenadkontrakt inte omfattas av undantaget framgår, som tidigare nämnts, ändå av förarbetena.

Den andra skillnaden är en ren redaktionell avvikelse angående uppräknningen av vilka typer av nyttjanderätter till fastighet som undantaget omfattar. Enligt propositionen är uppräknningen, med beaktande av jordabalkens utformning, avsedd att motsvara direktivets ”förvärv eller hyra”. I remissvaren uttryckte vissa instanser förvåning över avvikelsen, men lagstiftarens avsikt var inte att åstadkomma någon faktiskt betydelseskilnad.⁴⁵

Den tredje skillnaden rör det tidigare nämnda uttrycket *befintliga byggnader*. Flera remissinstanser påpekade i sina svar att formuleringen borde inkluderas i lagtexten, däribland lagens tidigare tillsynsmyndighet Nämnden för offentlig upphandling. I propositionen diskuterades formuleringens betydelse ingående och regeringen slöt sig till utredarens uppfattning om att uttrycket i direktivet endast syftar till att klargöra att byggtreprenader inte omfattas av undantaget. Uttrycket ansågs på den grunden vara överflödigt och lämnades vid utformningen av den slutgiltiga lagtexten därhän.⁴⁶

Beträffande hyresundantaget innebär det nya upphandlingsdirektivet, direktiv 2014/24, ingen egentlig skillnad. Undantaget återfinns i direktivets artikel 10 a och innebörden är densamma som i tidigare direktiv.⁴⁷

2.6 När kan hyresundantaget tillämpas?

Huvudregeln är enligt LOU att alla byggtreprenader ska upphandlas. Om värdet av ett entreprenadkontrakt överstiger tröskelvärdet ska annonsering ske inom hela EU. Hyresundantaget innebär att en myndighet som önskar förvärva eller hyra en fastighet inte behöver upphandla kontraktet. Likt alla andra undantag från LOU ska hyresundantaget tillämpas restriktivt, en tillämpning som inte är helt befriad från svårigheter.⁴⁸ Som en utgångspunkt kan det konstateras att avtalskonstruktionerna på fastighetsområdet är varierande och inte sällan komplicerade, vilket i sin tur innebär att de svårigheter som ibland uppstår kan ske i flera olika led. Ingen situation är den andra lik, och vad som är självklart i ett fall kan leda till bekymmer i nästa.

⁴⁵ Prop. 2006/07:128 s. 291.

⁴⁶ Prop. 2006/07:128 s. 289 ff.

⁴⁷ Dir. 2014/24/EU.

⁴⁸ Följer av EU-domstolens avgörande i de förenade målen C-20/01 och C-28/01.

Enkelt uttryckt är hyresundantaget tillämpligt på upphandlingsrättsliga kontrakt som avser hyra eller köp av fastighet och som inte utgör byggtreprenadkontrakt. Detta följer av direktivets ordalydelse och förarbetena till LOU. För att kunna fastställa om undantaget är tillämpligt i en given situation behöver man därför kunna fastställa hur ett specifikt avtal ska kvalificeras⁴⁹. EU-domstolen har i flera domar diskuterat de olika frågor som kan uppstå då en upphandlande myndighet på ett eller annat sätt får tillgång till en fastighet. Motsvarande frågor har i svensk rätt förvånande nog inte varit uppe för prövning i Högsta förvaltningsdomstolen. Däremot finns en förhållandevis rik flora av rättsfall från kammarrätterna. Nämnden för offentlig upphandling och senare Konkurrensverket har i egenskap av tillsynsmyndigheter även meddelat beslut i ett antal ärenden som förvaltningsdomstolarna i flera fall har refererat till. I de kommande kapitlen ska redogöras för en mängd domar som har bidragit till ökad förståelse och ett breddat tolkningsunderlag.

Genomgången har delats in i tre huvudsakliga delar, vilka korrelerar med de övergripande svårigheter som en myndighet kan ställas inför vid en eventuell tillämpning av undantaget. Uppdelningen är inte given, men identifierades under behandlingen av materialet vara ett viktigt analytiskt verktyg i arbetet för en ökad förståelse av hyresundantaget.

1. Är avtalet ett upphandlingsrättsligt kontrakt?
2. Avser kontraktet utförande av byggtreprenad?
3. Har kontraktet inslag av blandade prestationer?

Vilka enskilda frågor som har diskuterats i de olika rättsfall och ärenden som uppsatsen behandlar framgår av bilaga A.

⁴⁹ EU-domstolen talar ofta om avtalets ”kvalifikation” när den ska fastställa vad ett avtal egentligen reglerar, och därmed vilket direktiv eller vilken artikel som aktualiseras.

3 Ett upphandlingsrättsligt kontrakt

3.1 Kontrakt enligt LOU

I det här kapitlet beskrivs först kortfattat för vilka krav som LOU ställer på ett avtal för att det ska klassificeras som ett kontrakt i lagens mening, varpå det redogörs för tre rättsfall där frågan har diskuterats. Vad som utgör ett kontrakt kan vid en första anblick te sig självklart men frågan ger ändå ofta upphov till problem. Kontrakt definieras i 2 kap. 10 § LOU:

2 kap. 10 § LOU

Med kontrakt avses ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som

1. sluts mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer,
2. avser utförande av byggtreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster, och
3. undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur.

Paragrafen är i stort sett likalydande med det klassiska upphandlingsdirektivets artikel 1.2 a. I Sverige valde dock lagstiftaren, som en redaktionell förändring, att ersätta direktivets *offentligrättsligt kontrakt* med det kortare uttrycket *kontrakt*. Vidare valde lagstiftaren att inkludera det stycke från ÄLOU som föreskrev att avtalet ska undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur. I förarbetena konstaterades att det visserligen låg i sakens natur att skriftliga avtal undertecknades av parterna men att bestämmelsen ändå borde behållas.⁵⁰

Något förenklat kan paragrafen sägas bestå av fem rekvisit:

- a) Det ska röra sig om ett *avtal*,
- b) avtalet ska vara *skriftligt*,
- c) avtalet ska innehålla *ekonomiska villkor*,
- d) avtalet ska vara ingånget av en *upphandlande myndighet* och
- e) avtalet ska vara ingånget av en *entreprenör*.

Utöver dessa fem finns det även ett sjätte rekvisit som föreskriver att avtalet ska avse utförande av byggtreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster. Den frågan är så pass omfattande och central i förhållande till uppsatsens syfte att den diskuteras fristående i kapitel fyra. Det är inledningsvis värt att notera att EU-domstolen ännu inte i något fall

⁵⁰ SOU 2005:22 s. 227.

har behandlat hyresundantaget direkt.⁵¹ Domarna är relevanta med anledning av att de på olika sätt har behandlat frågor med nära anknytning till hyresundantaget.

Vissa av paragrafens (och direktivets) rekvisit är lättare att fastställa än andra, endast i undantagsfall torde det t.ex. vara oklart om avtalet är skriftligt eller slutet av en upphandlande myndighet. I flera av EU-domstolens avgöranden har den myndighet som åsidosatt sin upphandlingsskyldighet ändå försvarat sig med att deras avtal inte har utgjort ett offentligt kontrakt i direktivets mening.

3.2 Praxis från EU-domstolen

3.2.1 C-399/98 Ordine degli Architetti

I mål C-399/98 Ordine degli Architetti (även kallat Scala-målet) fördes ingående diskussioner angående flera av det äldre byggentreprenaddirektivets motsvarigheter till rekvisiten i 2 kap. 10 § LOU. I den italienska regionen Lombardiet fanns vid tiden för målet en lag som gav markägare med bygglov en rätt att på egen hand bekosta och låta uppföra byggnadsverk på sin mark i utbyte mot att hela eller delar av bygglovskostnaderna räknades av. Den italienska regeringen menade att överenskommelser ingångna med hänvisning till den regionala lagen inte utgjorde avtal med anledning av att lagens syften, ändamål och intressen inte var desamma som direktivets.⁵² Det framhölls även att de lokala myndigheterna varit förhindrade att välja den person som skulle utföra arbetena eftersom lagen föreskrev att det skulle vara den person som ägde marken där byggnationen skulle ske.

Vidare påpekades av svarandena och intervenienterna vid den nationella domstolen att överenskommelser enligt lagen under inga omständigheter var ingångna på ekonomiska villkor eftersom de inte förutsatte någon motprestation från kommunens sida. Att bygglovsavgiften fick skrivas av var enligt argumentet inte att likställa med betalning. Som en sista invändning anfördes att artikelns krav på att motparten skulle vara en entreprenör inte var uppfyllt när denne endast agerat i egenskap av markägare och att de faktiska arbetena skulle utföras av underleverantörer.

Svarandena hade med andra ord invändningar mot tre av artikelns rekvisit, a) att det utgjorde ett avtal, b) att avtalet var ingånget på ekonomiska villkor och c) att den ena parten var en entreprenör. EU-domstolen underkände

⁵¹ I den mening att de tolkningsfrågor som de nationella domstolarna ställt inte har avsett art. 16 i direktiv 2004/18.

⁵² Upphandlingsförfarandena inleddes i så gott som samtliga av de i uppsatsen refererade EU-målen innan det klassiska upphandlingsdirektivet trädde i kraft. Således har frågan ofta handlat om tillämpningen av de äldre upphandlingsdirektiven. Som tidigare nämnts var direktiv 93/37 tillämpligt på upphandling av byggentreprenader och motsvarande direktiv för upphandling av tjänster var direktiv 92/50. De relevanta artiklarna uppvisar dock endast små skillnader direktiven emellan.

samtliga invändningar. Då direktivets övriga kriterier var uppfyllda ansågs det inte kunna sättas ur spel enbart på grund av att syftet med den nationella stadsplaneringslagens skiljde sig från direktivets. Att överenskommelsen var offentlighetslig med inslag av myndighetsutövning ansågs vidare tala för att det rörde sig om ett sådant avtalsförhållande som direktivet föreskrev. Domstolen medgav att det visserligen var korrekt att de kommunala myndigheterna enligt den nationella lagen varit förhindrade att välja avtalspart, men denna omständighet ansågs inte i sig vara tillräcklig för att kunna utesluta ett avtalsförhållande.

I förhållande till den andra invändningen ansåg EU-domstolen, med beaktande av vad den italienska domstolen hade uttalat om den regionala lagstiftningen, att den avräkning som markexploatören hade rätt till mycket väl kunde ses som en förmån som innebar att avtalet skulle anses vara upprättat på ekonomiska villkor. Slutligen påpekade EU-domstolen att direktivet inte föreskrev att den som ingår ett avtal med en upphandlande myndighet utför alla uppdrag med egna resurser och i egen regi. Det räcker med att leverantören kan visa att denne är i stånd att utföra den aktuella prestationen genom att lämna nödvändiga garantier härom.

3.2.2 C-451/08 Helmut Müller

Vad som krävs för att ett avtal ska anses innehålla ekonomiska villkor diskuterades vidare i mål C-451/08 Helmut Müller. I målet hade en tysk kommun, på inrådan av den myndighet som ansvarade för tilldelning av bygglov, sålt en utannonserad fastighet till ett visst bolag på grund av att deras planer för området bedömdes göra området mer attraktivt ur stadsplaneringssynpunkt. Försäljningen föranledde ett konkurrerande bolag att överklaga beslutet med anledning av att de ansåg att försäljningen innebar att ett byggnadsverk skulle komma att uppföras på fastigheten, och att kontraktet därmed hade tilldelats i strid mot upphandlingsreglerna.

Målet vilandeförklarades och EU-domstolen ombads klargöra huruvida den byggtreprenad som är föremål för ett kontrakt, konkret eller materiellt, måste utföras åt den upphandlande myndigheten under förutsättning att myndigheten har ett direkt ekonomiskt intresse därav, eller om det räcker med att byggnaden uppfyller ett offentligt ändamål av allmänintresse.

Domstolen påpekade inledningsvis att en myndighets försäljning av mark normalt sett inte utgör ett offentligt byggtreprenadkontrakt, men att frågan i målet i huvudsak rörde den byggtreprenad som i ett senare skede skulle utföras på fastigheten. Därefter påpekades att den upphandlande myndigheten måste erhålla en prestation mot vederlag för att det ska vara frågan om ett avtal med ekonomiska villkor. I förhållande till byggtreprenadkontrakt består prestationen i utförandet av byggtreprenader, och den ska därutöver vara av direkt ekonomiskt intresse för den upphandlande myndigheten.

EU-domstolen gav därefter flera exempel på när direkt ekonomiskt intresse skulle anses föreligga i förhållande till byggnadsverk. I första hand nämndes då den upphandlande myndigheten blir ägare till byggnadsverket eller på annan rättslig grund garanteras tillgång till det. I andra hand konstaterades att direkt ekonomiskt intresse även kan föreligga då den upphandlande myndigheten får njuta de ekonomiska fördelar som byggnaden kan generera vid en eventuell framtida användning, då myndigheten bidrar ekonomiskt vid uppförandet eller då myndigheten står risken om det skulle visa sig att byggtreprenaden blir ett ekonomiskt misslyckande.

Med anledning av den ovan förda diskussionen menade domstolen att det vid ett offentligt byggtreprenadkontrakt inte krävs att byggtreprenaden på ett konkret eller materiellt sätt utförs åt den upphandlande myndigheten, under förutsättning att myndigheten har ett direkt ekonomiskt intresse av byggtreprenaden. Att den myndighet som är ansvarig för att utöva tillsyn i frågor avseende stadsplanering utövar verksamhet i enlighet med sin befogenhet ansågs däremot inte vara en omständighet som i sig syftade till att en avtalsprestation ska erhållas eller att en myndighets direkta ekonomiska intresse ska tillgodoses.

3.3 Svensk praxis

I Sverige har inte frågor om upphandlingskontraktets olika rekvisit dykt upp i någon större omfattning, men när det har skett har domskälen varit starkt influerade av de nyss nämnda målen C-399/98 Ordine degli Architetti och C-451/08 Helmut Müller. Ett exempel på när en sådan diskussion aktualiserats är i Kammarrätten i Sundsvalls mål nr 395-10 och 396-10. Målen handlar om två olika upphandlingar som en riksrekryterande gymnasieskola i Ånge gjorde med ett års mellanrum avseende hyra av elevbostäder i tillfälliga moduler. I båda fallen konstaterades kommunen ha ett direkt ekonomiskt intresse av byggtreprenaden trots att avsikten inte var att bli ägare av bostäderna. Det ekonomiska intresset ansågs istället föreligga på grund av att bostäderna antogs vara en förutsättning för den riksrekryterande gymnasieskolan som kommunen drev.

3.4 Sammanfattande slutsater

Vad som utgör ett kontrakt i upphandlingsrättslig mening kan vara problematiskt att fastställa i vissa specifika fall. Oftast bör det dock gå ganska snabbt att kontrollera rekvisiten. Inte sällan är det enkelt att fastställa att det rör sig om ett skriftligt avtal, samt att parterna är en upphandlingsskyldig myndighet respektive en entreprenör. Med anledning av att syftet med upphandlingsdirektivet är att undanröja hinder för den fria inre marknaden har artikelns olika rekvisit regelmässigt givits vida definitioner, vilket framgår inte minst av avgörandet i C-399/98 Ordine degli Architetti. Domen är även principiellt viktigt på grund av att den visar att upphandlingsrättsliga avtal ska tolkas funktionellt, och sedda i sitt sammanhang. Vidare konstaterades i målet att det inte är avgörande hur ett

avtal har benämnts enligt den nationella rätten eftersom en sådan bedömning är förbehållen EU-rätten.⁵³

I C-451/08 Helmut Müller påpekades att begreppet *kontrakt* är av stor betydelse vid definitionen av tillämpningsområdet för det klassiska upphandlingsdirektivet. Domen illustrerar på ett tydligt sätt att det är rekvisitet om att avtalet ska innehålla ekonomiska villkor som är det objektivt svåraste att fastställa. Hur en sådan bedömning ska gå till kan även skilja sig åt beroende på om kontraktet avser utförande av byggtreprenad, utförande av tjänst eller köp av varor. I förhållande till byggtreprenader, vilka är av störst intresse för uppsatsen, konstaterades i detta mål att det krävs att den myndighet som ingår ett offentligt byggtreprenadkontrakt genom kontraktet erhåller en prestation mot vederlag. Prestationen, förklarade EU-domstolen vidare, ska med hänsyn till dess karaktär och syftena med direktivet vara av direkt ekonomiskt intresse för den upphandlande myndigheten.

I förhållande till byggtreprenader kan man med andra ord sätta ett likhetstecken mellan ekonomiska villkor och att myndigheten har ett ekonomiskt intresse av byggnadsverket. Förutom det mest uppenbara, att myndigheten blir ägare till byggnaden, ges som exempel då myndigheten garanteras tillgång till byggnaden på rättslig grund eller i övrigt är finansiellt inblandad i projektet, d.v.s. tar del av de ekonomiska fördelar som byggnaden kan ge upphov till eller står den ekonomiska risken.

Slutligen ska det erinras om att det inte räcker med att fastställa att det föreligger ett upphandlingsrättsligt kontrakt för att kunna proklamera att hyresundantaget inte är tillämpligt. Med hänvisning till paragrafens och artikelns sista rekvisit måste kontraktet även avse utförande av byggtreprenad.

⁵³ Rosén Andersson m.fl, *Lagen om offentlig upphandling*, Zeteo 2013-07-01, kommentaren till 1 kap. 6 §.

4 Byggentreprenadkontrakt

4.1 Utförande av byggentreprenad

I andra kapitlet nämndes att byggentreprenader undantas från hyresundantagets tillämpningsområde, eftersom de enligt systematiken inte kan utgöra tjänstekontrakt. Direktivets artikel 16 föreskriver nämligen att undantaget endast gäller för *offentliga tjänstekontrakt*. När direktivet implementerades i svensk rätt gjordes några redaktionella ändringar som innebar att hyresundantaget enligt lydelsen kom att gälla för *alla* kontrakt som avser förvärv av fastighet, arrenderätt, hyresrätt, bostadsrätt, tomträtt, servitutsrätt eller någon annan rättighet till fastighet. Att hyresundantaget inte gäller för byggentreprenadkontrakt framgår med andra ord inte direkt av 1 kap. 6 § LOU. I förarbetena konstaterades dock, i samband med en diskussion hänförlig till direktivets uttryck *befintliga byggnader*, att byggentreprenader inte är avsedda att tillhöra paragrafens tillämpningsområde. Om kontraktets övriga rekvisit är uppfyllda, se kapitel 3, ska det vidare avse utförande av byggentreprenad för att det inte ska vara möjligt att undanta från upphandling med hänvisning till hyresundantaget.

Det kan inledningsvis konstateras att byggentreprenadkontrakt definierades förhållandevis tidigt och att denna definition sedan dess huvudsakligen har varit oförändrad. I direktiv 71/305⁵⁴ definierades byggentreprenadkontrakt som skriftliga avtal med ekonomiska villkor mellan en upphandlande myndighet och en entreprenör vars objekt var någon av de aktiviteter som fanns omnämnda i artikel 2 i direktiv 71/304⁵⁵. Artikel 2 hänvisade i sin tur till en bilaga som, likt efterföljaren; bilaga 2 till direktiv 2004/18, var en omfattande förteckning över åtgärder som bl.a. rymde byggnadsverksamhet, mark- och grundarbeten, bygg- och anläggningsarbeten, olika rivningsarbeten och anläggning av vägar.

Definitionen av byggentreprenadkontrakt utvidgades därefter successivt, inledningsvis genom direktiv 89/440⁵⁶ där det klargjordes att alla bygg- och anläggningsarbeten är byggentreprenader oavsett om de åtföljs av andra uppgifter, och senare genom direktiv 93/37. Genom det sistnämnda direktivet kom byggentreprenadavtal, förutom att omfatta avtal om projektering och/eller utförandet av någon av de verksamheter som fanns omnämnda i bilagan, även att inkludera utförandet, oavsett form, av en

⁵⁴ Council Directive 71/305/EEC of 26 July 1971 concerning the co-ordination of procedures for the award of public works contracts, (finns ej i svensk översättning).

⁵⁵ Rådets direktiv 71/304/EEG av den 26 juli 1971 om att upphäva begränsningar av friheten att tillhandahålla tjänster inom sektorn offentliga bygg- och anläggningsarbeten och vid tilldelningen av offentliga bygg- och anläggningskontrakt till entreprenörer verksamma genom agenturer eller filialer.

⁵⁶ Rådets direktiv 89/440/EEG av den 18 juli 1989 om ändring av direktiv 71/305/EEG om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten.

byggentreprenad som tillgodosåg de behov som myndigheten hade specificerat. Även utförandet, med eller utan projektering, av sådana arbeten som definierades i direktivets artikel 1 c utgjorde byggentreprenadkontrakt. Artikel 1 c utgjordes av en definition av ”byggentreprenader” eller ”arbeten” (i den engelska språkversionen används uttrycket *work* eller *public work*) där det konstaterades vara resultatet av en byggnad som i sig kan fylla en teknisk eller ekonomisk funktion. Resultatet blev att definitionen av byggentreprenadkontrakt enligt artikel 1 a kom att bli vittomfattande, då den förutom de i bilagan omnämnda verksamheterna kom att omfatta alla arbeten som kunde sägas ha en teknisk eller ekonomisk funktion.

I svensk rätt definieras byggentreprenadkontrakt i 2 kap. 3 § LOU:

2 kap. 3 § LOU

Med *byggentreprenadkontrakt* avses ett kontrakt som

1. avser utförande eller både projektering och utförande av arbete som är hänförligt till en verksamhet som anges i bilaga 1, eller
2. medför att ett byggnadsverk realiserar, oavsett hur kontraktet utformas, enligt krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten.

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

De verksamheter som bilagan nämner utgörs bl.a. av byggnadsverksamhet, mark- och grundarbeten, bygg- och anläggningsarbeten, olika rivningsarbeten och anläggning av vägar. Vilka typer av kontrakt som omfattas enligt första punkten är med tanke på bilagans omfattande karaktär tämligen klart. Den andra punkten kan vålla större tolkningsproblem. Formuleringen omfattar varje situation där ett byggnadsverk realiserar utifrån den upphandlande myndighetens krav, vilket i praktiken innebär att syftet med transaktionen tillmäts betydelse vid en bedömning av om det föreligger upphandlingsplikt.

I det här kapitlet redogörs för en mängd domar och ärenden från såväl Sverige som EU-domstolen där definitionen av byggentreprenadkontrakt har diskuterats.

4.2 Praxis från EU-domstolen

4.2.1 C-399/98 Ordine degli Architetti

Att definitionen av byggentreprenadkontrakt, förutom att det ska vara ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor, föreskriver att avtalet ska avse utförande av byggentreprenad föranledde EU-domstolen i C-399/98 Ordine

degli Architetti att ta ställning till även denna fråga. Omständigheterna i målet redogjordes för i avsnitt 3.2.1. Kortfattat handlade frågan om huruvida det beslut som en italiensk kommun fattat om renovering av den historiska Scala-teatern stred mot unionsrätten. EU-domstolen konstaterade inledningsvis att artikel 1 a i direktiv 93/37 föreskrev att syftet med en byggentreprenad skulle vara antingen:

- utförandet, eller såväl projekteringen som utförandet, av arbeten hänförliga till någon av de i bilaga 2 angivna verksamheterna,
- utförandet eller såväl projekteringen som utförandet av en sådan entreprenad som definierades i artikel 1 c, det vill säga resultatet av ett byggnads- eller anläggningsarbete i dess helhet, vilket i sig självt kan fullgöra en teknisk eller ekonomisk funktion eller,
- utförandet, oavsett medel, av arbete som motsvarar de av den upphandlande myndigheten angivna kraven.

Bilaga 2 till direktiv 93/37 var, liksom bilaga 1 är till direktiv 2004/18, en omfattande lista med verksamheter. Domstolen menade att de arbeten som var aktuella i det nationella målet utgjorde sådana verksamheter som fanns omnämnda i bilaga 2. Det konstaterades även att det rörde sig om arbeten vars resultat i sig kunde anses fullgöra en teknisk eller ekonomisk funktion. Därmed ansågs de i målet aktuella arbetena uppfylla i vart fall de kriterier som angivits i den första och i den andra strecksatsen. Avtalen ansågs på den grunden utgöra ett byggentreprenadkontrakt.

4.2.2 C-220/05 Auroux

I januari 2007 meddelade EU-domstolen avgörandet i C-220/05 Auroux. I målet diskuterade domstolen de problem som kan uppstå vid komplicerade avtalskonstruktioner. Omständigheterna var kortfattat följande: Franska Commune de Roanne ingick i november 2002 ett avtal med ett bolag om uppförandet av ett nöjescentrum. Tanken var att uppförandet skulle ske i etapper, där första etappen avsåg byggnationen av en biografanläggning med tillhörande affärslokaler och parkeringsplatser. Leverantörens avsikt var redan från början att anlita underleverantörer för att fullfölja avtalet. Enligt avtalets ingress var syftet med projektet att uppgradera en del av staden med begränsat värde för att därigenom underlätta för utvecklingen av nöjen och turism. I december 2002 väcktes talan vid den nationella domstolen om att avtalet tecknats i strid mot såväl nationell rätt som mot gemenskapsrätten. Kontraktet borde därför ha föregåtts av annonsering och konkurrensutsättning. Den franska domstolen ansåg sig nödgade att härvid vilandeförklara målet och ställa ett antal tolkningsfrågor till EU-domstolen beträffande den nationella stadsplaneringslagstiftningens överensstämmande med EU-lagstiftningen.

På grund av att nöjescentrumet var avsett att överlåtas till tredje man ansåg den franska regeringen inte att avtalet uppfyllde direktivets definition av byggentreprenadkontrakt. Visserligen, menade regeringen, kunde uppförandet av parkeringsplatsen för kommunens räkning i och för sig

kunna utgöra ett byggtreprenadkontrakt. Överlåtelsen skulle emellertid ske enligt ett speciellt förfarande i fransk rätt vilket innebar att inte heller parkeringsplatsen omfattades av direktivets definition av byggtreprenadkontrakt.

EU-domstolen påminde inledningsvis om att det är förbehållet gemenskapsrätten att definiera byggtreprenadkontrakt. Huruvida överlåtelsen av parkeringsplatsen var tillåten enligt ett speciellt franskt förfarande har därmed ingen praktisk betydelse. Vidare ska bedömningen om det föreligger ett byggnadsverk göras med utgångspunkt i den ekonomiska eller tekniska funktion som är resultatet av bygg- och anläggningsarbetena. På grund av att det nöjescentrum som skulle komma att uppföras var avsett att inrymma affärs- och serviceverksamheter ansågs avtalet fylla en ekonomisk funktion.

Kommunen ansågs även ha varit delaktiga i utformningen av nöjescentrumet, om än inte genom att ha varit aktiva i projekteringen. Här ansåg domstolen att det var värt att understryka att det byggnadsverk som avtalet avsåg var nöjescentrumet i sin helhet, inbegripet biografanläggningen och de olika affärerna. Det spelade således ingen roll att kommunen måhända inte haft detaljerade specifikationer angående de individuella lokalernas ytor, eftersom byggnadsverket i stort uppfördes i enlighet med de ursprungliga önskemålen.

4.2.3 C-536/07 Kommissionen mot Tyskland

I C-536/07 Kommissionen mot Tyskland hade ett antal omtvistade transaktioner i samband med uppförandet av fyra mässhallar i den tyska staden Köln väckt kommissionens uppmärksamhet. Målet är intressant ur flera olika aspekter och återkommer senare i uppsatsen i samband med andra diskussioner. KölnMesse GmbH var ett privaträttsligt bolag som till 79 % ägdes av staden Köln. Bolagets uttalade syfte var att organisera mässor och utställningar för att därigenom främja industri, handel och hantverk. I december 2003 sålde bolaget en fastighet till ett privat investmentbolag för ett belopp på 67,5 miljoner euro. Syftet med försäljningen var att på fastigheten uppföra fyra mässhallar. Inte långt därefter ingick staden Köln och det bolag som köpt fastigheten ett avtal med rubriken ”Hyresavtal avseenden en fastighet med fyra mässhallar”, benämnt ”huvudavtalet”. Genom avtalet uppläts nyttjanderätten av såväl marken som de byggnader som skulle låta uppföras där till staden Köln för en period på 30 år. Enligt kontraktet åtog sig bolaget att på fastigheten låta uppföra byggnadsverk enligt stadens anvisningar beträffande storlek, typ och egenskaper. Bara några dagar senare upplät staden Köln, genom det så kallade ”sidoavtalet”, nyttjanderätten till de byggnader som var i begrepp att uppföras till KölnMesse. Parterna ingick även en överenskommelse om att KölnMesse fick befogenhet att utöva samtliga rättigheter och därtill uppfylla samtliga skyldigheter i förhållande till investmentbolaget. Europeiska kommissionen mottog efter mässhallarnas färdigställande ett klagomål om att dessa transaktioner utgjorde ett offentligt byggtreprenadkontrakt som

hade tilldelats på ett sätt som stred mot tillämplig EU-rätt, varpå de väckte talan mot Förbundsrepubliken Tyskland.

Inledningsvis poängterade EU-domstolen att avtalskvalifikationer ska ske utifrån gemenskapsrättsliga bestämmelser. Hur en nationella domstol benämnt ett avtal har lika liten betydelse i frågan som hur parterna själva benämnt det. Därefter menade domstolen att det centrala kriteriet vid en bedömning av om ett givet avtal ska anses vara ett offentligt byggentreprenadkontrakt är att byggnadsverket uppförts enligt krav som ställts upp av den upphandlande myndigheten, oavsett på vilket sätt som uppförandet skett. Detta följer enligt EU-domstolens uppfattning av att definitionen av begreppet byggentreprenadkontrakt inkluderar alla transaktioner där ett avtal med ekonomiska villkor ingås mellan en upphandlande myndighet och en leverantör. Domstolen konstaterade härvid att staden Köln hade lämnat mycket detaljerade specifikationer i huvudkontraktet avseende byggnadernas utformning och funktion, krav som gått mycket längre än en hyresgästs vanliga krav på en nybyggd byggnad av en viss storlek. Mässhallarna ansågs även utgöra byggnadsverk eftersom de i sig själva kunde fullgöra en ekonomisk funktion och att deras värde klart översteg tröskelvärdet.

Med beaktande av det ovan nämnda ansåg EU-domstolen att avtalet mellan staden Köln och investmentbolaget skulle kvalificeras som ett offentligt byggentreprenadkontrakt, och att det som sådant borde ha upphandlats i enlighet med gällande unionsrättsliga regler.

4.2.4 C-213/13 Impresa Pizzarotti

Trots att domen i C-213/13 Impresa Pizzarotti meddelades så sent som i juli 2014 hade det klassiska upphandlingsdirektivet ännu inte trätt i kraft det datum då upphandlingsförfarandet inleddes. Således prövades omständigheterna i målet mot bestämmelserna i direktiv 93/37. I augusti 2003 publicerade Comune di Bari ett offentligt meddelande om en marknadsundersökning där syftet var att snarast möjligt låta uppföra ett nytt och ändamålsenligt gemensamt domstolssäte i Bari. I meddelandet föreskrevs olika krav på leverantören, bland annat när arbetet skulle påbörjas, vilka betalningsvillkor som skulle gälla samt vissa strukturella, funktionella och organisatoriska krav. Av de fyra anbud som inkom antog kommunen Pizzarottis. Strax efter tilldelningen fick kommunen ett meddelande från justitieministeriet om att de tillgängliga statliga medlen som var avsedda för projektet hade halverats. Kommunen tillfrågade bolaget om det var möjligt att slutföra projektet utifrån den nya ekonomiska ramen och fick då ett jakande svar. I september 2004 drogs den statliga finansieringen in helt, varpå Pizzarotti lämnade ett andra anbud till kommunen där de meddelade att det fortfarande var möjligt att uppföra den del av byggnadsverket som enligt det ursprungliga avtalet var avsett för uthyrning. Då Pizzarotti inte inom rimlig tid fick någon respons på det nya anbudet valde bolaget att väcka talan mot kommunen.

Bolaget ansåg att kommunen, med anledning av de förändrade ekonomiska villkoren, hade en skyldighet att beakta det mottagna anbudet för att undersöka om det fortfarande var möjligt att uppföra byggnadsverket. Kommunen å sin sida menade att bolagets andra anbud inte var förenligt med de krav som var angivna i det ursprungliga meddelandet. Den nationella domstolen valde att vilandeförklara målet och ställa två tolkningsfrågor till EU-domstolen. Den första frågan ställdes för att få klarhet i frågan om ett avtal som innehåller en utfästelse att hyra ut byggnader som ska uppföras i framtiden utgör ett offentligt byggentreprenadkontrakt även om det har vissa särdrag som är utmärkande för ett hyresavtal. Den andra frågan, som inte behandlas i uppsatsen, handlade om huruvida det är möjligt för en nationell myndighet att verkställa ett rättskraftigt avgörande som inte är förenligt med unionsrätten.

EU-domstolen förkunnade inledningsvis, i enlighet med praxis från tidigare avgöranden, att frågan huruvida en transaktion utgör ett offentligt byggentreprenadkontrakt ska avgöras enligt unionsrätten. Direktiv 93/37 föreskrev, på samma sätt som det klassiska upphandlingsdirektivet, att det planerade byggnadsverket motsvarar de behov som den upphandlande myndigheten ställt upp för att det ska anses utgöra ett byggentreprenadkontrakt. Om en myndighet har vidtagit åtgärder för att specificera byggentreprenaden eller om myndigheten alternativt har utövat ett bestämmande inflytande över projekteringen anses byggnadsverket motsvara dessa behov. I det aktuella målet var de av kommunen uppställda ramkraven av sådan karaktär att de ansågs ge kommunen en möjlighet att utöva ett bestämmande inflytande. Att, som den hänskjutande domstolen påpekade, den totala hyresersättningen var betydligt lägre än den beräknade totalkostnaden för byggnadsverket var enligt EU-domstolen av mindre betydelse.

4.3 Svensk praxis

4.3.1 KamR i Göteborg mål nr 3859-99 Torsby Simhall

I Sverige är det just i förhållande till rekvisitet om utförande av byggentreprenad som frågor om hyresundantagets tillämpning oftast har kommit att diskuteras. Torsby kommun tecknade i april 1999 ett avtal med den ideella föreningen Team Torsby. Avtalet innebar dels att kommunen åtog sig att arrendera ut viss mark till föreningen, dels att föreningen på den arrenderade marken skulle låta uppföra en simhall som efter färdigställandet skulle hyras ut till kommunen. Avtalet innehöll vidare olika bestämmelser om finansiering. Det stadgades att kommunen skulle stå för driften och att äganderätten skulle överlåtas efter 10 år. TÅ Bygg AB väckte talan hos länsrätten och yrkade att avtalet skulle upphävas med anledning av att det hade tecknats i strid mot gällande upphandlingsrättsliga regler. Som grund för sin talan anförde bolaget att Nämnden för offentlig upphandling i ett principiellt jämförbart ärende har uttalat att undantaget i 5 kap. 1 § ÄLOU

(hyresundantagets dåvarande motsvarighet) endast gällde för befintliga byggnader och att uppförandet av en byggnad efter beställarens riktlinjer är att anse som en entreprenad.⁵⁷

Länsrätten ansåg att även om slutresultatet av avtalen mellan kommunen och föreningen skulle bli att kommunen i framtiden skulle komma att förvärva badhuset rörde avtalet en typ av byggnad och en verksamhet som kommuner, till skillnad från t.ex. brandstationer eller skolor, inte är skyldiga att tillhandahålla. Det framgick enligt länsrättens uppfattning inte heller av handlingarna i målet om kommunen hade bestämt badhusets utformning, storlek eller i övrigt haft något inflytande under byggnationen.

Länsrättens avslag överklagades till kammarrätten som menade att det i målet aktuella avtalet omfattades av definitionen av byggentreprenad, som det var uttryckt i direktiv 93/37. Anledningen förklarades vara att tillämpningsområdet för direktivet var avsett att vara så stort som möjligt i syfte att fånga in hela det spektrum av kontraktsförhållanden som skulle kunna övervägas av upphandlande enheter för att tillgodose enheternas särskilda behov. Köp av existerande byggnader konstaterades därefter falla utanför LOU:s tillämpningsområde, om inte byggnaden uppförts i enlighet med den upphandlande enhetens krav och enheten förbundit sig att köpa byggnaden efter uppförandet. Omständigheterna i målet, inte minst det faktum att kommunen satt som medlem i den förening som var ansvarig för projektet samt att finansieringen till stor del skulle skötas av kommunala medel, talade enligt kammarrätten för att simhallen skulle anses komma att uppföras enligt kommunens krav. Kommunens avtal ansågs ha tecknats i strid mot upphandlingsreglerna.

4.3.2 KamR i Göteborg mål nr 7477-08 Region Skåne

Region Skåne tecknade den 9 oktober 2007 ett avtal med ett fastighetsbolag om hyra av kontorslokaler. Beslutet överklagades av en privatperson som menade att hyresrätter i befintliga hus visserligen inte behöver upphandlas, men att avtalet i det aktuella fallet innebar att bolaget skulle låta uppföra en ny byggnad med kontorslokaler enligt Region Skånes önskemål.

Länsrätten ansåg att handlingarna i målet talade för att bolagets avsikt, oberoende av hyresgäst, varit att uppföra en ny byggnad och att de under konstruktionen erbjudit Region Skåne att hyra lokaler i denna. Avtalets ordalydelse var avgörande vid länsrättens bedömning, i vilket det stod att Region Skåne inte skulle betraktas som beställare av byggnaden. Med anledning av detta ansåg länsrätten att avtalet utgjorde ett undantaget hyreskontrakt.

⁵⁷ Ärendet återfinns i *Köp av byggnad som endast finns på ritning*, NOU:s årssammanställning för 1993-95, s. 49.

Efter överklagan prövades målet av kammarrätten. Där konstaterades inledningsvis att LOU, som bekant, inte gäller för kontrakt som avser bl.a. förvärv av fastighet, arrenderätt eller hyresrätt och att motsvarande bestämmelse finns i artikel 16 i direktiv 2004/18. Kammarrätten påtalade därefter att byggentreprenadkontrakt enligt förarbetena till LOU inte omfattas av undantaget och att det av 2 kap. 3 § LOU framgår att byggentreprenadkontrakt avser kontrakt som antingen avser utförande, eller både projektering och utförande, av arbete som är hänförligt till en verksamhet som anges i bilaga 1, eller medför att byggnadsverk realiserar oavsett hur kontraktet utformas, enligt krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten.

Kammarrätten ansåg med anledning av det ovan anförda att det för att avgöra huruvida avtalet var att anse som ett byggentreprenadkontrakt var centralt att utreda om byggnaden hade uppförts enligt Region Skånes anvisningar.⁵⁸ Enligt avtalet skulle projekteringen av byggnaden genomföras i samråd med Region Skåne. Möten skulle ske med två veckors intervall och de önskemål som Region Skåne hade framfört angående byggnadens utformning skulle tillgodoses i största möjliga utsträckning. Med anledning av detta fann kammarrätten att avtalet utgjorde ett byggentreprenadkontrakt och att det därför inte kunde undantas upphandling enligt 1 kap. 6 § LOU.

Överklagan avslogs ändå med anledning av att den privatperson som tagit upp ärendet inte ansågs ha talerätt. På grund av att han inte var leverantör hade han inte lidit någon skada.

4.3.3 Kkv dnr 613/2008 Nybro Brunn

I november 2008 begärde Konkurrensverket i egenskap av tillsynsmyndighet att Nybro Brunn skulle redogöra för hur kraven i LOU hade uppfyllts vid de avtal som myndigheten tecknat avseende uppförandet och hyran av en central fastighet, samt vid anskaffandet av en lastbilssimulator. Nybro Brunn menade i sitt yttrande att myndigheten sökt en centralt belägen byggnad i Nybro för att där bedriva trafikskoleverksamhet, samt förvara och använda den ovan nämnda lastbilssimulatore. Enligt myndigheten hade det inte funnits någon lämplig kandidat. Ett fastighetsbolag skulle emellertid låta uppföra en byggnad i området och erbjöd Nybro Brunn att hyra denna. Således menade myndigheten att hyresavtalet inte var upphandlingspliktigt med hänvisning till hyresundantaget.

Konkurrensverket erinrade inledningsvis om att byggentreprenadkontrakt enligt LOU definieras bland annat som ett kontrakt som sluts mellan en entreprenör och en upphandlande myndighet och som medför att byggnadsverk realiserar, oavsett hur kontraktet utformas, enligt krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten. För att ett

⁵⁸ Jmf. med EU-domstolens avgörande i mål C-536/07, avsnitt 4.2.3.

upphandlingsrättsligt kontrakt ska kvalificeras som ett byggtreprenadkontrakt krävs det att föremålet för kontraktet realiserats efter den upphandlande myndighetens specifikationer eller krav. Konkurrensverket konstaterade att byggnader såsom värmekraftverk, skolor, sjukhus eller brandstationer utgör extra tydliga exempel på byggnader som inte kan omfattas av hyresundantaget eftersom de per definition uppförs efter beställarens riktlinjer.

Centralt för bedömningen blir därför, enligt Konkurrensverkets mening, huruvida myndigheten har haft något inflytande över projekteringen och om uppförandet var det huvudsakliga syftet med avtalet. Det framkom av handlingarna i ärendet att avtalet inte avsett en redan befintlig byggnad, att Nybro Brunn beviljats bygglov på den aktuella fastigheten, att det av detaljplanen framgick att Nybro Brunn önskat bygga en trafikövningsplats på området och, slutligen, att byggnaden inte till någon del skulle hyras av någon annan. Konkurrensverket menade att det därför fanns fog att anta att byggnaden hade uppförts enligt myndighetens krav och specifikationer. Bedömningen ansågs vinna ytterligare stöd av avtalets ersättningsmodell. Nybro Brunns hyresavtal borde enligt Konkurrensverket med anledning av det ovan anförda ha föregåtts av upphandling enligt LOU:s regler.

4.3.4 Kkv dnr 128/2009 Kristinehamn badhus

Kristinehamns kommun hade i januari 2007 beslutat om att låta uppföra ett nytt badhus. Kommunstyrelsen ombads utreda möjligheten att förlägga badhuset intill en redan befintlig evenemangsarena, samt undersöka om det fanns möjlighet att ha en annan huvudman än kommunen. Fastighetsföretaget Kunskapsporten inkom därefter med en offert, varpå kommunen efter förhandlingar tecknade ett avtal med företaget om nyttjanderätten till badhuset. Frågan uppkom om avtalet var ett sådant byggtreprenadkontrakt som borde ha föregåtts av offentlig upphandling. Det avgörande vid en eventuell tillämpning av hyresundantaget är enligt Konkurrensverkets uppfattning huruvida den del av avtalet som avser hyra objektivet sett kan anses utgöra det huvudsakliga föremålet för kontraktet. Vid en sådan bedömning är det i sin tur avgörande om badhuset planerats eller uppförts enligt myndighetens krav och specifikationer.

Med beaktande av de handlingar som fanns att tillgå i ärendet menade Konkurrensverket att det stod klart att kommunens inflytande på projekteringen gått utöver vad en hyresgäst normalt sett har i ett hyresförhållande. Därutöver menade verket att det var sannolikt att badhuset inte hade uppförts om kommunen hade förlagt den aktuella verksamheten till andra lokaler. Avtalets ersättningsmodell, där kommunen inte givits någon möjlighet att frånträda avtalet förrän tidigast 2031, talade även den för att det rörde sig om ett byggtreprenadkontrakt.

4.4 Sammanfattande slutsatser

Inledningsvis i kapitlet nämndes att definitionen av byggtreprenadkontrakt, enligt direktiv 93/37, bl.a. inbegrep alla arbeten som kunde sägas ha en teknisk eller ekonomisk funktion. Den påtagligt liberala definitionen kan förmodligen delvis förklara EU-domstolens snåriga argumentation i C-399/98 *Ordine degli Architetti*.⁵⁹ Domstolen konstaterade där att de i målet aktuella arbetena dels var sådana arbeten som kunde hänföras till de verksamheter som var omnämnda i bilagan, dels i sig själva kunde uppfylla en teknisk eller ekonomisk funktion.⁶⁰ Därmed ansåg domstolen att åtminstone två av artikelns tre *alternativa* kriterier var uppfyllda. EU-domstolen tog därefter inte ställning till om byggtreprenaden hade utförts enligt den upphandlande myndighetens krav. Med andra ord konstaterade domstolen att två av artikelns rekvisit var uppfyllda och undvek att ta ställning till det tredje, trots att det hade varit tillräckligt att konstatera att ett av rekvisiten var uppfyllt.

När direktiv 2004/18 tillkännagavs togs hänvisningen till artikel 1 c som ett rekvisit för byggtreprenadkontrakt bort. Istället fördes artikeln in i definitionen som ett klargörande tillägg om att det med byggtreprenad avses resultatet av bygg- och anläggningsarbeten som i sig fyller en teknisk eller ekonomisk funktion. Huruvida avgörandet i *Ordine degli Architetti* hade någonting med saken att göra går bara att spekulera i. Den praktiska följden var dock att definitionen av byggtreprenadkontrakt blev något snävare i det klassiska upphandlingsdirektivet än i dess föregångare.

På grund av att det upphandlingsförfarande som var föremål för prövning i C-220/05 *Auroux* påbörjades innan direktiv 2004/18 trädde i kraft var det bestämmelserna i direktiv 93/37 som var föremål för tolkning. EU-domstolen bedömde dock artikeln i det äldre direktivet mer i linje med hur den kom till uttryck i det senare, då den konstaterade att frågan huruvida det föreligger ett byggnadsverk skall bedömas med utgångspunkt i den ekonomiska eller tekniska funktion som är resultatet av bygg- och anläggningsarbetena. På grund av att byggnaden i målet var avsedd att inrymma affärs- och serviceverksamheter ansågs det fylla en ekonomisk funktion.⁶¹ Därefter konstaterade domstolen att det aktuella byggnadsverket motsvarade de behov som hade specificerats av kommunen i avtalet, och att det därmed utgjorde ett byggtreprenadkontrakt.

⁵⁹ Se avsnitt 4.2.1.

⁶⁰ Det kan här tilläggas att den svenska språkversionen av domen i punkt 59 till synes innehåller ett översättningsfel. I den engelska språkversionen konstaterades att de arbeten som var aktuella utgjorde *antingen* byggnads- och konstruktionsarbeten hänförliga till verksamheter angivna i bilaga 2 *eller* arbeten som i sig själva kunde utgöra en teknisk eller ekonomisk funktion. I den svenska språkversionen konstaterades att arbetena utgjorde byggnads- och konstruktionsarbeten hänförliga till verksamheter angivna i bilaga 2 *även om* det rörde sig om arbeten som i sig själva kunde fullgöra en teknisk eller ekonomisk funktion.

⁶¹ När EU-domstolen har bedömt huruvida en byggnad har en ekonomiska funktion har den inte gett någon uttrycklig vägledning. I de flesta mål konstateras det föreligga, nästan i förbifarten.

När EU-domstolen meddelade avgörandet i mål C-536/07 Kommissionen mot Tyskland gick den ännu ett steg längre, då det fastslogs att det centrala kriteriet vid en bedömning av om ett givet avtal ska anses vara ett offentligt byggtreprenadkontrakt är att byggnadsverket uppförts enligt krav som ställts upp av den upphandlande myndigheten, oavsett på vilket sätt som uppförandet skett. Ställningstagandet kan förmodligen ses som ett uttryck för att de övriga krav som ställs på ett avtal för att det ska utgöra ett byggtreprenadkontrakt i realiteten ofta är ostridiga, en slutsats som vinner ytterligare stöd av EU-domstolens avgörande i mål C-213/13 Impresa Pizzarotti. På vilket sätt en myndighet har inflytande över projekteringen eller, i övrigt ställer krav på byggnadens utformning, kan variera och har i praxis tolkats extensivt.

I Sverige har diskussionerna kring byggtreprenadkontrakt skett i närmre relation till en eventuell tillämpning av hyresundantaget än vad som skett i EU-domstolens praxis. Anledningen till detta kan mycket väl vara att det inte framgår direkt av LOU:s lydelse att byggtreprenadkontrakt inte kan undantas upphandling med hänvisning till hyresundantaget. Redan när Kammarrätten i Göteborg meddelade avgörandet i mål 3859-99 Torsby Simhall konstaterades att målets centrala fråga var huruvida den upphandlande myndigheten hade haft något inflytande på utformningen av byggnadsverket. Diskussionen om myndighetens medverkan och krav på utformningen av byggtreprenaden ges en framträdande roll även i Kammarrätten i Göteborgs avgörande i mål nr 7477-08 Region Skåne. Där konstaterades att avtalet tillät myndigheten att ge detaljerade specifikationer på den slutliga utformningen och att det omöjliggjorde en tillämpning av hyresundantaget. Kammarrättens avgörande i det nyss nämnda målet är en uppvisning i noggrannhet.⁶² Likaså meddelade Konkursverket beslut till de upphandlande enheternas nackdel i de båda ärendena med dnr 613/08 Nybro Brunn och dnr 128/09 Kristinehamn Badhus med anledning av att avtalen hade tillåtit myndigheten respektive kommunen ett ha ett stort inflytande över projekteringen.

Det kan nämnas att det flera gånger i svensk praxis påtalats att det blir särskilt tydligt att byggnaderna har uppförts enligt myndighetens önskemål när det rör sig om byggnader av en speciell karaktär, t.ex. värmekraftverk, sjukhus eller skolor. Påtalandet tycks olyckligtvis ha bidragit till större förvirring än förståelse, då det ofta åtföljts av uttalandet att hyresundantaget förmodligen kan tillämpas redan under byggnationen då det rör sig om byggnader som vem som helst kan tänkas hyra. Ett tydligt exempel på en situation där uttalandet har misstolkats är i länsrättens dom i mål nr 3859-99 Torsby Simhall. Länsrätten konstaterade där att en simhall, till skillnad från t.ex. en brandstation eller en skola, inte är en byggnad som en kommun är skyldig att tillhandahålla, vilket enligt länsrättens mening talade för att hyresundantaget var tillämpligt. Ursprungligen lär uttalandet endast ha

⁶² Det kan tilläggas att länsrätternas avgöranden i de båda målen går rakt emot såväl EU-domstolens praxis som de svenska förarbetena, då parternas egna benämningar på avtalen har tillmätts stor betydelse.

konkretiserande exempel på olika typer av byggnader som är av sådan speciell karaktär att det går att presumera att byggnaderna har en specifik köpare redan på grund av byggnadens typ. Det går däremot inte att, e contrario, tolka uttalandet som att byggnader som inte är av sådan speciell karaktär som exemplifierats *inte* kan vara uppförda enligt den upphandlande enhetens specifikationer eller krav.

Det ska här tilläggas att det i Sverige, inte minst i Konkurrensverkets ärenden, i anslutning till diskussioner om byggentreprenadsrekvisitet även har förts diskussioner i förhållande till kontraktets huvudsakliga syfte. Ett exempel på detta är i Konkurrensverkets ärende angående Kristinehamns badhus med dnr 128/09. Konkurrensverket menade i ärendet att det avgörande vid en eventuell tillämpning av hyresundantaget är huruvida den del av avtalet som avser hyra objektivt sett kan anses utgöra det huvudsakliga föremålet för kontraktet. Konkurrensverkets uttalande är något missvisande och förklaras i nästa kapitel i grund och botten vara hänförlig till en annan problemställning.

5 Kontrakt med blandade prestationer

5.1 Avtalets huvudsakliga syfte

Ett avtal behöver nödvändigtvis inte vara rent i den mening att det enbart kan klassificeras som ett hyresavtal eller ett byggtreprenadkontrakt. Med anledning av de ofta invecklade avtalskonstruktionerna på fastighetsmarknaden och att ett avtal kan ha inslag av många olika sorters prestationer kan det ibland vara svårt att avgöra vad som utgör ett egentligt avtal om hyra. I EU-domstolens praxis finns flera exempel på avtal som har ansetts bestå av både delar som normalt är hänförliga till byggtreprenadkontrakt och av delar som normalt är hänförliga till tjänstekontrakt. Att EU-domstolen har utarbetat metoder för att kvalificera avtal hör ihop med att upphandling av tjänster respektive byggtreprenader innan 2004 reglerades i olika direktiv. Hur ett blandat kontrakt bör klassificeras är dock av avgörande betydelse även vid en eventuell tillämpning av hyresundantaget, eftersom det endast är tjänstekontrakt som kan aktualisera undantaget. Uttrycket *huvudsakligt syfte* har systematiskt misstolkats och skulle kunna vara anledningen till att det råder förvirring angående hyresundantagets tillämpning. I det här kapitlet redogörs för flera domar och ärenden från Sverige och EU-domstolen, i vilka frågan om kontraktets huvudsakliga syfte har diskuterats. Principen om avtalskvalifikation har delvis kodifierats i 2 kap. 18 § 3 st. LOU:

2 kap. 18 § 3 st. LOU

Ett kontrakt som avser A- eller B-tjänster och omfattar verksamhet som hänförs till byggtreprenader enligt bilaga 1, men som är underordnad kontraktets ändamål i övrigt, skall behandlas som ett tjänstekontrakt.

Med andra ord innebär paragrafens tredje stycke att ett tjänstekontrakt, som innehåller delar som normalt hänförs till byggtreprenader, ska betraktas som ett tjänstekontrakt endast om entreprenaddelen kan bedömas vara underordnad kontraktets huvudsakliga syfte. Det ska noteras att det endast är de byggtreprenader som omfattas av definitionen enligt bilaga 1 som uttryckligen ska delas med hjälp av huvudsaksprincipen. Bilaga 1 är en omfattande förteckning över åtgärder och rymmer bl.a. byggnadsverksamhet, mark- och grundarbeten, bygg- och anläggningsarbeten, olika rivningsarbeten och anläggning av vägar. I Sverige finns det förslag på nya regler som ska gälla för delade kontrakt, som bättre ska stämma överens med de principer som EU-domstolen fastslagit.⁶³

⁶³ Ds. 2014:25, s. 320 ff.

Paragrafen hade ingen motsvarighet i ÄLOU och har uppkommit som ett resultat av artikel 1 d i det klassiska upphandlingsdirektivet. Artikeln, och därmed även paragrafen, har delvis sitt ursprung i det vägledande målet *Gestión Hotelera*.

5.2 Praxis från EU-domstolen

5.2.1 C-331/92 *Gestión Hotelera*

I EU-domstolens mål C-331/92 *Gestión Hotelera* diskuterades frågan om hur ett kontrakt med blandade prestationer och kontraktsföremål bör kvalificeras. Regeringen i den autonoma spanska provinsen Kanarieöarna publicerade två lokala anbudsinfordringar, varav den ena rörde installationen och öppnandet av en spelinrättning (ett kasino) inom hotellet Santa Catalinas lokaler (ett byggentreprenadkontrakt) och den andra rörde driften av såväl spelinrättningen som hotellverksamheten (ett tjänstekontrakt/tjänstekoncessionskontrakt). Hotellet ägdes av Las Palmas kommun, vilket föranledde att det senare av de två kontrakten annonserades av regeringen på uppdrag av kommunen enligt ett upprättat samarbetsavtal. Underlaget föreskrev att eventuella anbud skulle åtföljas av planer och förslag på hur spelinrättningen var tänkt att utformas, inklusive eventuella anpassningsarbeten. Vidare var det föreskrivet att endast de leverantörer som deltog i upphandlingen för spelanrättningstillbyggnaden var kvalificerade att delta i upphandlingen av hotelldriften. Det gick således inte att lämna anbud på endast ett av kontrakten.

Gestión Hotelera International, som vid den aktuella tiden var hotellets hyrestagare, klagade hos den regionala domstolen och menade att upphandlingen inte hade gått till på rätt sätt, eftersom den enbart hade annonserats lokalt och inte inom hela unionen i enlighet med vad som var föreskrivet för byggentreprenadkontrakt enligt direktiv 71/305.⁶⁴ Målet hänsköts till EU-domstolen där tolkningsfrågan kom att handla om vilket direktiv som var tillämpligt på den i målet aktuella avtalskonstruktionen.

EU-domstolen konstaterade inledningsvis att byggentreprenadkontrakt i det äldre byggentreprenaddirektivet definierades som skriftliga avtal med ekonomiska villkor slutna mellan en entreprenör och en upphandlande myndighet. Enligt samarbetsavtalet mellan kommunen och regeringen stod det klart att upphandlingskontraktet innebar att den vinnande leverantören skulle vara tvungen att säkerställa att en mängd olika arbeten utfördes, såväl inom hotellet som inom det tilltänkta kasinot. Dessa arbeten skulle syfta till att göra lokalerna lämpade för det ändamål som de var avsedda för. Ytterligare avtalsvillkor innebar att den vinnande leverantören, genom renovations- och återställningsarbeten till en kostnad av minst 1 miljard pesetas, skulle säkerställa att hotellet fortsättningsvis bibehöll sin femstjärniga klassificering. Av detta drog domstolen slutsatsen att det

⁶⁴ Council Directive 71/305/EEC of 26 July 1971 concerning the co-ordination of procedures for the award of public works contracts var föregångaren till direktiv 93/37.

huvudsakliga syftet med kontrakten i första hand var att installera och öppna ett kasino, och i andra hand att säkerställa hotelldriften.⁶⁵ Betraktade på detta sätt menade domstolen att det var ostridigt att de aktuella kontrakten föll utanför byggentreprenaddirektivets tillämpningsområde.

Avtalshandlingarna innehöll inte någon beskrivning av hur arbetena skulle gå till, det fanns ingen bestämmelse som medgav rätt till ersättning för arbetena och den vinnande leverantören skulle med anledning av förfrågningsunderlagets lydelse inte kunna utföra arbetena i egen regi.

EU-domstolen konstaterade därefter att byggarbeten som endast är sidoåtaganden till kontraktets huvudsakliga syfte inte rättfärdigar en bedömning av hela kontraktet som ett byggentreprenadkontrakt. Som stöd för detta anfördes att det i det 16:e beaktandedet till direktiv 92/50 var skrivet att det följer av direktiv 71/305 att ett kontrakt måste avse slutförande av en byggentreprenad för att klassas som byggentreprenadkontrakt. Så länge byggentreprenadarbetena endast är sekundära till kontraktets huvudsakliga syfte är det inte rättfärdigat att se hela kontraktet som ett byggentreprenadkontrakt. Slutligen klargjorde EU-domstolen att det är upp till den nationella domstolen att avgöra vilket arbete i ett kontrakt med blandade prestationer som är underordnat vilket.

Domen är vid en första anblick förhållandevis svårläst, och det principiellt viktiga ställningstagandet kan lätt gå förlorat i en mild förundran över EU-domstolens slutsats att kontraktens syfte ostridigt utgör hinder för att bedöma dem som byggentreprenadkontrakt. Domstolen motiverade sitt ställningstagande med att de många specifika skyldigheter som den vinnande leverantören enligt avtalet åtog sig innebar att uppförandet av en ny kasinobyggnad inte i sig var målet med upphandlingen. Att kontrakten i praktiken innebar att en ny byggnad uppfördes blev enligt resonemanget av underordnad betydelse.

5.2.2 C-220/05 Auroux

I C-220/05 Auroux, vars bakgrund redogjorts för i avsnitt 4.2.2, diskuterades de problem som kan uppstå vid komplicerade avtalskonstruktioner. I egenskap av intervenient anförde den polska regeringen att den franska kommunens avtal om uppförandet av ett nöjescentrum inte utgjorde ett offentligt byggentreprenadkontrakt. Enligt avtalet hade entreprenören nämligen åtagit sig att genomföra ett investeringsprojekt som innehöll flera olika typer av uppdrag. Den viktigaste delen i kontraktet var, enligt argumentet, att göra beställningar av byggnadsverk och att utöva tillsyn över utförandet. Enligt den polska regeringen var avtalet därför att betrakta som ett upphandlingsrättsligt tjänstekontrakt.

⁶⁵ Den engelska språkversionen lyder: "It follows from the foregoing analysis that the main object of the award of the contracts was, first, the installation and opening of a casino [...]"

EU-domstolen hänvisade med anledning den polska regeringens argument till avgörandet i *Gestión Hotelera* och erinrade om att det är det huvudsakliga föremålet för kontraktet som avgör vilket direktiv som är tillämpligt då ett kontrakt innehåller flera delar, varav vissa är knutna till utförande av tjänst och andra till utförande av byggtreprenad.⁶⁶

Vid en tillämpning av principen på omständigheterna i *Auroux* underströk domstolen att entreprenörens åtaganden enligt avtalets ordalydelse inte tycktes vara begränsat till att administrera och organisera byggtreprenaderna. Bolaget var enligt avtalet även ytterst ansvarigt för utförandet av dessa byggtreprenader. Domstolen påpekade att det enligt praxis är irrelevant för bedömningen om den som ingår ett avtal med en upphandlande myndighet utför prestationen med egna resurser, eller om parten istället väljer att anlita underleverantörer. Det saknades således betydelse att bolaget i det aktuella fallet inte i egen regi fullgjort byggtreprenaderna.⁶⁷

De avtalsdelar som avsåg tjänster, exemplifierade som fastighetsförvärv, finansiering, anordnandet av en arkitekttävling och marknadsföring, ingick enligt EU-domstolens bedömning som ett led i färdigställandet av byggnadsverket. Det huvudsakliga syftet med kontrakten ansågs därför vara utförandet av byggtreprenaden. Huruvida kontrakten skulle upphandlas eller annonseras på ett visst sätt bedömdes därefter med utgångspunkt i byggtreprenaddirektivet 93/37.

5.2.3 C-536/07 Kommissionen mot Tyskland

Förutom en diskussion hänförlig till byggtreprenadkontrakt innehöll C-536/07 Kommissionen mot Tyskland, vars bakgrund redogjorts för i avsnitt 4.2.3, även ett ställningstagande i förhållande till kontraktets huvudsakliga syfte. I den här delen behandlas därför de argument som Tyskland menade talade för att huvudsyftet med avtalet inte var utförande av byggtreprenad. Som en kortfattad sammanfattning av omständigheterna i målet hade staden Köln tecknat ett avtal med ett investmentbolag om uppförandet av mässhallar, varpå staden överlät nyttjanderätten till byggnaderna till det privaträttsliga bolaget KölnMesse. Förbundsrepubliken anförde i första hand att en funktionell tolkning av avtalsrelationen visade att kommissionens talan var väckt mot fel part. Det var nämligen endast KölnMesse som kunde komma ifråga som investmentbolagets medkontrahent, eftersom dessa två bolag i realiteten var de enda som var bundna av huvudkontraktet. Det var vidare KölnMesse som hade planerat och initierat byggnationen, staden Köln inträdde i avtalet enligt Förbundsrepubliken Tyskland endast av praktiska skäl.

⁶⁶ Det klassiska upphandlingsdirektivet hade inte trätt i kraft vid målets anhängiggörande, således handlade frågan om vilket av dir. 92/50 (tjänster) och dir. 93/37 (byggtreprenader) som var tillämpligt.

⁶⁷ För praxis i den här frågan, se C-389/92 *Ballast Nedam Groep* och C-176/98 *Holst Italia*.

I andra hand menade Förbundsrepubliken att staden Kölns avtal med investmentbolaget inte utgjorde ett byggentreprenadkontrakt, utan endast var att se som en finansiell garanti. En sidoöverenskommelse till den mellan KölnMesse och investmentbolaget ingångna huvudöverenskommelsen. Med hänvisning till avgörandet i Gestión Hotelera menade Förbundsrepubliken slutligen att varken huvudöverenskommelsen eller sidoöverenskommelsen utgjorde byggentreprenadkontrakt, utan såväl materiellt som formellt sett var att betrakta som hyresavtal. Att huvudsyftet med avtalet var att hyra ut byggnaderna framgick enligt Förbundsrepublikens mening av en jämförelse mellan den totala hyresersättningen och kostnaden för uppförandet. Det totala hyresbeloppet skulle efter 30 år uppgå till ca 600 miljoner euro, vilket klart översteg byggkostnaden på ca 235 miljoner euro.

EU-domstolen menade att flera omständigheter talade för att det var staden Köln som skulle betraktas som investmentbolagets enda avtalspart; att huvudkontraktet ingicks mellan staden Köln och investmentbolaget utan att KölnMesse på något sätt nämndes, att det var staden Köln som skötte avtalsförhandlingarna, att det var Köln som förde in de detaljerade specifikationerna i kontraktet och att bolaget åtog sig förpliktelser enbart i förhållande till staden. Att det var KölnMesse som initialt överlät den mark där mässhallarna senare skulle komma att uppföras ansågs inte vara relevant vid en bedömning av det i målet aktuella avtalet. Inte heller sidoöverenskommelsen reviderade slutsatsen, då det avtalet inte på något sätt påverkade avtalsförhållandena mellan staden och bolaget. Det var således stadens agerande i egenskap av upphandlande myndighet som kom att bedömas enligt direktivet, en funktionell helhetsbedömning ansågs inte kunna påverka den slutsatsen

EU-domstolen erinrade därefter i enlighet med rättspraxis om att den avgörande faktorn vid kvalificeringen av ett kontrakt är dess huvudsakliga syfte, inte hur stor ersättning leverantören får eller hur denna betalning går till. Det i målet aktuella avtalet hade betecknats som ett hyresavtal, men då avtalet ingicks hade de byggnader som avtalet avsåg inte ens börjat byggas. Detta omöjliggjorde enligt domstolens uppfattning att det omedelbara syftet med avtalet var uthyrning. Vidare anförde domstolen att det var omöjligt att göra en direkt jämförelse mellan de åberopade beloppen med hänsyn till den inflation som ofrånkomligen hade påverkat nuvärdet av hyresersättningen under den 30 år långa avtalsperioden. Det ansågs inte heller vara relevant huruvida staden eller KölnMesse hade någon möjlighet eller skyldighet att förvärva byggnaderna vid hyrestidens utgång. Med anledning av det ovan anförda menade EU-domstolen att det var visat att det huvudsakliga syftet med kontrakten var utförande av byggentreprenad.

5.2.4 C-213/13 Impresa Pizzarotti

I C-213/13 Impresa Pizzarotti fastställde EU-domstolen dess tidigare praxis när den klargjorde att en avtalskvalifikation ska göras utifrån unionsrätten och att den nationella benämningen av ett avtal vid en sådan bedömning därmed är irrelevant. Vidare fastslog domstolen att det ska vara det

huvudsakliga syftet med ett kontrakt som avgör vilka unionsbestämmelser som är tillämpliga när ett avtal innehåller både inslag av byggtreprenad och av en annan typ av kontrakt. När de byggnader som är föremål för avtalet vid kontraktets ingående inte ens har påbörjats ska det huvudsakliga syftet anses vara uppförandet, vilket med nödvändighet förutsätter att byggnadsverket därefter hyrs ut.

5.3 Svensk praxis

5.3.1 NOU dnr 2005/0256-21 Folkets Hus

En förenklad sammanfattning av EU-domstolens praxis visar att ett blandat kontrakt, vars delar delvis är hänförliga till utförande av byggtreprenad, kvalificeras som ett byggtreprenadkontrakt så länge det inte är mer naturligt att se byggnationen som sekundär i förhållande till kontraktets huvudsakliga syfte. I Sverige har frågan dykt upp i flera fall. Ibland diskuteras den direkt och ibland förs närliggande diskussioner av varierande relevans. I Sverige hade Nämnden för offentlig upphandling (NOU) tillsynsansvaret över LOU fram till den 1 september 2007, då uppdraget övertogs av Konkurrensverket. Tillsynsarbetet innebär bland annat uppföljning i frågor som utmynnar i upphandlingsskadeavgift. I november 2005 mottog NOU ett meddelande från Konkurrenskommissionen, som önskade få klarlagt huruvida ett specifikt avtal som Haninge kommun hade tecknat med Folkets hus i Haninge omfattades av hyresundantaget.

Av det aktuella avtalet framgick att Haninge kommun skulle garanteras tillgång till vissa angivna konferenslokaler i Folkets hus för löpande avrop till ett minimibelopp om 800 000 kronor per år. Förutom rätten att disponera lokalerna omfattades även kringtjänster i form av möblering, tillgång till tekniska hjälpmedel, städning, receptionsservice samt att det i anslutning till rummen fanns en cafeteria. Kommunen menade att avtalet avsåg hyra, då ett möblerat sammanträdesrum är att anse som en lägenhet och del av hus i hyreslagens mening. Vidare ansåg kommunen att hyreslagens krav på en exklusiv lokalanvändningsrätt var uppfyllt, att kringtjänsterna var relativt få till antalet och att de hade utnyttjats i mycket begränsad utsträckning.

NOU bedömde att frågan i ärendet var huruvida avtalet utgjorde ett avtal om nyttjanderätt eller om det utgjorde ett köp av konferenstjänster som borde ha upphandlats enligt LOU. Avgörande för denna bedömning är avtalets faktiska innehåll, inte hur det benämns. Nämnden konstaterade att det i ärendet aktuella avtalet inte hade gett kommunen en sådan exklusiv nyttjanderätt till lokalen som normalt kännetecknar ett hyresavtal. Att ersättning endast utgått vid de tillfällen då kommunen bokat lokalerna ansågs också skilja sig från hur hyra normalt erläggs, d.v.s. periodiskt och utan anknytning till huruvida hyresgästen faktiskt utnyttjar sin förfoganderätt.⁶⁸ NOU ansåg att avtalet på den grunden inte kunde sägas

⁶⁸ NOU grundade sin argumentation på HD:s dom i rättsfallet NJA 2001 s. 10, där domstolen fann att hyresavtal normalt förutsätter att det som hyrs är klart definierat och

vara ett rent hyresavtal enligt jordabalken. Däremot, menade NOU, reglerade avtalet ett rättsförhållande som innebar någon form av nyttjanderätt till fast egendom enligt 7 kap. JB. För hyresundantagets vidkommande är det egalit vilken typ av nyttjanderätt som tillskrivs ett avtal.

NOU konstaterade vidare att det inte är ovanligt att det i hyresavtal förekommer viss reglering av vad avtalsparterna i övrigt ska tillhandahålla, inklusive utförandet av vissa tjänster åt motparten. Ju fler tjänster som utförs åt en upphandlande enhet och ju mer en upphandlande enhet styr motpartens verksamhet, desto mer talar för att avtalets ska betraktas som ett tjänstekontrakt som ska föregås av upphandling. De i ärendet aktuella kringtjänsternas omfattning i förhållande till kommunens tillgång till lokalerna var därför tvungna att övervägas.

Vid bedömningen tog NOU tolkningshjälp av de avväganden som ibland har gjorts i Sverige i mervärdesskatterättsliga sammanhang. Rent nyttjande av konferenslokal har enligt praxis varit befriat från mervärdesskatt, medan köp av s.k. konferensarrangemang inte varit det. En analogi till hyresundantaget skulle enligt NOU:s uppfattning innebära att de omkringliggande tjänsterna vid en motsvarande bedömning hade varit tvungna att vara relativt perifera.

Kringtjänsterna kunde i ärendet inte i sig anses ha gett avtalet en sådan karaktär att de avsåg utförandet av konferenstjänster. Därmed ansåg NOU att, trots att avtalet omfattade en liten del tjänster som normalt borde upphandlats enligt LOU, avtalets huvudsakliga syfte var ett avtal om nyttjanderätt till fast egendom.

5.3.2 Kkv dnr 148/2009 Ljunga Park

Efter att Konkurrensverket hade tagit emot ett klagomål angående ett avtal som Sävsjö kommun tecknat med hotell och restaurangbolaget Ljunga Park AB bad de kommunen yttra sig i frågan. Avtalet avsåg nyttjandet av bolagets lokaler i utbildningssyfte för den lokala gymnasieskolans hotell- och restaurangprogram. Kommunen menade att det rörde sig om ett lokalhyresavtal, och att det därför var undantaget från LOU:s tillämpningsområde.

Konkurrensverket konstaterade, i enlighet med vad NOU uttryckte i det ovan refererade ärendet angående Folkets hus, att det inte är ovanligt att det i hyresavtal regleras vissa kringtjänster åt motparten. Ju fler dessa tjänster är, och ju mer myndigheten styr motpartens verksamhet, desto mer talar för att avtalet ska betraktas som ett avtal om anskaffning av tjänster. Det i ärendet aktuella avtalets syfte var enligt dess lydelse att reglera kostnaderna för utbildningar som förlagts till Ljunga Park och där ingick som en naturlig del i företagets hotell- och konferensverksamhet. Ljunga Park hade enligt

lokaliserat. Vissa undantag på lokalisering kan emellertid förekomma utan att avtalet förlorar sin karaktär av hyresavtal, nämligen då det rör sig om hyra av lätt utbytbara lokaler av begränsad storlek, t.ex. förvaringsutrymmen eller garage.

avtalet förbundit sig att betala samtliga driftskostnader för verksamheten i anläggningen. Även råvarukostnaderna skulle betalas av Ljunga Park. Dessa omständigheter hade enligt Konkurrensverket direkt koppling till utbildningsdriften och innebar att avtalets huvudsakliga syfte inte kunde anses vara att kommunen skulle ha tillgång till en viss definierad lokal. Syftet ansågs istället vara att ha tillträde till den verksamhet som bolaget bedrev i anläggningen. Med anledning av detta menade Konkurrensverket att kommunen inte kunnat visa att det rörde sig om ett hyresavtal, och att det borde ha upphandlats som ett tjänstekontrakt enligt LOU.

5.3.3 KamR i Jönköping 2010-11 Migrationsverket

Under hösten 2010 tecknade Migrationsverket ett avtal med fastighetsbolaget Karlskronan, som senare kom att prövas i domstol. Avtalet var ett korttidskontrakt avseende hyra av en fastighet med boenden för asylsökande. Hyran uppgick till 250 000 kronor per månad. Utöver hyreskontraktet träffade parterna även ett muntligt avtal om tillhandahållande av måltider till de boende, till ett sammanlagt värde av ca 1,5 miljoner kronor.

Förvaltningsrätten konstaterade inledningsvis att rättens uppgift var att ta ställning till huruvida det ingångna hyresavtalet kunde anses vara omfattat av hyresundantaget, samt om måltidsavtalet skulle anses ingå som en del av hyresavtalet. Av Konkurrensverkets beslut med dnr 148/2009 Ljunga Park framgår det, enligt förvaltningsrätten, att avtalets faktiska innehåll är avgörande för bedömningen huruvida hyresundantaget i LOU är tillämpligt. Det är vidare avtalets utformning och syfte som får visa vad som är dess huvudsakliga innebörd. Ett avtal som huvudsakligen avser utförande av tjänst kan således inte undgå upphandling med hänvisning till att det även innehåller inslag av anskaffning eller nyttjanderätt till fastighet.

Med anledning av att hyreskontraktet inte kommit till stånd i syfte att trygga utförandet av måltidstjänsterna eller vice versa ansåg förvaltningsrätten att avtalen utgjorde två separata avtal som bedömdes var för sig. Hyresavtalet ansågs vara just ett hyresavtal och var enligt förvaltningsrättens mening därför undantaget upphandling med hänvisning till 1 kap. 6 §. Vad gäller måltidsavtalet fann rätten att omständigheterna efter en samlad bedömning talade för att direktupphandling med hänvisning till synnerliga skäl varit tillåten.

Kammarrätten ansåg, till skillnad från förvaltningsrätten, att hyresundantaget inte kunde anses vara tillämpligt på avtalen, vare sig sedda tillsammans eller var för sig. De skäl som kammarrätten anförde var att det främst var fråga om en mycket begränsad avtalsperiod avseende icke ordinarie bostäder och att verket i princip varit oförhindrat att hyra dessa platser på andra orter. Enbart det faktum att avtalen tecknats separat innebar inte att hyresundantaget kunde tillämpas. Att kammarrätten ändå kom att bedöma avtalen tillsammans var på grund av deras karaktär. Att

verksamheten som bedrevs på fastigheten marknadsfördes på internet som ett hotell och vandrarhem med ett stort antal kringarrangemang, och att tjänsterna inte bedömdes vara meningsfulla om de inte upphandlades tillsammans visade enligt rätten på att syftet med avtalen hade varit att ordna en helhetslösning.

På grund av verksamhetens art fann kammarrätten ändå att Migrationsverkets direktupphandling av bostäder och måltider kunde motiveras med hänsyn till synnerliga skäl enligt 15 kap. 3 § LOU.

5.3.4 KamR i Sundsvall 395-10 Bostadsmodulerna

I Kammarrätten i Sundsvalls mål nr 395-10, som kortfattat nämnts i avsnitt 3.3.1, fördes en hastig diskussion angående kontraktets huvudsakliga syfte. I sitt yttrande argumenterade kommunen för att den aktuella upphandlingen inte enbart avsåg uppförandet av bostadsmoduler, utan även hyra av de lärosalar och vaktmästerilokaler som fanns i samma byggnad. Kammarrätten underkände dock argumentet och menade, med beaktande av EU-domstolens avgörande i C-536/07 Kommissionen mot Tyskland, att det faktum att byggnaden inte existerade vid upphandlingens påbörjande innebar att kontraktet inte till någon del kunde sägas avse hyresrätt till befintlig byggnad.

5.3.5 Kkv dnr 584/2010 Migrationsverkets förvar

Som ett led i en kartläggning av ett antal pågående byggtreprenadprojekt bad Konkurrensverket att Migrationsverket skulle yttra sig om det hyresavtal som de avsåg teckna avseende en ny förvarsanläggning i Åstorp. Vid tiden för ärendet ägdes fastigheten där anläggningen planerades av Brinova Åstorp AB, ett bolag som fungerade som huvudentreprenör för hyresgästanpassningen åt Migrationsverket. Verket menade att avtalet mellan dem och Brinova inte utgjorde ett upphandlingskontrakt. Av hyresavtalet med tillhörande bilagor framgick att hyrestiden var på 10 år och att hyran utgjordes av såväl en grundhyra som uppgick till 2 016 000 kr per år, som en tilläggshyra, vilken baserades på hyresgästens krav på hyresgästanpassning. Vid tiden för tecknandet uppskattades hyresgästanpassningen uppgå till 43 500 000 kr, för vilket hyrestillägget beräknades till 6 885 000 kr per år.

Konkurrensverket konstaterade inledningsvis att frågan var om hyresavtalet enligt 2 kap. 3 § LOU utgjorde ett sådant byggtreprenadkontrakt som borde ha upphandlats. Vid en sådan bedömning konstaterades att hänsyn ska tas till vad som är kontraktets huvudsakliga syfte, vilket innebär att parternas egen benämning på avtalet är av underordnad betydelse. Därefter nämndes vilka krav som ställs på ett avtal för att det ska anses utgöra ett byggtreprenadkontrakt, nämligen att byggnadsverket uppförs för den upphandlande myndighetens räkning och att myndigheten erhåller en prestation mot vederlag. Att Migrationsverket varit aktivt i planeringsstadiet

framgick av handlingarna i målet, likaså var det ostridigt att verket garanterats tillgång till byggnaden på rättslig grund och att de i utbyte därom betalade hyra. Hyran som avsåg hyresgäst Anpassningen konstaterades vara betydligt högre än den del som rörde grundhyran. Konkurrensverket konstaterade även att Migrationsverket hade ett direkt ekonomiskt intresse av den i ärendet aktuella prestationen.

Beträffande hyresundantaget konstaterade därefter Konkurrensverket att det i vissa fall kan återopas då det är fråga om uppförande av byggnader som vem som helst kan tänkas köpa eller hyra, under förutsättning att uppförandet inte sker efter myndighetens riktlinjer. Verket förklarade vidare att det vid uppförandet av byggnader av speciell karaktär, så som den i ärendet aktuella förvarsanläggningen, blir extra tydligt att den tilltänkta hyresgästen är en specifik person.

Vid en sammantagen bedömning fann Konkurrensverket att avtalet utgjorde ett byggentreprenadkontrakt som på grund av dess höga värde borde ha annonserats i EUT.

5.3.6 Kkv dnr 198/2010 Vindkraftverket

Konkurrensverket tog i mars 2010 kontakt med Upplands Väsby kommun för att undersöka om de hade tänkt konkurransutsätta sitt planerade inköp av ett vindkraftverk. I sitt yttrande menade kommunen att hyresundantaget var tillämpligt på avtalet, eftersom det huvudsakliga syftet med köpet var att införskaffa ett nyckelfärdigt vindkraftverk – en befintlig byggnad. Konkurrensverket konstaterade inledningsvis att även byggnad på ofri grund utgör fastighet i LOU:s mening. Det föreligger därför inget hinder mot att betrakta vindkraftverk som fastighet i och för sig.

Konkurrensverket noterade därefter de olika tjänsteavtal som var knutna till vindkraftverksköpet. Enligt kommunen förelåg det sedvana på området som innebar att vissa monterings-, reparations- och serviceavtal alltid ingår som en del i köp av vindkraftverk, och att dessa inte i sig innebär att köpet får en annan karaktär. Konkurrensverket menade dock att serviceavtalen visade på att det huvudsakliga syftet med avtalen inte, som kommunen hävdade, var att förvärva en byggnad, utan snarast torde vara att förvärva miljövänlig el till lågt pris. Kommunen framhävde att serviceavtalen var absolut nödvändiga för köpet och att Nämnden för offentlig upphandling i ärendet med dnr 2005/0256-21 hade tillämpat hyresundantaget på ett hyresavtal, vars inslag av kringtjänster inte i sig hade ansetts ge avtalet en sådan karaktär att det huvudsakliga syftet var utförandet av konferenstjänster.⁶⁹

Enligt Konkurrensverkets mening saknar dock eventuell sedvana och formell avtalsmotpart betydelse vid en upphandlingsrättslig bedömning av läget. Vindkraftverksavtalets inslag av kringtjänster gav, tvärt emot omständigheterna i NOU:s beslut, det en annan karaktär än köp av byggnad.

⁶⁹ Se avsnitt 5.3.1.

Hysesundantaget, konstaterade Konkurrensverket, motiveras nämligen i det klassiska direktivet med att förvärv och hyra av befintliga fastigheter har speciella särdrag som gör dem olämpliga att upphandla. Dessa särdrag utgörs, enligt Konkurrensverkets uppfattning, av de särskilda förhållanden som råder på fastighetsmarknaden, där placeringen av fastigheten är beroende av verksamheten och där marknaden är begränsad till det antal fastigheter som är ute till försäljning. Att det var möjligt att köpa vindkraftverk i flera olika vindkraftverksparker var således ytterligare en omständighet som talade mot en tillämpning av hyresundantaget. Konkurrensverket samlade bedömning var att det huvudsakliga syftet med vindkraftverksavtalet inte var att förvärva en befintlig byggnad, och att hyresundantaget därmed inte var tillämpligt.

5.3.7 KamR i Stockholm mål nr 797-06 Medic

Ett mål som i sammanhanget är belysande för hur avtalsrelationer med blandade prestationer ibland har behandlats i svensk rätt är Kammarrätten i Stockholms avgörande i mål nr 797-06. Enköpings kommun hade tecknat tre avtal med Medic Operating Support AB. Avtalen innebar att Medic skulle hyra en del av det av kommunen ägda Idrottshuset, och där bedriva gymverksamhet.

Länsrätten ansåg att de tre avtalen var så pass tätt sammanlänkade att de skulle bedömas som en helhet. Därefter erinrade rätten om att NOU funnit att frågan om LOU:s tillämplighet vid avtalskonstruktioner där lokalhyra förenats med andra åtaganden ska avgöras med hänsyn till avtalets huvudsakliga innebörd utifrån dess syfte och utformning. Det huvudsakliga syftet med avtalen var enligt länsrättens bedömning att säkerställa driften av gym- och motionsverksamhet i kommunens lokaler med hjälp av Medics expertis och sakkunskap. På den grunden ansågs inte avtalen vara undantagsgilla hyresavtal.

Även kammarrätten bedömde avtalen tillsammans. Den detaljerade kontroll och styrning som kommunen hade i förhållande till Medics verksamhet innebar att avtalens huvudsakliga syfte inte kunde anses vara lokalhyra.

5.3.8 KamR i Sundsvall mål nr 2264-12 Särna skogsmuseum

Ett annat avgörande med liknande frågeställningar som det ovan refererade Medic är Kammarrätten i Sundsvalls avgörande i mål nr 2243-12. Bakgrunden är kortfattat följande: Älvdalens kommun annonserade i slutet av 2011 efter en ny entreprenör till Särna skogsmuseum. I april 2012 undertecknades ”Hyreskontrakt för lokal” av företrädare för kommunen och för Särna Offroad Center AB. Samma dag tecknades även ett tilläggsavtal till hyreskontraktet och ett avtal om driftbidrag till verksamheten med samma bolag. Bidraget var på 300 000 kronor per år och syftade till att säkerställa driften av museiverksamheten. Beslutet överklagades med motiveringen att det aktuella avtalet utgjorde ett upphandlingspliktigt

tjänstekontrakt. Som grund för påståendet angavs att kommunen hade ställt långtgående krav på verksamheten, bland annat angående öppettider och verksamhetens inriktning.

Förvaltningsrätten såväl som kammarrätten ansåg att kommunens krav på öppettider samt på verksamheten i övrigt innebar att avtalens huvudsakliga syfte inte kunde anses avse hyra. De bedömdes istället som upphandlingspliktiga tjänsteavtal.

5.4 Sammanfattande slutsatser

Som påpekades inledningsvis i kapitlet var de avtalskvalificeringar som gjordes i de tidiga EU-rättsliga avgörandena påkallade med anledning av att upphandlingar av tjänstekontrakt respektive byggtreprenadkontrakt tidigare reglerades i olika direktiv. För att kunna avgöra vilket direktiv som var tillämpligt på ett givet kontrakt var kvalificeringen därför central. I svensk praxis har frågan inte i lika stor utsträckning handlat om huruvida ett visst kontrakt har utgjort ett *tjänstekontrakt* eller ett *byggtreprenadkontrakt* som om det utgjort ett *tjänstekontrakt* eller ett *hyreskontrakt*. Hyresundantaget kan inte tillämpas på kontrakt som avser utförande av byggtreprenad, vare sig enligt direktivets lydelse eller enligt LOU. Även om det inte direkt framgår av artikel 16 i det klassiska upphandlingsdirektivet är det sannolikt att hyresundantaget inte heller kan tillämpas på ett hyresavtal där hyresdelen är sekundär till kontraktets övriga tjänsterelaterade delar. Flera separata avtal som en upphandlande myndighet ingår med en leverantör kan ändå komma att bedömas som en helhet om de anses vara tätt sammanlänkade eller i övrigt ej tillämpliga var för sig. Det är därför naturligt att det ibland blir nödvändigt att kvalificera avtal trots att upphandling av tjänstekontrakt och byggtreprenadkontrakt numera regleras i ett och samma direktiv.

I C-331/92 *Gestión Hotelera* var det just två olika avtal som tilldelats inom ramen för en upphandling som var föremål för domstolens bedömning. Det ena avtalet var ett tjänstekontrakt och det andra ett byggtreprenadkontrakt. EU-domstolen uttryckte i målet att det inte var påkallat att betrakta hela avtalssituationen som ett byggtreprenadkontrakt med anledning av att byggtreprenaden endast var sekundär till avtalens huvudsakliga syfte. Även om kvalifikationsprincipen inte kan sägas ha uppstått i *Gestión Hotelera* var det där den för första gången tydligt uttrycktes. Som en del i motiveringen hänvisade EU-domstolen till det 16:e beaktandeledet till direktiv 92/50, enligt vilket det framgick av direktiv 71/305 att målet med ett byggtreprenadkontrakt ska vara slutförandet av en byggtreprenad. Om målet med kontraktet inte är slutförandet kan det inte vara rättfärdigat att betrakta hela kontraktet som ett byggtreprenadkontrakt. Det kan givetvis diskuteras hur lämpligt det var att tolka det gällande direktivet med hjälp av ett ännu ej ikraftträtt direktiv, men det går också att argumentera för att hänvisningen till största del var pedagogiskt motiverad. I flera av de upphandlingsrättsliga mål som EU-domstolen har avgjort under de senaste 15 åren har den hänvisat till *Gestión Hotelera*. Ofta har det skett då

svaranden anfört att ett visst kontrakt utgjort ett tjänstekontrakt snarare än ett byggtrepreneurkontrakt, vars krav på annonsering enligt direktivet är mer långtgående.

I *Gestión Hotelera* konstaterade EU-domstolen att det är upp till de nationella domstolarna att avgöra vilken del av ett kontrakt som ska anses vara underordnat vilken, men den gav samtidigt, liksom den gjort i senare mål, viss tolkningshjälp. Det som domstolen i målet ansåg talade för att kontraktet till största del var ett tjänstekontrakt var att den vinnande leverantören var tvungen att göra tämligen omfattande restaurationsarbeten av lokalerna, att underlaget inte dikterade villkoren för hur dessa arbeten skulle gå till, att leverantören inte hade rätt till ersättning för arbetena samt att leverantören inte skulle utföra arbetena i egen regi. I C-220/05 *Auroux* bidrog EU-domstolen med ytterligare underlag när den konstaterade att ett kontrakts tjänsterelaterade delar starkt talar för att det huvudsakliga syftet med kontraktet är uppförandet då dessa i sig ingår som ett led i att färdigställa byggnadsverket. Till skillnad från hur EU-domstolen bedömde omständigheterna i *Gestión Hotelera* ansågs inte byggtrepreneurarbetena i *Auroux* vara sekundära till kontraktets huvudsakliga syfte.

C-536/07 *Kommissionen mot Tyskland* är enligt uppsatsens systematik något av ett svart får. Domen ger intrycket av att behandla frågan om ett kontrakts huvudsakliga syfte men den diskussion som förs har en mer naturlig koppling till vad som kan anses utgöra ett byggtrepreneurkontrakt. Anledningen är att det avtal som staden Köln tecknat med investmentbolaget i sig antingen kan sägas vara ett rent hyresavtal eller ett förtäckt byggtrepreneurkontrakt, men inte båda delarna. Jämför man med domarna i *Gestión Hotelera* och *Auroux* är det tydligt att avtalen i dessa mål innehöll vissa delar som ostridigt var relaterade till tjänster och andra delar som ostridigt var relaterade till byggtrepreneur. Det är möjligt att det går att säga att det är två sidor av samma mynt men min uppfattning är att frågorna i grund och botten är åtskilda. I *Kommissionen mot Tyskland* konstaterade domstolen att det omedelbara syftet med ett avtal inte kan vara uthyrning om byggnaden inte ens har påbörjats då kontraktet undertecknas, en passage som svenska domstolar och tillsynsmyndigheter ofta har hänvisat till. Samma slutsats kom EU-domstolen fram till i C-213/13 *Impresa Pizzarotti*, där det emellertid går att argumentera för att målets huvudfråga snarare gällde verkställighetsmöjligheten av en lagakraftvunnen dom som eventuellt stred mot unionsrätten. I *Kommissionen mot Tyskland* konstaterade EU-domstolen vidare att hyresersättningens storlek i förhållande till kostnaden för byggtrepreneur är av underordnad betydelse vid en kvalifikation och att en sådan jämförelse under alla omständigheter är vanskelig, speciellt om hyrestiden är lång.

Det ska tilläggas att domstolen i mål C-536/07 *Kommissionen mot Tyskland* inte tolkade avtalssituationen funktionellt på samma sätt som den gjort i C-399/98 *Ordine degli Architetti*. Förmodligen är det ett uttryck för den princip som etablerades i ett annat mål där kommissionen hade väckt talan mot Tyskland, C-480/06. EU-domstolen visade där att konstlade

upplägg i syfte att kringgå lagstiftningen underkänns. Undantag från upphandling ska, som tidigare konstaterats, tillämpas restriktivt och det är upp till den som åberopar undantaget att visa på omständigheter som gör undantaget tillämpligt. I C-536/07 Kommissionen mot Tyskland kan eventuellt de båda omständigheterna att KölnMesse till 79 % ägdes av staden Köln och att avtalsrelationen valdes av praktiska skäl ha påverkat domstolens bedömning av avtalsrelationen, och dess ovilja att tolka situationen funktionellt.

I samtliga EU-rättsfall har kvalificeringen varit påkallad med anledning av att det i det nationella målet varit oklart huruvida avtalet utgjort ett byggtreprenadkontrakt eller ett tjänstekontrakt, möjligen med undantag för C-537/07 Kommissionen mot Tyskland. I svensk rätt har diskussionen i större utsträckning kommit att gälla frågan om vad som ska anses utgöra avtalets huvudsakliga syfte då de olika delarna är relaterade till dels tjänstekontrakt, dels hyresavtal (t.ex. i Migrationsverkets asylboenden, NOU:s ärende angående Folkets hus i Haninge och Ljunga Park). I andra fall har kvalificeringen diskuterats med noggrant beaktande av EU-domstolens praxis (t.ex. i fallen med bostadsmodulerna i Ånge och i Migrationsverkets förvar). I enstaka fall har frågan diskuterats utifrån en, i förhållande till hyresundantaget, helt irrelevant aspekt, nämligen hur ett avtal bör kvalificeras när det innehåller delar relaterade till dels byggtreprenadkontrakt, dels till tjänstekontrakt som inte till någon del avser hyra (Vindkraftverket). Frågan är irrelevant eftersom varken byggtreprenadkontrakt eller tjänstekontrakt som inte avser hyra kan undantas upphandling med hänvisning till hyresundantaget. Som tidigare noterats har frågan ändå i flera fall diskuterats av EU-domstolen, där den har varit relevant med anledning av att de olika typerna av upphandlingsrättsliga kontrakt tidigare reglerades i olika direktiv.

Nämnden för offentlig upphandling och Konkurrensverket har i och med sina uppdrag som tillsynsmyndigheter lämnat yttranden i flera av kammarrätternas domar. Myndigheterna har även själva meddelat beslut i olika ärenden, beslut som kammarrätterna ibland har refererat till i sina domskäl. Tillsynsmyndigheternas tolkning av EU-domstolens praxis har därför fått förhållandevis stort genomslag på området. Ett dylikt, ofta refererat, ärende är NOU:s beslut i fallet med Folkets hus i Haninge. I ärendet ansåg NOU att kommunens avtal om hyra av konferenslokaler i Folkets hus visserligen inte utgjorde hyra eller nyttjanderätt enligt jordabalken, men likväl kunde jämföras med sådan partiell nyttjanderätt som i doktrinen exemplifierats som uppsättandet av godis- eller preventivmedelsautomater intill husväggar eller parabol- eller telefonantennor på hustak.⁷⁰ Därefter gjordes en bedömning av hur omfattande de i avtalet reglerade kringtjänsterna var i förhållande till avtalets hyresdel. Beslutet är ett av få exempel på ärenden där hyresundantaget har ansetts tillämpligt. Därav har det ofta hänvisats till av olika upphandlande enheter i andra ärenden, som inte nödvändigtvis har haft

⁷⁰ Den i ärendet refererade doktrinen utgörs av Bengtsson, Bertil och Victorin, Anders, *Hyra och annan nyttjanderätt till fast egendom*, Norstedts juridik 1997, sid. 253.

med avtalets kvalifikation att göra. Ett exempel på ett ärende som har varit starkt influerat av NOU:s beslut är Konkurrensverkets dito i ärendet angående Sävsjö kommuns avtal med restaurang- och hotellbolaget Ljunga Park.

I Kammarrätten i Jönköpings mål nr 2972-11 angående Migrationsverkets upphandling av bostadsplatser och måltider menade rätten att hyresundantaget inte var tillämpligt på avtalen, vare sig sedda tillsammans eller var för sig. Det motiverades med att det rörde sig om en begränsad avtalsperiod, att avtalen avsåg icke-ordinära bostäder och att verket haft möjlighet att hyra bostäderna på andra platser. Enligt 12 kap. 3 § JB framgår att ett hyresavtal gäller på obestämd tid, om inte annat avtalats. Att avtalsperioden är begränsad borde, med anledning av lydelsen av 1 kap. 6 § LOU inte kunna påverka hyresundantagets tillämpningsmöjlighet. Varken fastighetens karaktär eller den eventuella möjligheten att hyra på andra platser torde heller ha någon faktiskt påverkan i det här avseendet. Möjligen går det att argumentera för att omständigheterna är tydliga tecken på att Migrationsverkets syfte redan från början hade varit att ordna en helhetslösning. Med anledning av att det under alla omständigheter är mer naturligt att bedöma avtalen som en helhet som beskriver ett förhållande, där kontrakten både ekonomiskt och prestationsmässigt mer naturligt kan hänföras till tjänstekontrakt, får dock diskussionen en obiter dictum-karaktär.

I Konkurrensverkets ärende angående Upplands Väsby kommuns tänkta köp av ett vindkraftverk argumenterade parterna på ett till synes mycket märkligt vis. Betydelsen av kontraktets huvudsakliga syfte gled i ärendet från att handla om kontraktens karaktär, dvs. huruvida kontraktet borde kvalificeras som ett byggtreprenadkontrakt eller ett tjänstekontrakt, till att istället handla om myndighetens subjektiva syfte med köpet. Kommunen anförde att syftet var att köpa ett nyckelfärdigt vindkraftverk, vilket påstods vara en befintlig byggnad, varpå Konkurrensverket invände att syftet med anledning av avtalets innehåll av kringtjänster snarare syntes vara att förvärva miljövänlig el till lågt pris. Kommunen påpekade även att NOU i ärendet med konferenslokalerna i Haninge hade ansett att hyresundantaget var tillämpligt på ett icke rent hyresavtal som innehöll diverse kringtjänster. Vad Konkurrensverket här borde ha konstaterat är att NOU i sitt ärende hade att bedöma huruvida ett visst avtal utgjorde ett tjänstekontrakt avseende hyra eller ett övrigt upphandlingspliktigt tjänstekontrakt. I vindkraftverksärendet skulle en argumentation kring kringtjänsternas karaktär i bästa fall kunna avgöra om köpet var att anse som ett byggtreprenadkontrakt (vindkraftverket) eller ett tjänsteavtal som inte i någon del var hänförlig till hyresrätt (serviceavtalen). Konkurrensverket konstaterade istället att de tjänsteavtal som förknippades med köpet innebar att köpet fick en annan karaktär än köp av byggnad och att det därmed inte var ett sådant avtal om förvärv av fast egendom som är undantaget lagens tillämpningsområde.

Det ska här erinras om att frågan om ett kontraktets huvudsakliga syfte inte alltid aktualiseras vid en eventuell tillämpning av hyresundantaget. Det förutsätter nämligen att avtalet innehåller delar med olika sorters prestationer, varav en ska vara ett tjänstekontrakt avseende hyresrätt. När det är frågan om ombyggnationer under löpande hyresavtal, eller ombyggnationer i samband med nytt tecknande av hyra, är det mycket som talar för att mindre omfattande hyresgäst Anpassningar inte innebär att kontraktets huvudsakliga syfte förskjuts.⁷¹

I EU-domstolens praxis har förhållandet mellan byggtreprenadkontrakt och tjänstekontrakt diskuterats flera gånger, samtidigt som en diskussion om förhållandet mellan tjänstekontrakt och hyra har lyst med sin frånvaro. I svensk rätt har dock det sistnämnda scenariot diskuterats minst lika ofta. Det är svårt att dra några slutsatser om varför frågan om förhållandet mellan tjänstekontrakt och hyra ännu inte har behandlats av EU-domstolen, men det är sannolikt att principen om kontraktets huvudsakliga syfte kan tillämpas även för att kvalificera sådana kontrakt.

I två svenska kammarrättsavgöranden har en annan irrelevant aspekt av hyresundantaget diskuterats, nämligen förhållandet mellan tjänstekontrakt och uthyrningskontrakt. Dessa är Kammarrätten i Stockholms mål nr 797-06 avseende gymverksamhet och i Kammarrätten i Sundsvalls mål nr 2264-12 avseende museidrift. Problemet i förhållande till hyresundantaget är att kommunen i de båda målen inte hade agerat i egenskap av hyresgäst, utan som hyresvärd. I mål nr 797-06 nämns hyresundantaget endast i förbifarten, och det avslås lika snabbt med anledning av att den detaljstyrning som kommunen hade förbehållit sig ansågs innebära att det huvudsakliga syftet med avtalen inte var hyra. Det kan tilläggas att hyresundantaget inte åberopades av kommunen, som istället menade att avtalen inte över huvud taget omfattades av LOU eftersom det rörde sig om avtal om lokaluthyrning. Skillnaden är måhända endast semantisk men den är ändå principiellt viktig. I C-451/08 Helmut Müller uttalade EU-domstolen nämligen att en försäljning, från en offentlig myndighet till ett företag, av mark, eller mark på vilken det redan uppförts byggnader, inte utgör ett offentligt byggtreprenadkontrakt i den mening som avses i direktiv 2004/18. Samma princip torde gälla för en uthyrning, från en offentlig myndighet till ett företag, i förhållande till offentliga tjänstekontrakt. I målet konstaterade EU-domstolen visserligen att frågan inte rörde försäljningen i sig, utan ett senare avtalsförhållande. Frågan i kammarrätternas avgörande blir dock om den aktuella avtalsrelationen innebär att det rör sig om ett uthyrningsavtal (som inte omfattas av LOU) eller om ett tjänstekontrakt som inte avser hyra (som inte kan aktualisera hyresundantaget).

⁷¹ Se även Sundstrand, A, *Offentliga byggtreprenadkontrakt – odelbara kontrakt och hyresundantaget*, UrT 2015:1, s. 67.

6 Avslutande analys

6.1 Frågeställningarna

Inledningsvis i uppsatsen ställdes tre frågor som i den här delen ska besvaras:

- När anses en nyproducerad lokal vara så pass anpassad efter hyresgästens behov att ett hyreskontrakt istället bör betraktas som ett byggtreprenadkontrakt?
- När är en hyresgäst Anpassning så omfattande att hyresundantaget inte längre är tillämpligt på ett hyreskontrakt?
- På vilket sätt har den svenska implementeringen av direktiv 2004/18/EG påverkat förståelsen av villkoren för hyresundantagets tillämpning?

Första frågan: *När anses en nyproducerad lokal vara så pass anpassad efter hyresgästens behov att ett hyreskontrakt istället bör betraktas som ett byggtreprenadkontrakt?*

Det kan konstateras att det tyvärr inte går att ge något entydigt svar på den första frågan. Praxis från EU-domstolen ger nämligen inte stöd för att definitionen av byggtreprenadkontrakt är avhängigt kontraktets hyresrelaterade delar. Byggtreprenadkontrakt är, och har länge varit, tämligen väldefinierat. Definitionen innehåller visserligen rekvisit som i specifika fall kan vara svåra att fastställa, företrädesvis om ett avtal innehåller ”ekonomiska villkor” och om det byggnadsverk som är föremål för avtalet är uppfört, eller ska uppföras, enligt den upphandlande myndighetens krav eller specifikationer. En nyproducerad lokal är helt enkelt så pass anpassad efter hyresgästens behov att den bör ses som utförande av byggtreprenad om den upphandlande myndigheten har haft krav på byggnaden, eller på annat sätt varit inblandad i projekteringen. Huruvida avtalet är benämnt ”hyreskontrakt” spelar ingen roll. Redan förhållandevis modesta önskemål från den upphandlande myndigheten kan innebära att byggtreprenadsrekvisitet uppfylls. Från EU-domstolens praxis kan nämnas att det avtal om uppförande av ett nöjescentrum som var föremål för prövning i C-220/05 Aurox ansågs utgöra ett byggtreprenadkontrakt på grund av att det avsåg nöjescentrumet i sin helhet, och att kommunen i avtalet hade specificerat att centrumet skulle bestå av bl.a. en biografialong samt affärslokaler. I målet var det med andra ord inte centralt huruvida kommunen hade haft något specifikt inflytande över byggnadens utformning, det var tillräckligt att den innehöll de lokaler som var lämpade för den typ av verksamhet som kommunen hade efterfrågat. I C-536/07 Kommissionen mot Tyskland ansågs avtalet utgöra ett byggtreprenadkontrakt eftersom staden Köln hade lämnat noggranna specifikationer och detaljerade beskrivningar över byggnadernas form, typ och storlek. Samma slutsats kom EU-domstolen fram till i C-213/13

Impresa Pizzarotti. I dessa båda mål var det tydligt i ännu högre utsträckning än i Auroux att byggnaderna var utfärdade efter köparens önskemål.

I Sverige har det i praxis talats om att det blir extra tydligt att en byggnad är uppförd enligt den upphandlande myndighetens önskemål då det rör sig om byggnader av en speciell karaktär, t.ex. sjukhus, brandstationer och polishus. Av vissa har uttalandet tolkats som att byggnader som inte är av sådan karaktär inte kan vara uppförda enligt myndighetens önskemål, vilket knappast är en rimlig tolkning. Det säger sig självt att även en myndighet som önskar förvärva en lokal av mer generisk karaktär, t.ex. en kontorslokal, kan ha detaljerade specifikationer och krav även över utformningen av en sådan lokal.

Ulfsdotter Forssell menar i lagkommentaren till LOU att hyresundantaget borde kunna gälla i situationer då avtalsföremålet är en helt vanlig kontorslokal som vem som helst hade kunnat hyra.⁷² Påståendet är med beaktande av EU-domstolens praxis sannolikt både korrekt och något vilseledande. I och med att undantag från lagen ska tolkas restriktivt och att bevisbördan ligger på myndigheten kan det i realiteten vara svårt att visa att myndigheten inte har haft några krav eller specifikationer på byggnaden. På fastighetsmarknaden borde det i realiteten vara tämligen ovanligt att ett byggföretag låter konstruera ett kontorskomplex helt utan någon form av garanti på att lokalerna vid färdigställandet blir uthyrda.

Andra frågan: När är en hyresgäst Anpassning så omfattande att hyresundantaget inte längre är tillämpligt på ett hyreskontrakt?

Svaret på den andra frågan är med anledning av vad som tidigare anförts väldigt intressant. Frågan kan skrivas om som ”när innebär en hyresgäst Anpassning att det huvudsakliga syftet med hyresavtalet blir utförande av byggtreprenad”. Med anledning av att avtal ska bedömas från fall till fall går det inte att ge något generellt svar på frågan. Den bästa vägledningen från EU-domstolens praxis går att finna i C-331/92 *Gestión Hotelera*. I målet ansågs, som tidigare nämnts, ett avtal som delvis avsåg uppförandet av en kasinobyggnad i huvudsak utgöra ett tjänstekontrakt. Det ska här noga påminnas om att de i målet aktuella tjänsterna inte utgjordes av hyra och att frågan i målet därför inte var huruvida kontraktet skulle upphandlas eller inte med anledning av hyresundantaget. Frågan ställdes istället för att få klarhet i vilket av de olika upphandlingsdirektiven som skulle tillämpas på upphandlingen. Det är ändå förvånande att någonting så omfattande som uppförandet av en ny kasinobyggnad inte ansågs innebära att det huvudsakliga syftet med tilldelningen var detta uppförande. Detta kan tolkas som att utrymmet för att undanta arbeten som kan hänföras till en hyresgäst Anpassning från upphandling med hänvisning till att det huvudsakliga syftet med avtalet trots allt är fortsatt hyra av en viss lokal är något vidare än vad som hittills har varit uppfattningen i Sverige. Två saker

⁷² Ulfsdotter Forssell, *Lag (2007:1091) om offentlig upphandling*, Lexino 2013-05-01, kommentaren till 1 kap. 6 §.

kan dock konstateras: för det första ska undantag från upphandlingsskyldighet tillämpas restriktivt. Detta innebär att man förmodligen får vara extra försiktig när man tolkar innebörden av EU-domstolens avgörande i *Gestión Hotelera*, som endast indirekt har anknytning till hyresundantaget. För det andra har just rättsfallet *Gestión Hotelera* några år på nacken och EU-domstolens praxis i senare mål med liknande, endast indirekt relevanta, frågeställningar har inte kunnat ge några tydliga svar på frågan. Det är ändå sannolikt att det i betydligt större utsträckning än vad Konkurrensverket hittills gett uttryck för är möjligt för en myndighet som önskar att fortsätta hyra en lokal att i anslutning till hyresavtalet även teckna avtal om vissa hyresgästanpassningar. Hur omfattande dessa hyresgästanpassningar kan vara kan man bara spekulera i, men med tanke på den generellt restriktiva tillämpningsmöjligheten av lagens undantag är det svårt att tro att en situation där en hyresgästanpassning till ett värde av 50 % av den totala ersättningen hade godkänts. Mindre omfattande hyresgästanpassningar som inte upphandlats strider förmodligen inte mot direktivet.

Tredje frågan: *På vilket sätt har den svenska implementeringen av direktiv 2004/18/EG påverkat förståelsen av villkoren för hyresundantagets tillämpning?*

En hypotes vid arbetets inledning var just att den svenska implementeringen av direktivet i sig har bidragit till den oklarhet som råder kring hyresundantagets tillämplighet. Hypotesen har senare visat sig vara felaktig. I avsnitt 2.5. konstaterades att 1 kap. 6 § LOU endast uppvisar tre marginella skillnader i förhållande till direktivets art. 16. Att lagstiftaren valde att precisera direktivets definition av hyra och förvärv torde ha en försumbar inverkan på förståelsen av paragrafen, speciellt med tanke på att förändringen gjordes för att bättre stämma överens med nyttjanderätt till fastighet som det är uttryckt i jordabalken. Att lagstiftaren valde att byta ut direktivets *offentliga tjänstekontrakt* till förmån för *kontrakt* och att uttrycket *befintliga byggnader* exkluderades i den svenska versionen är svårare att förstå av anledningar som tidigare har lyfts fram. Den praktiska betydelsen av skillnaden har dock visat sig vara liten, mycket tack vare att det av förarbetena till LOU ändå framgår att byggentreprenadkontrakt inte omfattas av undantaget. Det kan påtalas att det ändå kan vara önskvärt, speciellt med hänsyn till att lagen ska vara förutsebar för den enskilde, att det framgår direkt av lagtexten att undantaget endast gäller för befintliga byggnader. Med beaktande av att lagens förarbeten är en legitim rättskälla är det dock inget överhängande problem.

LOU:s definitioner av kontrakt och byggentreprenadkontrakt är i det närmaste identiska med direktivets. Den minimala skillnaden som ändå finns består i att avtal, för att utgöra kontrakt enligt LOU, måste undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur. EU-domstolens rika flora av rättsfall där frågor med anknytning till definitionerna diskuterats har ytterligare bidragit till att rättsläget på den här punkten får anses vara relativt klart. I flera av de förvaltningsrättsliga domar

som behandlats i uppsatsen har bedömningen skett utifrån de av EU-domstolen fastställda kriterierna. Vilka enskilda frågor som har diskuterats i de olika rättsfall och ärenden som uppsatsen behandlar framgår av bilaga A.

Rosén Andersson m.fl. redogör i lagkommentaren till LOU för uppfattningen att lagstiftaren behöver klargöra gränserna mellan upphandlingspliktiga byggentreprenadkontrakt och icke upphandlingspliktiga lokalhyresavtal. Med tanke på att upphandlingslagstiftningen bygger på EU-direktiv och att gränsdragningsproblematiken ännu inte har behandlats av EU-domstolen menar jag att det är en i det närmaste omöjlig uppgift.⁷³ Det går även att argumentera för att det inte är lagstiftningen i sig som har bidragit till att gränsdragningsfrågan inte är klar. Som tidigare har anförts stämmer de paragrafer som i svensk rätt är relevanta med anledning av hyresundantaget förhållandevis väl överens med artiklarna i det klassiska upphandlingsdirektivet, som inte i någon mån är tydligare när det gäller gränsdragningen. En lagändring i förhållande till hyresundantaget hade enligt mitt tycke inte i någon nämnvärd utsträckning kunnat bringa klarhet i frågan, det hade däremot fler och tydligare rättsfall kunnat göra.

6.2 Två åtskilda frågor

I slutet av kapitel 2, på s. 20, identifierades tre olika huvudfrågor som är av betydelse vid en eventuell tillämpning av hyresundantaget:

1. Är avtalet ett upphandlingsrättsligt kontrakt?
2. Avser kontraktet utförande av byggentreprenad?
3. Har kontraktet inslag av blandade prestationer?

Den här uppdelningen är inte given, och kan i vissa hänseenden säkerligen upplevas som konfunderande. Åtskillnaden som gjorts mellan fråga ett och två är huvudsakligen praktiskt motiverad, då frågan om ett specifikt avtal avser utförande av byggentreprenad är omfattande i förhållande till de övriga rekvisiten i definitionen av kontrakt. Åtskillnaden mellan de första två frågorna och den tredje är i sammanhanget av större betydelse.

Under det inledande arbetet med uppsatsen vållade domstolarnas argumentation i de olika målen stor huvudbry. I vissa hänseenden hänvisades till domar som syntes ha helt andra frågeställningar än den i målet aktuella, men i nästan varje mål eller ärende användes uttrycket *huvudsakligt syfte*. Efter ett tag blev det tydligt att uttrycket regelmässigt tillämpades av svenska förvaltningsdomstolar och Konkurrensverket varje gång hyresundantaget kom på tal. I EU-domstolens praxis användes dock uttrycket i betydligt mindre omfattning och i förhållande till helt andra frågor. Det krävdes otaliga genomläsningar av C-331/92 *Gestión Hotelera* för att få klarhet i situationen. I målet avgör domstolen hur *en* avtalsituation

⁷³ Gränsdragningsproblematiken i förhållandet mellan tjänstekontrakt och hyreskontrakt har ännu ej behandlats.

ska bedömas då den rymmer prestationer av olika slag. Det var i målet ostridigt att en del av de arbeten som upphandlingen påkallade kunde hänföras till tjänstekontrakt som reglerades i direktiv 92/50 och en annan del till byggentreprenadkontrakt som reglerades i direktiv 93/37. Den nationella domstolen var osäker på hur dylika avtal skulle betraktas och bad därför EU-domstolen klargöra hur omfattande definitionen av byggentreprenadkontrakt var. Med den insikten var det därefter enkelt att se att frågan hur ett avtal med blandade prestationer bör kvalificeras är essentiellt åtskild från frågan om ett visst avtal (som betecknats som hyresavtal) egentligen utgör en förtäckt byggentreprenad.

Gestión Hotelera är ett utmärkt exempel på när frågan i målet handlar om avtal med blandade prestationer. Ett annat exempel är NOU:s ärende med dnr 2005/0256-21 angående Folkets hus i Haninge. I ärendet diskuterades hur ett avtal skulle kvalificeras när det dels innehöll lokalhyra, dels diverse kringtjänster. Exempel på när frågan istället har handlat om avtalskvalifikation i den mån att avtalet har betecknats som hyra men egentligen avsett ett byggentreprenadkontrakt går att finna i EU-domstolens avgörande i mål C-536/07 Kommissionen mot Tyskland, eller i Kammarrätten i Göteborgs avgörande i mål nr 7477/08 Region Skåne. Den huvudsakliga skillnaden består i att avtalen i de två senare målen kunde kvalificeras som *antingen* hyresavtal *eller* byggentreprenadkontrakt men de innehöll inte *dels* hyresrelaterade delar, *dels* delar relaterade till byggentreprenadkontrakt. I förhållande till de förstnämnda exemplen ska avtalet kvalificeras med hänsyn till dess huvudsakliga syfte, i enlighet med den praxis från EU-domstolen som senare kom att kodifieras i 2 kap. 18 § LOU. I de sistnämnda exemplen handlar den centrala frågan däremot om att avgöra om det aktuella byggnadsverket har uppförts enligt den upphandlande myndighetens krav eller specifikationer, i enlighet med praxis från EU-domstolen och 2 kap. 3 § LOU. Principen om kontraktets huvudsakliga syfte har i svensk praxis ändå kommit att appliceras på alla situationer där hyresundantaget diskuterats, ofta med snåriga resultat.

Det kan här tilläggas att EU-domstolen i C-536/07 Kommissionen mot Tyskland i domens punkt 57 visserligen nämner att det enligt domstolens rättspraxis är det huvudsakliga syftet med ett kontrakt som avgör vilka gemenskapsbestämmelser som är tillämpliga när ett kontrakt innehåller både inslag av offentlig byggentreprenad och av en annan typ av kontrakt. EU-domstolens uttalande är förvånande, eftersom omständigheterna i målet enligt mitt tycke inte föranleder en sådan bedömning. Den faktiska bedömningen som domstolen gör handlar inte heller om kvalificeringen i den mån att avtalet var delat, utan om byggnaderna enligt avtalet uppställda enligt den upphandlande myndighetens önskemål. Därefter konstaterade EU-domstolen helt sonika att det huvudsakliga syftet med avtalet var uppförandet eftersom byggnaderna inte ens hade påbörjats vid den tid då avtalet tecknades. Även i C-213/13 Impresa Pizzarotti hänvisade EU-domstolen till sin tidigare praxis när den i en liknande fråga kvalificerade ett hyresavtal. Domstolens uttalanden i de båda målen har i doktrinen tolkats

som att det är avtalets huvudsakliga syfte som avgör om det ska bedömas som ett kontrakt om hyra eller byggentreprenad.⁷⁴

Trots EU-domstolens uttalanden menar jag att frågorna i grund och botten är åtskilda. **Den ena frågan** handlar om kvalifikationen av avtal där prestationerna är hänförliga till olika upphandlingsrättsliga kontrakt och **den andra frågan** om kvalifikationen av förtäckta byggentreprenadkontrakt, d.v.s. avtal som har betecknats som hyresavtal men som egentligen har avsett utförande av byggentreprenad. Förvirringen blir i några svenska rättsfall och ärenden extra tydlig, där effekten i realiteten inte så ofta har blivit att domstolen landat i ”fel” slutsats som att vägen dit har blivit onödigt lång. Ett exempel på detta är Kammarrätten i Sundsvalls avgörande i mål nr 395-10 angående bostadsmodulerna. Kammarrätten konstaterade i målet förhållandevis snabbt att kommunens avtal utgjorde ett byggentreprenadkontrakt på grund av att det innehöll ekonomiska villkor och att byggnaderna vidare var utfärdade efter kommunens önskemål. Med anledning av detta, konstaterade rätten, skulle LOU gälla för upphandlingen om den inte träffades av någon undantagsregel, varefter de hänvisade till hyresundantaget. Eftersom det redan vid det här laget var konstaterat att avtalet avsåg utförande av byggentreprenad och att byggentreprenadkontrakt inte kan undantas upphandling med hänvisning till hyresundantaget, är det enligt min bedömning överflödigt att, som domstolen gjorde, i målet därefter gå vidare i bedömningen.

Ett annat exempel på när diskussionen har fortgått längre än vad som kan synas vara nödvändigt är i Konkurrensverkets ärende angående Migrationsverkets förvar med dnr nr 584/10. I ärendet hade verkets hyresavtal även inneburit betydande hyresgästanpassningar. Således borde diskussionen i enlighet med praxis från bl.a. C-331/92 *Gestión Hotelera* och 2 kap. 18 § 3 st. LOU ha handlat om vilken avtalsdel som var sekundär i förhållande till vilken, d.v.s. vad som var avtalets huvudsakliga syfte. Med tanke på att den del av hyran som var hänförlig till hyresgästanpassningen var mer än dubbelt så hög som ”standardhyran” borde en sådan bedömning ha varit enkel att göra. Istället diskuterades, efter det att Konkurrensverket redan fastslagit att avtalet utgjorde ett byggentreprenadkontrakt, om förvarsanläggningen var av sådan speciell karaktär att den hade få, eller inga, alternativa användningsområden. Konkurrensverket menade att de säkerhetskrav som Migrationsverket ställt på lokalen innebar att byggnaden hade få potentiella hyresgäster och att hyresundantaget därför inte var tillämpligt i ärendet. Bedömningen verkar i alla hänseenden vara korrekt, men den argumentation som Konkurrensverket för i förhållande till hyresundantaget är endast en förlängning av den argumentation som verket tidigare i ärendet förde när det konstaterade att avtalet utgjorde ett byggentreprenadkontrakt på grund av att byggnaden var specificerad efter Migrationsverkets önskemål.

⁷⁴ Rosén Andersson m.fl., *Lagen om offentlig upphandling*, Zeteo 2013-07-01, kommentaren till 1 kap. 6 §.

Det tydligaste exemplet på att frågorna om kvalifikationen av avtal med blandade prestationer och kvalifikationen av byggentreprenadkontrakt är åtskilda, och ändå allt för ofta har kommit att behandlas tillsammans, är förmodligen Konkurrensverkets ärende angående Upplands Väsby kommuns inköp av ett vindkraftverk med dnr 198/2010. Frågan i målet var visserligen av en komplicerad karaktär. Dels hade avtalet inslag av blandade prestationer på grund av att det till själva köpeavtalet även var tillfogat tjänstekontrakt avseende service och underhåll, dels stod det inte klart huruvida avtalet uppfyllde LOU:s krav på byggentreprenadkontrakt. Länsrätten hade i domskälen i ett annat mål, nämligen i Kammarrätten i Jönköpings avgörande i mål nr 2972-11 Migrationsverket, påtalat att EU-domstolen i C-399/98 Ordine degli Architetti gjorde ett uttalande som fick tolkas så att det inte spelar någon roll hur ett kontrakt benämns i den nationella rätten, utan vad det verkligen reglerar. Således, var det enligt länsrättens uppfattning, avtalets utformning och syfte som fick visa vad det verkligen reglerade. Det EU-domstolen i det nyss nämnda målet verkligen konstaterade var att kvalifikationen av ett avtal var förbehållet EU-rätten. Således spelade det ingen roll hur det hade benämnts av den nationella domstolen eller av parterna själva. Att avtalets syfte i alla lägen skulle visa vad det verkligen reglerade skulle öppna dörren för en mängd godtyckliga avgöranden, vilket tycks ha skett i Konkurrensverkets beslut angående vindkraftverksköpet.

För att förtydliga: frågan i vindkraftverksärendet borde först och främst ha varit om avtalet utgjorde ett byggentreprenadkontrakt i lagens mening. Det borde alltid vara det första steget när en eventuell tillämpning av hyresundantaget är aktuellt. Som praxis från EU-domstolen har visat ska kontraktet för att så ska vara fallet utgöras av ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor, ingånget av en upphandlande myndighet och en leverantör och som avser utförande av byggentreprenad. Det centrala kriteriet härvid är att byggnaden är utformad enligt den upphandlande myndighetens krav eller specifikationer. När det gäller en byggnad av en speciell karaktär med få alternativa användningsområden är det troligt att den har utformats enligt den upphandlande myndighetens krav (jag har svårt att tänka mig en byggnad av mer speciell karaktär än ett vindkraftverk). Det ligger nära till hands att konstatera att avtalet redan på den grunden utgjorde ett byggentreprenadkontrakt. Därefter borde avvägningen ha skett i förhållande till vilken av avtalets delar (köpet av byggnaden eller de tillhörande serviceavtalen) som ansågs vara sekundär till vilken. Konkurrensverket konstaterade istället att avtalets inslag av kringtjänster gav avtalet en annan karaktär än köp av byggnad, nämligen ett avtal om köp av miljövänlig el till lågt pris (!), och att inköpet därmed inte var ett sådant avtal om förvärv av fast egendom eller byggnad som enligt 1 kap. 6 § LOU är undantagna från lagens tillämpningsområde. Enligt min uppfattning är ärendet, i likhet med många andra, ett tecken på att de två frågorna bör behandlas var för sig och i förhållande till rätt sak.

När en myndighet eller kommun i dagens läge hamnar i en situation där frågan uppkommer om hyresundantaget är tillämpligt på ett specifikt avtal

är min uppfattning att de endast har begränsade möjligheter att ta reda på om så faktiskt är fallet. Varken LOU eller lagkommentarerna ger någon entydig bild av läget. I en pedagogiskt ansats har jag konstruerat en mall som, med beaktande av vad praxis från EU-domstolen faktiskt ger stöd för, besvarar de frågor som kan uppstå vid en dylik situation. Mallen går att finna i uppsatsens bilaga B.

Bilaga A

Kap. 3 Kontrakt:

Mål/Fråga	Avtal?	Skriftligt?	Ekonomiska villkor?	UM?	Leverantör?
C-399/98	x		x		x
C-451/08	x		x		
KamR 395-10		x	x		

Kap. 4 Byggentreprenadkontrakt:

Mål/Fråga	Fyller en ekonomisk eller teknisk funktion?	Uppställd enligt myndighetens krav?	Huvudsakligt syfte?
C-399/98			
C-220/05	x	x	
C-536/07	x	x	x
C-213/13		x	x
KamR 3859-99		x	
KamR 7477-08		x	
Kkv 613/08		x	
Kkv 128/09		x	x

Kap. 5 Blandade prestationer:

Mål/Fråga	BE el. tjänst?	BE el. hyra?	Tjänst el. hyra?	Tjänst el. uthyrning?
C-331/92	x			
C-220/05	x			
C-536/07		x		
C-213/13		x		
NOU 2005/0256-21			x	
Kkv 148/09			x	
KamR 2972-11			x	
KamR 395-10		x		
Kkv 584/10		x		
Kkv 198/10	x			
KamR 797-06				x
KamR 2264-12				x

BE = Byggentreprenad

Bilaga B

En myndighet vill ha tillgång till nya lokaler. De identifierar en fastighet där en byggnad är i begrepp att uppföras. Myndigheten kommer överens med fastighetsägaren om uthyrning. Är hyresundantaget tillämpligt?

1. Föreligger ett avtalsförhållande?

- Avtal har av EU-domstolen tolkats extensivt:
 - Att en nationell lag har andra syften än direktivets hindrar inte att direktivet ska tillämpas då dess övriga kriterier är uppfyllda.
 - Att avtalet är offentligrättsligt med inslag av myndighetsutövning talar *för* att det föreligger ett avtalsförhållande. (C-399/98)

2. Är avtalet skriftligt (och undertecknat av parterna)?

3. Innehåller avtalet ekonomiska villkor?

- Ekonomiska villkor har av EU-domstolen tolkats extensivt:
 - I förhållande till byggentreprenadkontrakt har EU-domstolen uttalat att ett avtal är tecknat på ekonomiska villkor när den upphandlande myndigheten:
 - a) Kommer att bli ägare till den byggentreprenad som är föremål för kontraktet,
 - b) Kommer att garanteras tillgång till de anläggningar som är föremål för kontraktet på rättslig grund,
 - c) Kommer att få ta del av de ekonomiska fördelar som en framtida användning eller överlåtelse av anläggningen kan ge upphov till,
 - d) Kommer att bidra ekonomiskt vid utförandet av byggentreprenaden, eller
 - e) Kommer att ansvara för eventuella förluster om byggentreprenaden visar sig bli ett ekonomiskt misslyckande.
 - Ett direkt ekonomiskt intresse föreligger inte då den upphandlande myndighet som ansvarar för tillsynen över stadsplaneringen utövar tillsyn i enlighet med sina befogenheter (C-451/08).

4. Är den ena parten en upphandlande myndighet?

- Upphandlande myndighet definieras i 2 kap. 19 § LOU.

5. Är den andra parten en leverantör?

- Leverantör definieras i 2 kap. 11 § LOU.

6. Avser kontraktet utförande av byggentreprenad?

- Huvudregeln är att alla byggentreprenadkontrakt ska upphandlas.
- Byggentreprenadkontrakt är kontrakt som enligt 2 kap. 3 § LOU:
 - a) Avser utförande eller både projektering och utförande av arbete som är hänförligt till en verksamhet som anges i bilaga 1, eller

- b) Medför att ett *byggnadsverk* realiseras, oavsett hur kontraktet utformas, enligt krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten.
- Med *byggnadsverk* avses det samlade resultatet av bygg- och anläggningsarbeten, om resultatet självständigt kan fullgöra en teknisk eller ekonomisk funktion.
 - Ekonomisk funktion har av EU-domstolen tolkats extensivt:
 - En byggnad fyller en ekonomisk funktion när den är avsedd att inrymma affärs- och serviceverksamheter (C-220/05).
 - Mässhallar ansågs i sig själva kunna fullgöra en ekonomisk funktion (C-536/07).
 - När man ska fastställa om ett avtal utgör ett byggentreprenadkontrakt är det centrala kriteriet huruvida det aktuella byggnadsverket uppförs enligt krav som ställts upp av den upphandlande myndigheten, oavsett på vilket sätt som uppförandet sker (C-536/07).
 - Då föremålet för upphandlingen var ett nöjescentrum och det uttalade syftet med upphandlingen var att ge nytt liv åt ett specifikt kvarter ansågs byggentreprenaden motsvara de behov som specificerats av kommunen (C-220/05).
 - Att den upphandlande myndigheten i förhållande till det planerade byggnadsverket hade meddelat ramkrav med tekniska specifikationer samt ett antal statistiska uppgifter angående den tilltänkta verksamhetens omfattning ansågs innebära ett bestämmande inflytande och att byggnadsverket skulle komma att uppföras enligt myndighetens krav (C-213/13).
 - Att den upphandlande myndigheten var inbjuden att aktivt delta i byggmöten och att dess önskemål i största möjliga mån skulle tillfredsställas ansågs innebära ett bestämmande inflytande (KamR i Gbg mål nr 7477/08).
7. Innehåller avtalet blandade prestationer, t.ex. en del som avser hyra och en annan som avser utförande av byggentreprenad, eller en del som avser hyra och en annan som avser tjänst?
- Gestión Hotelera (C-331/92) och 2 kap. 18 § ger för handen att sådana kontrakt ska kvalificeras med utgångspunkt i en bedömning av vilken del som är kontraktets huvudsakliga syfte och vilken del som är sekundär till detta syfte. Hyresundantaget ska tillämpas restriktivt och eventuella hyresgästanpassningar bör förmodligen vara relativt perifera för att inte bedömas utgöra kontraktets huvudsakliga syfte.
8. Hyresundantaget bör över huvud taget inte vara aktuellt då den upphandlande myndigheten har agerat som hyresvärd eller då inget av kontraktets delar avser hyra eller förvärv av befintlig byggnad.

Käll- och litteraturförteckning

EU-rättskällor

Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt

Rådets direktiv 71/304/EEG av den 26 juli 1971 om att upphäva begränsningar av friheten att tillhandahålla tjänster inom sektorn offentliga bygg- och anläggningsarbeten och vid tilldelningen av offentliga bygg- och anläggningskontrakt till entreprenörer verksamma genom agenturer eller filialer

Council Directive 71/305/EEC of 26 July 1971 concerning the co-ordination of procedures for the award of public works contracts

Rådets direktiv 89/440/EEG av den 18 juli 1989 om ändring av direktiv 71/305/EEG om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten

Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster

Rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenadkontrakt

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

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

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG

Svenskt offentligt tryck

Propositioner:

Prop. 92/93:88

Om offentlig upphandling

Prop. 2006/07:128

Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

Statens offentliga utredningar, SOU:

SOU 2005:22

Nya upphandlingsregler

SOU 2014:51

Nya regler om upphandling

Övrigt:

Departementsserien 2014:25

Nya regler om upphandling

Kommittédirektiv 2012:96

Genomförande av EU:s direktiv om offentlig upphandling, upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster samt tilldelning av koncessioner

Konkurrensverket 2010:571

Skrivelse till Finansdepartementet den 13 december 2010

Konkurrensverket 2014:1

Rapport: *Siffror och fakta om offentlig upphandling*

NOU:s Årssammanställning 1993-95

Köp av byggnad som endast finns på ritning

Litteratur

Arrowsmith, Sue, *The law of public and utilities procurement: regulation in the EU and UK*, tredje upplagan, Sweet & Maxwell, London, 2014

Bengtsson, Bertil och Victorin, Anders, *Hyra och annan nyttjanderätt till fast egendom*, femte upplagan, Norstedts juridik, Stockholm, 1997

Bernitz, Ulf, *Europarättens grunder*, fjärde upplagan, Norstedts juridik, Stockholm, 2010

Hettne, Jörgen och Otken Eriksson, Ida (red.), *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, andra upplagan, Norstedts juridik, Stockholm, 2011

Korling, Fredric och Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, första upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2013

Lehrberg, Bert, *Praktisk Juridisk Metod*, fjärde upplagan, Iustus, Stockholm, 2001

Rosén Andersson, Helena, Mühlenbock, Eva-Maj, Willquist, Henrik och Svensson, Natalie, *Lagen om offentlig upphandling: en kommentar*, Version den 1 juli 2013, 1:a upplagan med tillägg och ändringar

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*, Nordstedts juridik, Stockholm, 2006

Ulfsdotter Forssell, Anna och Nord, Eskil, *Lexino - Lagen om offentlig upphandling*, Version den 1 maj 2013

Artiklar

Sundstrand, Andrea, *Offentliga byggentreprenadkontrakt – odelbara kontrakt och hyresundantaget*, Upphandlingsrättslig tidskrift (UrT), 2015:1, s. 48-70.

Rättsfallsförteckning

EU-rättsliga domar

Dom av den 19 april 1994 i mål C-331/92 Gestión Hotelera Internacional SA mot Comunidad Autónoma de Canarias, Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria och Gran Casino de Las Palmas SA

Dom av den 14 april 1994 i mål C-389/92 Ballast Nedam Groep NV mot Belgische Staat

Dom av den 17 december 1998 i mål C-353/96 Europeiska kommissionen mot Irland

Dom av den 10 november 1998 i mål C-360/96 Gemeente Arnhem och Gemeente Rheden mot BFI Holding BV

Dom av den 2 december 1999 i mål C-176/98 Holst Italia SpA mot Comune di Cagliari, i närvaro av Ruhrwasser AG International Water Management

Dom av den 12 juli 2001 i mål C-399/98 Ordine degli Architetti delle province di Milano e Lodi, Piero De Amicis, Consiglio Nazionale degli Architetti och Leopoldo Freyrie mot Comune di Milano, i närvaro av: Pirelli SpA, Milano Centrale Servizi SpA och Fondazione Teatro alla Scala

Dom av den 10 maj 2001 i de förenade målen C-223/99 och C-260/99 Agorà Srl och Excelsior Snc di Pedrotti Bruna & C. mot Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano och Ciftat Soc. coop. Arl

Dom av den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28/01 Europeiska kommissionen mot Förbundsrepubliken Tyskland

Dom av den 18 januari 2007 i mål C-220/05 Jean Auroux m.fl. mot Commune de Roanne

Dom av den 9 juni 2009 i mål C-480/06 Europeiska gemenskapernas kommission mot Förbundsrepubliken Tyskland

Dom av den 29 oktober 2009 i mål C-536/07 Europeiska gemenskapernas kommission mot Förbundsrepubliken Tyskland

Dom av den 25 mars 2010 i mål C-451/08 Helmut Müller GmbH mot Bundesanstalt für Immobilienaufgaben

Dom av den 10 juli 2014 i mål C-213/13 Impresa Pizzarotti & C. Spa mot Comune di Bari, Giunta comunale di Bari, Consiglio comunale di Bari

Svenska domar

Högsta domstolen

NJA 2001 s. 10

Kammarrätterna

Kammarrätten i Göteborg mål nr 3859-99

Kammarrätten i Stockholm mål nr 797-06

Kammarrätten i Göteborg mål nr 7477-08

Kammarrätten i Sundsvall mål nr 395-10

Kammarrätten i Sundsvall mål nr 396-10

Kammarrätten i Sundsvall mål nr 2264-12

Konkurrensverkets ärenden

Dnr. 613/2008

Dnr. 128/2009

Dnr. 148/2009

Dnr. 198/2010

Dnr. 584/2010

Nämnden för offentlig upphandling

Dnr. 2005/0256-21