



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Marcus Gruvberger

# Hyresundantaget i 3 kap. 19 § LOU

Hur ser tillämplighetsområdet ut i förhållande  
till entreprenadarbeten enligt rättslig praxis?

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet

15 högskolepoäng

Handledare: Max Hjärtström

Termin: HT23

# Innehållsförteckning

<b>SUMMARY .....</b>	<b>1</b>
<b>SAMMANFATTNING.....</b>	<b>2</b>
<b>FÖRKORTNINGAR .....</b>	<b>3</b>
<b>1 INLEDNING.....</b>	<b>4</b>
1.1 Bakgrund.....	4
1.2 Syfte och frågeställningar .....	6
1.3 Metod och material.....	6
1.4 Avgränsningar .....	9
1.5 Tidigare forskning .....	9
1.6 Disposition .....	10
<b>2 EN RÄTTSLIG BAKGRUND.....</b>	<b>12</b>
2.1 Offentlig upphandling .....	12
2.2 Allmänt om hyresundantaget.....	13
2.3 Byggentreprenadkontrakt .....	13
<b>3 EU-DOMSTOLENS PRAXIS.....</b>	<b>16</b>
3.1 Allmänt om gällande praxis.....	16
3.2 Ordine degli Architetti.....	16
3.3 Auroux .....	17
3.4 Kommissionen mot Tyskland .....	18
3.5 Impresa Pizzarotti.....	19
3.6 Wiener Wohnen .....	21
3.7 Helmut Müller .....	21
<b>4 ANALYS OCH SLUTSATSER .....</b>	<b>23</b>
<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING.....</b>	<b>29</b>

# Summary

The essay focuses on the previous aspects of the qualification of contracts within EU law, particularly regarding service contracts and construction contracts that were previously regulated in separate directives. These qualifications were crucial to determine which specific directive would apply to a given contract. In Swedish practice, the focus has not only been on determining whether a contract is a construction contract or a service contract but also on whether it can be classified as a lease contract. The lease exemption has its limitations and, for instance, cannot be applied to contracts related to construction, either according to the wording of the directive or according to the Public Procurement Act (LOU). Furthermore, it can be noted that even if it is not explicitly stated in the classic procurement directive, the lease exemption probably cannot be applied to a lease agreement where the leasing part is a secondary component in relation to other service-related aspects in the contract. The essay also emphasizes that several separate agreements entered into by a contracting authority with a supplier can sometimes be assessed as a whole if they are closely interconnected or cannot be applied separately. This is despite the fact that the procurement of service contracts and construction contracts is now regulated in the same directive, which sometimes requires continued qualification of the agreements.

# Sammanfattning

Uppsatsen fokuserar på de tidigare aspekterna av kvalificeringen av kontrakt inom EU-rätten, särskilt beträffande tjänstekontrakt och byggtreprenadkontrakt som tidigare reglerades i separata direktiv. Dessa kvalificeringar var väsentliga för att fastställa vilket specifikt direktiv som skulle tillämpas på ett givet kontrakt. I den svenska praxisen har fokus inte enbart legat på att avgöra om ett kontrakt är ett byggtreprenadkontrakt eller ett tjänstekontrakt, utan även om det kan klassificeras som ett hyreskontrakt. Hyresundantaget har sina begränsningar och kan exempelvis inte tillämpas på kontrakt som är relaterade till byggtreprenad, vare sig enligt direktivets ordalydelse eller enligt LOU. Vidare kan det noteras att även om det inte tydligt framgår av 2004 års direktiv kan hyresundantaget troligen inte tillämpas på ett hyresavtal där hyresdelen utgör en sekundär del i förhållande till övriga tjänsterelaterade aspekter i kontraktet. Uppsatsen understryker också att flera separata avtal som en upphandlande myndighet ingår med en leverantör ibland kan bedömas som en helhet om de är nära sammankopplade eller inte kan tillämpas separat. Detta trots att upphandling av tjänstekontrakt och byggtreprenadkontrakt numera regleras i ett och samma direktiv, vilket ibland kräver fortsatt kvalificering av avtalen.

# Förkortningar

EU	Europeiska unionen
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
LOU	Lag (2016:1145) om offentlig upphandling
LUF	Lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna
LUFS	Lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet
SvJT	Svensk Juristtidning
UrT	Upphandlingsrättslig Tidskrift

# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

Inom ramen för offentlig upphandling är det avgörande att förstå när upphandling krävs, hur den ska genomföras och vilka undantag som kan tillämpas. En särskilt betydelsefull fråga är avgränsningen mellan byggtreprenadkontrakt och användningen av hyresundantaget, en fråga som blivit föremål för omfattande rättslig granskning och tolkning.

En av de grundläggande frågorna som väcks är om undantaget kan tillämpas vid förvärv av fastigheter där byggnaden ännu inte existerar, men planeras att uppföras av det upplåtande företaget. Enligt 3 kap. 19 § Lagen om offentlig upphandling (LOU) undantas specifikt förvärv av fastigheter, inklusive hyresrätt och vissa andra kontrakt relaterade till fastigheter.<sup>1</sup> Å ena sidan ger detta undantag en betydande lättnad för upphandlande myndigheter genom att undanta dem från upphandlingskravet. Å andra sidan kan undantaget medföra risker då det kan locka myndigheter att genomföra dolda byggtreprenader under täckmantel av fastighetsförvärv, trots att huvudsyftet med kontraktet är en byggtreprenad som omfattas av upphandlingskravet.<sup>2</sup>

Ett byggtreprenadkontrakt definieras enligt 1 kap. 9 § LOU som ett avtal som involverar skapandet av en byggnad i enlighet med krav satt av en upphandlande myndighet som har ett betydande inflytande över byggnadens typ eller projekteringen.<sup>3</sup> Det inkluderar exempelvis scenarier där en myndighet behöver lokaler och låter en entreprenör uppföra en byggnad enligt dess anvisningar på mark som inte ägs av myndigheten för att sedan förvärva hela fastigheten. Ett annat exempel är när en myndighet instruerar en fastighetsägare att omforma sina lokaler enligt myndighetens instruktioner, för att sedan hyra lokalerna.

---

<sup>1</sup> För vissa företag och organisationer tillämpas istället LUF eller LUFS, Sundstrand, *En introduktion*, s. 59.

<sup>2</sup> 1:2 LOU.

<sup>3</sup> 1:9 LOU.

Processen för lokala inköp är avgörande för många offentliga verksamheter och även om LOU normalt gäller för anskaffningar av varor eller tjänster, finns det undantag för kontrakt som rör förvärv av hyresrätt eller andra fastighetsrättigheter enligt 3 kap.19 § LOU. Om undantaget är tillämpligt behöver inte LOU:s förfaranderegler följas. Dock kan det vara svårt att avgöra när undantaget är tillämpligt, särskilt när det gäller hyresavtal som kräver ombyggnationer av lokalerna som myndigheten ska hyra. Hyresundantaget innebär att avtal som handlar om hyra eller andra fastighetsrättigheter inte omfattas av LOU och behöver därför inte upphandlas. Enligt 2004 års upphandlingsdirektiv anses hyresförhållanden vara så unika att de inte lämpar sig för offentlig upphandling.<sup>4</sup> En lokal kan exempelvis ha en given plats där den är belägen, vilket gör det olämpligt eller omöjligt att konkurrensutsätta dess hyra. Om en myndighet i Stockholm behöver hyra en lokal i staden kan behovet inte tillgodoses av fastigheter i andra städer. Likaså kan skolor eller sjukhus inte placeras i andra EU-medlemsstater.

Enligt 1 kap. 10 § LOU utgör ett bygnadsverk det samlade resultatet av bygnads- och anläggningsarbeten, förutsatt att resultatet fyller en teknisk eller ekonomisk funktion på egen hand.<sup>5</sup> EU-domstolen har klargjort att tolkningen av begreppet "byggtreprenadarbeten" bör vara vidsträckt för att säkerställa upphandlingsdirektivens ändamålsenliga tillämpning. Det innebär att domstolar vid bedömning av ett kontrakt inte bör ta hänsyn till vad parterna kallar avtalet.<sup>6</sup> Även om ett kontrakt benämns som hyreskontrakt kan en domstol betrakta det som ett byggtreprenadkontrakt, förutsatt att villkoren enligt 1 kap. 9 § är uppfyllda. I denna kontext syftar den här uppsats till att belysa och klargöra gränsen mellan byggtreprenadkontrakt och användningen av hyresundantaget i LOU. Genom att granska rättsliga definitioner, relevanta domstolsavgöranden och undantagsbestämmelser i LOU, kommer jag att försöka ge en djupare förståelse för hur dessa bestämmelser kan tillämpas samt dess påverkan på upphandlingsprocessen för offentliga myndig-

---

<sup>4</sup> Skäl 24 i det numera upphävda direktivet 2004/18.

<sup>5</sup> 1:10 LOU.

<sup>6</sup> Dom Kommissionen mot Tyskland, C-536/07, ECLI:EU:C:2009:664, punkt 54 och dom La Scala, C-399/98, ECLI:EU:C:2001:401, punkterna 63-75.

heter. Detta inkluderar analys av svårigheter vid bedömningen av undantagens tillämplighet, särskilt i samband med hyresavtal som involverar ombyggnationer.

## 1.2 Syfte och frågeställningar

Uppsatsen syftar till att undersöka och analysera hyresundantaget i 3 kap. 19 § LOU och dess tillämplighet i förhållande till byggentreprenadkontrakt enligt den rättsliga praxisen.

Frågeställningarna för uppsatsen är:

- Hur har praxis och experters tolkning av hyresundantaget inom 3 kap. 19 § LOU påverkat bedömningen av kontrakt som involverar byggnation samt hyresavtalsaspekter?
- Vilka faktorer och kriterier är avgörande för att avgöra tillämpligheten av hyresundantaget i förhållande till entreprenadarbeten enligt den rättsliga praxisen?
- Vilka gränser och tolkningsutrymmen finns för hyresundantaget i byggentreprenadkontrakt?

## 1.3 Metod och material

För att besvara uppsatsens frågeställningar och uppnå dess syfte har den rättsdogmatiska metoden använts. Att definiera den rättsdogmatiska metoden kan vara mångfacetterat, men i stort sett strävar den efter att fastställa gällande rätt.<sup>7</sup> I den rättsvetenskapliga forskningen är fokus främst på rättsregler, vilket utgör huvudobjektet för metoden. Denna metod liknar till viss del den som praktiseras inom den juridiska världen, men med en viktig skillnad: praktiken syftar ofta till att lösa specifika problem, till exempel en pågående tvist, me-

---

<sup>7</sup> Sandgren, *Vad är rättsvetenskap?*, s. 118.



dan rättsvetenskapen söker efter resultat av mer abstrakt och generell betydelse.<sup>8</sup> Utifrån den beskrivna situationen struktureras den etablerade rätten genom att upptäcka regler, principer, läror och samband. Den rättsdogmatiska metoden utgår från antagandet att det existerar ett enda korrekt svar på en given fråga, som kan identifieras genom att endast söka svar i erkända rättskällor.<sup>9</sup> Att kontinuerligt jämföra skillnader och likheter mellan de rättsliga förhållandena som framgår ur rättskällorna ingår i struktureringen av gällande rätt enligt den rättsdogmatiska metoden.<sup>10</sup> Därför är denna metod den mest lämpliga för att uppfylla syftet med uppsatsen. En av de centrala uppgifterna för rättsdogmatiska arbeten är att strukturera rätten och presentera rättsordningen som ett sammanhängande system av huvudregler och undantag.<sup>11</sup> I denna uppsats är målet att undersöka tillämpningen av en specifik rättsregel, där den rättsdogmatiska metoden har använts för att närma sig frågan.

Trots att definitionen av den rättsdogmatiska metoden kan vara något otydlig, finns det generella likheter i tolkningen. En av de gemensamma nämnarna är användningen av rättsligt material.<sup>12</sup> Rättsdogmatiken präglas av användningen av relevanta rättskällor, där olika källor anses ha olika vikt eller auktoritet. Dessutom är det tydligt att syftet med en rättsdogmatisk framställning är att etablera den gällande rätten.<sup>13</sup> Dessa faktorer utgör några av de främsta kännetecknen för en rättsdogmatisk analys. För att säkerställa och möjliggöra granskning och utmaning av rättsvetenskaplig forskning kräver den rättsdogmatiska metoden hög grad av öppenhet och transparens i analysen. Detta inkluderar en noggrann användning av källhänvisningar.<sup>14</sup>

De olika rättsområdena idag påverkas starkt av EU-rätten, och offentlig upphandling är inget undantag, med en stor del av dess regelverk härstammande från EU-direktiv. Det innebär att EU-rätten har företräde framför nationell lagstiftning, och medlemsstaterna förväntas tolka sina egna lagar i enlighet

---

<sup>8</sup> Sandgren, *Vad är rättsvetenskap?*, s. 118 och Peczenik, *Om den förvaltningsrättsliga forskningen och rättsdogmatiken*, s. 42.

<sup>9</sup> Sandgren, *Vad är rättsvetenskap*, s. 51.

<sup>10</sup> Sandgren, *Vad är rättsvetenskap*, s. 51.

<sup>11</sup> Peczenik, *Juridikens allmänna läror*, s. 249-2 50.

<sup>12</sup> Kleineman, *Rättsdogmatisk metod*, s. 37.

<sup>13</sup> Kleineman, *Rättsdogmatisk metod*, s. 21 och Sandgren, *Vad är rättsvetenskap?*, s. 118.

<sup>14</sup> Kleineman, *Rättsdogmatisk metod*, s. 21 och Sandgren, *Vad är rättsvetenskap*, s. 43.

med EU-rätten, en princip känd som direktivkonform tolkning. I och med att den svenska upphandlingslagstiftningen i hög grad baseras på EU-rätten är det omöjligt att diskutera gällande rätt inom detta område utan att beakta EU-rätten. Principen om direktivkonform tolkning innebär att svenska domstolar, trots att direktiven har inkorporerats i svensk lag, måste tolka de nationella bestämmelserna i linje med EU-rättsliga direktiv.<sup>15</sup> För tolkningen av EU-rätten används den så kallade EU-rättsliga metoden, där olika argumentationsformer är relevanta vid bedömningen av hur en EU-rättslig bestämmelse bör tillämpas. En viktig distinktion mellan svensk rätt och EU-rätt är att medan svensk rätt primärt består av nedskrivna regler, så utgör en stor del av EU-rätten regler och principer som har utvecklats genom EU-domstolens praxis. Därför är EU-domstolens avgöranden av avsevärd betydelse och värde.<sup>16</sup> Generellt biträds EU-domstolen av åtta generaladvokater vars roll är att utarbeta förslag till avgöranden i de mål som kräver det. Dessa förslag har inte samma rättsliga auktoritet som själva domstolens avgöranden, förutom när domstolen hänvisar till eller följer generaladvokatens förslag direkt.

Bindande rättskällor inkluderar primärrätt, rättighetsstadgan samt bindande sekundärrätt såsom förordningar, direktiv och beslut.<sup>17</sup> Förarbeten, generaladvokatens förslag och EU-rättslig doktrin är dock av relevans, men anses snarare som vägledande än bindande källor. En betydande del av EU-rätten är de allmänna rättsprinciperna och relationen mellan skriven rätt och den rätt som utvecklats genom EU-domstolens praxis.

Det bör noteras att nationell praxis som vägledning för ämnen av relevans för uppsatsen är närmast obefintlig. Till exempel har frågor kring hyresundantagets tillämpning sällan prövats av Högsta Förvaltningsdomstolen (HFD), med endast enstaka avgöranden från kammarrätter och tillsynsbeslut.

I denna uppsats är mitt mål att söka svar på de ställda frågorna genom att använda relevanta rättskällor enligt de accepterade normerna för juridisk argumentation. Enligt dessa normer anses olika rättsregler ha olika vikt som

---

<sup>15</sup> Hettne & Otken Eriksson, *EU-rättslig metod*, ss. 40-41.

<sup>16</sup> Hettne & Otken Eriksson, *EU-rättslig metod*, ss. 40-41.

<sup>17</sup> Hettne & Otken Eriksson, *EU-rättslig metod*, ss. 40-41.

rättskällor, där lagar och författningar generellt betraktas som de mest betydelsefulla källorna.

## 1.4 Avgränsningar

Uppsatsens huvudsakliga källmaterial består av lagtext, direktivtext, förarbeten, samt rättsfall från EU-domstolen. Dessutom inkluderas litteratur och doktrin som bidrar till att belysa ämnet. De specifika rättsfall som granskas i uppsatsen har valts med omtanke, ofta citerade och refererade både i domstolsavgöranden och i juridisk litteratur när hyresundantaget diskuteras. Det är viktigt att påpeka att uppsatsen inte strävar efter att inkludera varje enskilt rättsfall som behandlar hyresundantaget. Däremot är de mest vägledande rättsfallen inom området avsedda att nämnas och analyseras för att ge en gedigen förståelse för ämnet. Denna uppsats har som mål att undersöka och analysera tillämpningen av hyresundantaget enligt 3 kap 19 § LOU i relation till byggentreprenadkontrakt, med en specifik inriktning på den rättsliga praxisen. Syftet är att utforska när och hur hyresundantaget kan tillämpas inom upphandlingsprocessen, särskilt när det gäller entreprenadarbeten och hyresavtal relaterade till fastigheter. Fokus ligger på att förstå de begrepp och bestämmelser som återfinns i LOU relaterade till hyresundantaget och att analysera dess tillämplighet vid bedömningen av byggentreprenadkontrakt enligt den rådande rättspraxisen.

## 1.5 Tidigare forskning

Forskningsläget inom upphandlingsrätten i Sverige är relativt outvecklat. Det har observerats att rättspraxis har behandlat frågan vid flera tillfällen och att undantaget endast gäller befintliga byggnader när det hänvisas till hyresundantaget. Ulfsdotter Forssell föreslår dock att hyresundantaget kan tillämpas även under byggnationen av vanliga byggnader med mångsidiga användningsområden där potentiella köpare är diverse.<sup>18</sup> Denna åsikt ifrågasätts dock av Andrea Sundstrand, som hävdar att EU-domstolens praxis tydligt visar att

---

<sup>18</sup> Ulfsdotter Forssell, *Lag (2016:1145) om offentlig upphandling*, Lexino 2024-01-02, kommentaren till 3 kap. 19 §.

hyresundantaget inte gäller för byggnader som ännu inte existerar, oavsett typ.<sup>19</sup>

Olsson & Lindberg diskuterar den specifika problematiken kring tolkningen av begreppet "befintlighet" i samband med hyresundantaget i LOU. De bidrar med en analys kring detta begrepp och dess tillämpning när det gäller hyresavtal för icke-existerande byggnader och de eventuella konsekvenserna av tolkningen för upphandlingsreglerna.<sup>20</sup> Deras resonemang kan belysa olika aspekter och tolkningsutrymmen som finns i samband med hyresundantaget i LOU.

Rosén Andersson med flera påpekar den osäkerhet som råder kring tillämpningen av undantaget och understryker behovet av tydligare gränser mellan upphandlingspliktiga byggentreprenader och icke-upphandlingspliktiga lokalhyresavtal.<sup>21</sup> Internationellt sett diskuteras hyresundantaget också i Sue Arrowsmiths omfattande verk "The law of public and utilities procurement". Där tas betydelsen av EU-rättsliga direktiv för upphandling upp, inklusive undantagen, men problematiseringen av hyresundantaget är inte särskilt framträdande.<sup>22</sup>

## 1.6 Disposition

Kapitel 2 är inriktat på att ge en rättslig bakgrund, där det inledande avsnittet presenterar en kort översikt av upphandlingsreglerna. De följande två avsnitten introducerar hyresundantaget och beskriver hur byggentreprenadkontrakt definieras och klassificeras, vilket är av avgörande betydelse för att besvara uppsatsens frågeställningar.

---

<sup>19</sup> Sundstrand, Andrea, *Offentliga byggentreprenadkontrakt – odelbara kontrakt och hyresundantaget*, UrT 2015:1, s. 65 f.

<sup>20</sup> Olsson & Lindberg, *Att vara eller inte vara – är det verkligen frågan? Om befintlighetsbegreppet i LOU:s hyresundantag*.

<sup>21</sup> Rosén Andersson m.fl, *Lagen om offentlig upphandling*, Norstedts Juridik, 2020-12-28, kommentaren till 3 kap. 19 §.

<sup>22</sup> Arrowsmith, Sue, *The law of public and utilities procurement: regulation in the EU and UK*, Sweet & Maxwell 2014, s. 496.

Kapitel 3 behandlar hyresundantaget i EU-domstolens praxis och i kapitel 4 presenteras uppsatsens analys och slutsatser.

## 2 En rättslig bakgrund

### 2.1 Offentlig upphandling

Uttrycket upphandling definieras inte i 2004 års direktiv, 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 ändå att det var påkallat med en lagstadgad definition.<sup>23</sup> Enligt 1 kap. 2 § 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 byggentreprenader.<sup>24</sup>

Ett kontrakt definieras enligt 1 kap. 15 § LOU som ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som sluts mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer, avser utförande av byggentreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster och undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur.<sup>25</sup>

Det finns tre typer av upphandlingsskyldiga inköp som definieras i LOU:s första kapitel.

- Varukontrakt avser ett kontrakt som gäller köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor.
- Tjänstekontrakt definieras som ett kontrakt avseende utförande av någon av de i bilagorna upptagna tjänsterna, och som inte utgör varukontrakt eller byggentreprenadkontrakt.
- 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 LOU, eller kontrakt som medför att byggnadsverk realiserar enligt krav som ställs upp av den

---

<sup>23</sup> Prop. 2006/07:128 s. 303.

<sup>24</sup> 1:2 LOU.

<sup>25</sup> 1:15 LOU.

upphandlande myndigheten. Med byggnadsverk avses det samlade resultatet av bygg- och anläggningsarbeten, om resultatet självständigt kan fullgöra en teknisk eller ekonomisk funktion.<sup>26</sup>

Om kontraktet klassificeras som ett hyreskontrakt behöver det alltså inte upphandlas, medan ett byggentreprenadkontrakt måste upphandlas. Det är därför viktigt att kunna avgöra hur ett specifikt avtal ska klassificeras.

## 2.2 Allmänt om hyresundantaget

En upphandlande myndighet är skyldig att inleda ett upphandlingsförfarande när de avser att förvärva en vara, tjänst eller byggentreprenad. Det finns emellertid vissa specifika kontrakt som av olika skäl är befriade från kravet på upphandling. En typ av sådana undantag gäller kontrakt som rör hyresrätt till fastighet, vilket klargörs i LOU 3 kap. 19 §. Enligt denna bestämmelse undantas kontrakt som avser förvärv av fastighet, arrenderätt, hyresrätt, bostadsrätt, tomträtt, servitutsrätt eller någon annan rätt till fastighet från tillämpningsområdet för LOU. Begreppet "fastighet" definieras här i enlighet med jordabalken och omfattar det som utgör eller tillhör en fastighet. Bestämmelsen som säger att det som gäller för fastighet även gäller för en befintlig byggnad som tillhör någon annan än jordens ägare, samt för tillbehör enligt 2 kap. 2 och 3 §§ jordabalken, bygger på artikel 10 a i 2014 års direktiv och om upphävande av 2004 års direktiv.<sup>27</sup> I 1992 års direktiv, det första EU-direktivet om offentlig upphandling, framgår det i ingressen att avtal om förvärv eller hyra av fast egendom eller rättigheter till sådan egendom anses vara av särskild karaktär, och det är därför olämpligt att tillämpa upphandlingsregler i sådana fall.<sup>28</sup>

## 2.3 Byggentreprenadkontrakt

För att ett avtal ska klassificeras som ett byggentreprenadkontrakt måste det falla inom ramen för någon av punkterna som beskrivs i LOU 1 kap. 9 §.

---

<sup>26</sup> Prop. 2006/07:128 s. 297 f.

<sup>27</sup> 2:2-2:3 JB och direktiv 2014/24/EU och direktiv 2004/18/EG.

<sup>28</sup> Ingressen till direktiv 92/50/EEG.

Följande tre punkter avgör således om ett byggentreprenadkontrakt ligger för handen:

- Kontraktet handlar om att utföra eller både planera och utföra arbete som är relaterat till verksamheter specificerade i bilaga 1.
- Kontraktet avser arbeten som gäller byggnadsverk, antingen utförande eller både projektering och utförande.
- Kontraktet innebär att ett byggnadsverk förverkligas enligt krav som sätts av en upphandlande myndighet som har avgörande inflytande över antingen byggnadens typ eller projekteringen.

Den första punkten refererar till bilaga 1 LOU, där olika typer av åtgärder som klassificeras som byggverksamhet noggrant listas. Exempel på sådana åtgärder inkluderar olika markarbeten, rivning av byggnader och konstruktion av nya hus.<sup>29</sup>

Den andra punkten infördes i 2016 års LOU och var då ett nytt tillägg jämfört med 2007 års LOU. Det är dock viktigt att notera att bestämmelsen inte syftar till att ändra vilka kontrakt som anses vara byggentreprenadkontrakt.<sup>30</sup> Om ett kontrakt för arbete på en fastighet ingås kan det klassificeras som ett byggentreprenadkontrakt om arbetet antingen matchar de uppräknade åtgärderna i bilaga 1 eller om kontraktet avser utförande eller både projektering och utförande av ett byggnadsverk.<sup>31</sup> Enligt LOU 1 kap. 10 § anses det vara ett byggnadsverk om det samlade resultatet av bygg- och anläggningsarbetet självständigt fyller en teknisk eller ekonomisk funktion. Vid tillämpningen av den andra punkten krävs därför en övergripande bedömning av det arbete som kontraktet avser.<sup>32</sup>

Den tredje punkten tar hänsyn till scenarier där ett byggnadsverk skapas enligt specifika krav från den upphandlande myndigheten. För att punkten ska vara

---

<sup>29</sup> Bilaga 1, LOU.

<sup>30</sup> Prop. 2015/16:195 s. 939.

<sup>31</sup> Bilaga 1 LOU och 1:9 p. 1-2 LOU.

<sup>32</sup> 1:10 LOU.



tillämplig måste den upphandlande myndigheten ha betydande inflytande över både typen av byggnadsverk och dess utformning. Denna punkt justerades något i 2016 års LOU genom tillägget av kravet på att den upphandlande myndigheten har ett avgörande inflytande över både typen av byggnadsverk och projekteringen. Syftet med denna tredje punkt är att formalisera EU-domstolens rättspraxis, särskilt dess uttalanden i målet Helmut Müller.<sup>33</sup>

För att definieras som ett byggtreprenadkontrakt enligt lagstiftningen måste det först och främst vara ett kontrakt enligt upphandlingsreglerna. Utöver denna aspekt behöver någon av kriterierna i 1 kap. 9 § LOU vara uppfyllda. För att punkt ett eller två ska kunna tillämpas krävs att kontraktet antingen innefattar utförande eller projektering av arbete enligt listan i bilaga 1 (punkt 1) eller avser skapandet av ett byggnadsverk (punkt 2). Den tredje punkten relaterar till fall där kontraktet i sig inte direkt handlar om att skapa ett byggnadsverk, men där resultatet ändå blir att ett sådant byggs. För att denna punkt ska gälla krävs att den upphandlande myndigheten har satt specifika krav som leder till skapandet av ett byggnadsverk och att myndigheten har betydande inflytande över antingen typen av byggnadsverket eller projekteringen.

Grunden för ett byggtreprenadkontrakt ligger i att byggnadsverket konstrueras eller projekteras enligt specifika krav från den upphandlande myndigheten.<sup>34</sup> Enligt EU-domstolen anses det vara ett sådant kontrakt om bygget uppfyller de angivna behoven från myndigheten.<sup>35</sup> Således krävs det att myndigheten antingen sätter krav på själva genomförandet eller att uppförandet på något sätt tillgodoser de specificerade behoven.

---

<sup>33</sup> Prop. 2015/16:195 s. 938.

<sup>34</sup> Mål C-536/07, Kommissionen mot Tyskland, s. 55.

<sup>35</sup> Mål C-537/19, Wiener Wohnen, s. 49.

## 3 EU-domstolens praxis

### 3.1 Allmänt om gällande praxis

EU-domstolen och den svenska lagstiftaren har betonat en restriktiv tolkning av undantagen från upphandlingsdirektivet. En viktig princip är att den som vill undvika att genomföra en upphandling, vanligtvis den upphandlande myndigheten, bär bevisbördan för att undantaget kan tillämpas.<sup>36</sup> Det betyder att det faktiska innehållet och innebörden av avtalet är avgörande, inte hur avtalsparterna har benämnt kontraktet. En tydlig riktlinje är att undantaget inte gäller för byggtreprenadkontrakt, även om hyra är en del av kontraktet.<sup>37</sup> Enligt den svenska lagstiftningen tolkas uttrycket så att undantaget inte gäller när det handlar om ett byggtreprenadkontrakt, även om kontraktet inkluderar hyresaspekter. Dock finns det röster som förespråkar en strängare och mer bokstavlig tolkning av kravet på befintlighet. Dessa individer menar att avtal om hyra av byggnader som ännu inte har påbörjats vid tidpunkten för kontraktets ingående aldrig bör undantas från tillämpningsområdet för upphandlingsreglerna, även om kontraktet inte är av typen byggtreprenadkontrakt.<sup>38</sup>

### 3.2 Ordine degli Architetti

Definitionen av ett byggtreprenadkontrakt kräver inte bara ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor, utan föreskriver också att avtalet måste handla om utförandet av byggtreprenad. EU-domstolen behandlade denna fråga i målet C-399/98 Ordine degli Architetti, där en italiensk kommuns beslut om renovering av den historiska Scala-teatern ifrågasattes i relation till unionsrätten.<sup>39</sup> Enligt artikel 1 a i direktiv 93/37 skulle syftet med en byggtreprenad antingen innebära utförandet eller både projektering och utförandet av arbeten relaterade till de verksamheter som listades i bilaga 2.<sup>40</sup> Alternativt

---

<sup>36</sup> Målen C-20/01 och C-28/01, Kommissionen mot Tyskland, s.58.

<sup>37</sup> Mål C-213/13, Impresa Pizzarotti, s. 40–41.

<sup>38</sup> Sundstrand, *Offentliga byggtreprenadkontrakt – odelbara kontrakt och hyresundantaget*, s. 65-66.

<sup>39</sup> Mål C-399/98 Ordine degli Architetti.

<sup>40</sup> Direktiv 93/37.

kunde det också innebära utförandet av ett byggnads- eller anläggningsarbete i dess helhet som i sig självt kunde fylla en teknisk eller ekonomisk funktion. Slutligen kunde det gälla utförandet av arbete enligt krav som specificerats av den upphandlande myndigheten, oavsett medel. Bilaga 2 till direktiv 93/37, på samma sätt som bilaga 1 direktiv 2004/18, innehöll en detaljerad lista över olika verksamheter.<sup>41</sup> Domstolen i det nationella målet ansåg att de arbetsuppgifter som var aktuella i det specifika fallet fanns upptagna i denna bilaga. Vidare fastslog domstolen att dessa arbeten var av sådan karaktär att deras resultat i sig kunde fylla en teknisk eller ekonomisk funktion. Därmed ansågs de aktuella arbetena i målet uppfylla åtminstone de kriterier som nämnts i de två första punkterna. Avtalen bedömdes således som byggtreprenadkontrakt baserat på dessa kriterier.

### 3.3 Auroux

I januari 2007 presenterade EU-domstolen sin bedömning i fallet C-220/05 Auroux. Målet fokuserade på komplexa avtalsstrukturer och de utmaningar som kan uppstå i sådana situationer.<sup>42</sup> Kommunen Commune de Roanne i Frankrike ingick ett avtal i november 2002 med ett företag för att bygga en nöjesanläggning i flera steg. Den första etappen innefattade konstruktionen av en biograf med tillhörande affärslokaler och parkeringsplatser. Redan från början avsåg leverantören att använda underleverantörer för att fullfölja avtalet. Enligt avtalets inledning var syftet med projektet att förbättra en del av staden med begränsat ekonomiskt värde för att främja nöjesliv och turism. I december 2002 inleddes en rättslig process där det hävdades att avtalet ingåtts i strid med både nationell lagstiftning och gemenskapsrätten. Kravet var att avtalet borde ha annonserats och konkurrensutsatts innan det ingicks. Den franska domstolen, konfronterad med dessa påståenden, valde att pausa målet och begära tolkning av flera frågor från EU-domstolen angående hur den nationella lagstiftningen om stadsplanering överensstämmer med EU-lagstiftningen. Den franska regeringen, mot bakgrund av att nöjescentret var tänkt att överlåtas till en tredje part, ansåg inte att avtalet uppfyllde definitionen av

---

<sup>41</sup> Direktiv 2004/18.

<sup>42</sup> Målet C-220/05 Auroux

byggentreprenadkontrakt enligt direktivet. Även om byggandet av parkeringsplatsen för kommunens räkning i sig kunde ses som ett byggentreprenadkontrakt, enligt regeringen. Överföringen skulle äga rum genom ett specifikt franskt förfarande, vilket innebar att även parkeringsplatsen, enligt den franska lagen, inte räknades som ett byggentreprenadkontrakt enligt direktivet. EU-domstolen påminde om att gemenskapsrätten har befogenhet att definiera byggentreprenadkontrakt, vilket innebär att det franska förfarandet inte hade praktisk betydelse för att bedöma parkeringsplatsens status. Bedömningen av ett byggnadsverk görs utifrån den ekonomiska eller tekniska funktion som resultatet av bygg- och anläggningsarbetena har. Eftersom nöjescentret var avsett att hysa affärs- och serviceverksamheter ansågs avtalet fylla en ekonomisk funktion.

Domstolen ansåg att kommunen, även om den inte var aktiv i projekteringen, ändå hade del i nöjescentrumets utformning. Särskilt betonades att avtalet gällde hela byggnadsverket, inklusive biografanläggningen och butikerna. Trots att kommunen kanske inte specificerat varje enskild lokal detaljerat, ansågs byggnaden i stort sett uppfylla de ursprungliga önskemålen, vilket var det väsentliga i bedömningen.

### 3.4 Kommissionen mot Tyskland

I C-536/07, Kommissionen mot Tyskland, kom ett antal transaktioner kopplade till konstruktionen av fyra mässhallar i Köln, Tyskland, under granskning.<sup>43</sup> KölnMesse GmbH, ett bolag till 79 % ägt av staden Köln, hade som uttalat mål att arrangera mässor och utställningar för att främja industri, handel och hantverk. År 2003 sålde bolaget en fastighet till ett privat investmentbolag för 67,5 miljoner euro med avsikt att bygga fyra mässhallar på platsen. Kort efter detta ingick staden Köln och det bolag som förvärvade fastigheten ett avtal betitlat "Hyresavtal avseende fastighet med fyra mässhallar," känt som "huvudavtalet." Genom avtalet överlät staden Köln nyttjanderätten till marken och de kommande byggnaderna till staden under en 30-årsperiod. En-

---

<sup>43</sup> Målet C-536/07, Kommissionen mot Tyskland.

ligt avtalet förband sig bolaget att konstruera byggnader på platsen enligt stadens specificerade krav gällande storlek, typ och egenskaper. Strax efter detta överlät staden Köln nyttjanderätten till de kommande byggnaderna till Köln-Messe genom ett "sidoavtal." Parterna kom också överens om att KölnMesse skulle få fullmakt att hantera alla rättigheter och skyldigheter gentemot investmentbolaget.

Efter att mässhallarna var färdigställda fick Europeiska kommissionen in ett klagomål som hävdade att dessa transaktioner utgjorde ett offentligt byggentreprenadkontrakt som tilldelats på ett sätt som stred mot tillämplig EU-rätt. Därefter väckte de talan mot Förbundsrepubliken Tyskland. EU-domstolen betonade att bedömningen av avtalskvalifikation bör följa gemenskapsrättsliga bestämmelser och inte enbart den nationella domstolens eller parternas benämning av avtalet. Domstolen påpekade att det avgörande kriteriet för att bedöma om ett avtal är ett offentligt byggentreprenadkontrakt är att byggnadsverket uppförs enligt den upphandlande myndighetens specificerade krav, oberoende av hur detta uppförande genomförs. Domstolen förklarade att definitionen av ett byggentreprenadkontrakt innefattar alla avtal med ekonomiska villkor mellan en upphandlande myndighet och en leverantör. EU-domstolen noterade att staden Köln hade presenterat detaljerade krav i det huvudsakliga kontraktet gällande utformningen och användningen av byggnaderna. Dessa krav gick utöver vanliga önskemål från en hyresgäst för en nybyggd struktur av en viss storlek. Mässhallarna bedömdes som byggnadsverk eftersom de själva kunde tjäna en ekonomisk funktion och deras värde klart översteg de specificerade tröskelvärdena. Med hänsyn till detta fann EU-domstolen att avtalet mellan staden Köln och investmentbolaget skulle klassificeras som ett offentligt byggentreprenadkontrakt och som sådant borde det ha upphandlats i enlighet med gällande EU-regler.

### 3.5 Impresa Pizzarotti

I C-213/13 Impresa Pizzarotti-ärendet, som avkunnades i juli 2014, hade 2004 års direktiv ännu inte börjat gälla när upphandlingsprocessen påbörjades.<sup>44</sup>

---

<sup>44</sup> Målet C-213/13 Impresa Pizzarotti.

Följaktligen bedömdes de omständigheter som rörde målet mot kraven i direktiv 93/37. År 2003 publicerade Comune di Bari en marknadsundersökning med avsikt att snabbt uppföra ett nytt och funktionellt domstolssäte i Bari. Det offentliga meddelandet specificerade olika leverantörskrav såsom startdatum för arbetet, betalningsvillkor och specifika strukturella, funktionella samt organisatoriska behov. Av de fyra inkomna anbuden valde kommunen Pizzarotti. Efter tilldelningen av kontraktet fick kommunen besked från justitieministeriet om en halvering av de tillgängliga statliga medlen avsedda för projektet. Därefter frågade kommunen bolaget om det var möjligt att slutföra projektet inom den nya budgeten, och fick ett bekräftande svar. Men i september 2004 drogs den statliga finansieringen helt tillbaka. Pizzarotti lämnade då in ett andra anbud till kommunen för att bygga den del av projektet som initialt var planerad för uthyrning. Eftersom bolaget inte fick något svar på detta nya anbud inom rimlig tid valde de att stämma kommunen. Bolaget menade att kommunen hade en skyldighet att överväga det andra anbudet med hänsyn till de ekonomiska förändringarna. Kommunen hävdade att bolagets anbud inte stämde överens med de ursprungliga kraven i meddelandet.

Domstolen pausade fallet och vände sig till EU-domstolen med två frågor. Den första handlade om ett avtal som inkluderar hyresutfästelser för framtida byggnader och om det därmed utgör ett offentligt byggentreprenadkontrakt, trots vissa unika drag som liknar ett hyresavtal. Den andra frågan, som inte behandlas här, rörde möjligheten för en nationell myndighet att verkställa en dom som inte överensstämmer med EU-rätten. EU-domstolen fastslog från början att frågan om ett offentligt byggentreprenadkontrakt måste bedömas enligt unionsrätten. Enligt Direktiv 93/37 och det ursprungliga upphandlingsdirektivet måste det planerade byggnadsverket uppfylla de behov som den upphandlande myndigheten fastställt för att anses vara ett byggentreprenadkontrakt. Om myndigheten har specificerat byggentreprenaden eller haft inflytande över projekteringen anses byggnadsverket uppfylla dessa krav. I det aktuella fallet ansågs de rambeskrivningar som givits av kommunen vara sådana som gav dem inflytande. Trots att den totala hyresersättningen var lägre än den beräknade totalkostnaden för byggnaden ansåg EU-domstolen att detta hade mindre betydelse.

### 3.6 Wiener Wohnen

I Wiener Wohnen-målet bedömde EU-domstolen om den upphandlande myndigheten hade påverkat byggnadens utformning eller projekteringen. Det avgörande för att fastställa ett byggentreprenadkontrakt var om myndigheten hade definierat byggnadens egenskaper eller utövat avgörande inflytande över projekteringen.<sup>45</sup> Domstolen noterade att byggnadens design var planerad före ingåendet av "hyresavtalet". Efter avtalet presenterades designen på nytt i ett dokument, som i huvudsak var identisk med den ursprungliga planeringen.<sup>46</sup> Byggnaden ursprungliga planer bestod av fem våningar. Enligt avtalet hade den upphandlande myndigheten möjlighet att hyra ytterligare tre våningar, som skulle byggas ovanpå den ursprungliga byggnaden om de valdes av myndigheten. Om myndigheten inte valde att använda dessa tre våningar hade hyresvärden rätt att ändå bygga och hyra ut dem till andra. Dessutom fanns det möjlighet för myndigheten att begära en bro mellan två delar av byggnaden.

En central fråga i målet var om dessa valmöjligheter, vilket gav myndigheten inflytande över byggnadens utformning, skulle betraktas som att myndigheten utövade avgörande inflytande över projektet. Domstolen ansåg att trots att myndigheten hade möjlighet att välja mellan olika alternativ som redan fanns planerade för byggnaden, innebar inte detta att myndigheten utövade avgörande inflytande över projektets utformning. Valet av dessa alternativ, inklusive de extra våningarna och bron, fanns redan dokumenterat i planeringen innan förhandlingarna med myndigheten inleddes. Enligt domstolen var myndighetens val av dessa alternativ inte likställt med att den hade specificerat behoven för byggnadens utformning eller utövat avgörande inflytande över projektet. Detta ledde till att i detta specifika fall ansågs det inte vara ett byggentreprenadkontrakt.

### 3.7 Helmut Müller

---

<sup>45</sup> Mål C-537/19, Wiener Wohnen, s. 50.

<sup>46</sup> Mål C-537/19, Wiener Wohnen, s. 60–61.

I fallet Helmut Müller fastslog EU-domstolen att den upphandlande myndigheten måste vidta åtgärder för att instruera eller specificera byggtreprenaden för att anses ha tydliggjort sina behov.<sup>47</sup> 2004 års direktiv använde termen "specificerade behov", medan 2014 års direktiv talar om "krav som anges av den upphandlande myndigheten". Trots denna ändring är syftet inte att ändra vilka kontrakt som kan ses som byggtreprenader. Det krävs alltså aktiv handling från myndighetens sida för att anses ha ställt upp krav för byggtreprenaden. I de fall där en upphandlande myndighet blir ägare till resultatet av en byggtreprenad visar det tydligt att myndigheten har ett ekonomiskt intresse i kontraktet.<sup>48</sup> EU-domstolen har fastställt att ett sådant intresse finns när "den upphandlande myndigheten på rättslig grund garanteras tillgång till de anläggningar som är föremål för kontraktet, för att använda dem för offentliga ändamål".<sup>49</sup> Det innebär att en upphandlande myndighet kan anses ha ingått ett byggtreprenadkontrakt gällande egendom som myndigheten inte äger.

---

<sup>47</sup> Mål C-451/08, Helmut Müller.

<sup>48</sup> Mål C-451/08, Helmut Müller, s. 47–50.

<sup>49</sup> Mål C-451/08, Helmut Müller, s. 51.



## 4 Analys och slutsatser

Syftet med uppsatsen var att undersöka analysera hyresundantaget i 3 kap. 19 § LOU och dess tillämplighet i förhållande till byggentreprenadkontrakt enligt den rättsliga praxisen.

### **Hur har rättslig praxis och experters tolkning av hyresundantaget inom 3 kap. 19 § LOU påverkat bedömningen av kontrakt som involverar byggnation samt hyresavtalsaspekter?**

Den rättsliga praxisen, exemplifierad av EU-domstolens avgöranden som C-220/05 Auroux, C-536/07 Kommissionen mot Tyskland och C-213/13 Impresa Pizzarotti, har visat att ens relativt blygsamma specifikationer från den upphandlande myndigheten kan resultera i att ett kontrakt klassificeras som ett byggentreprenadkontrakt istället för ett hyreskontrakt. Specifika krav och detaljer från den upphandlande myndigheten som styr formen, typen eller storleken på byggnaden har bidragit till denna klassificering. Därigenom kan vissa gränser och kriterier identifieras för undantaget av hyreskontrakt när det gäller bedömning av byggentreprenadkontrakt, där betoningen ligger på den upphandlande myndighetens inflytande över byggnadens utformning. Den rättsliga praxisen, exemplifierad av EU-domstolens avgöranden, särskilt i de mål som nämns, visar på att huvudsyftet med kontraktet är avgörande vid bedömningen. När byggnationen ännu inte har påbörjats vid kontraktets ingående har domstolen klargjort att det omedelbara syftet inte kan vara uthyrning av byggnader som ännu inte har börjat uppföras.<sup>50</sup> Istället har fokus legat på att kontraktets främsta syfte logiskt sett endast kan vara byggnationen av de specifika byggnaderna.

Rättspraxisen har därmed visat att även om ett avtal benämns som ett hyreskontrakt, kan detta ändras till ett byggentreprenadkontrakt om huvudsyftet är att bygga eller uppföra byggnader enligt den upphandlande myndighetens specifikationer eller önskemål. Detta visar på gränserna för undantaget när det gäller bedömning av sådana kontrakt, där betoningen ligger på det primära

---

<sup>50</sup> Mål C-536/07, Kommissionen mot Tyskland.

syftet med avtalet, särskilt i avsaknad av påbörjad byggnation vid kontraktets ingående. Olsson och Lindbergs analys av domstolens uttalande i fallet Kommissionen mot Tyskland ifrågasätter EU-domstolens påstående om hyresavtal för ännu ej uppförda byggnader.<sup>51</sup> De lyfter fram en kritik kring domstolens resonemang som antyder att avtalets syfte inte uteslutande behöver vara att få byggnaden uppförd. Genom att exemplifiera situationer där en myndighet kan ingå avtal om att hyra ett våningsplan eller en del av en planerad byggnad som ännu inte existerar, ger de en tydligare bild av att hyreskontraktet inte nödvändigtvis avser byggnadens uppförande. Deras argument förstärks när de diskuterar hyresavtal i andra hand mellan myndigheter och kommande hyresgäster. I det fallet, när en myndighet ingår avtal om hyra med en kommande hyresgäst efter att fastighetsägaren har uppfört byggnaden, är det enligt Olsson och Lindberg osannolikt att avtalet mellan myndigheten och förstahandshyresgästen per automatik ska anses ha skett med syftet att uppföra byggnaden.<sup>52</sup> Deras resonemang lyfter fram den komplexitet som finns kring tolkningen av avtals syfte och betonar att det finns situationer där syftet med ett hyresavtal inte nödvändigtvis är att få byggnaden uppförd, trots domstolens antaganden.

Enligt målet Wiener Wohnen och referensen till tidigare rättsfall som Kommissionen mot Tyskland och *Impresa Pizzarotti*, har den rättsliga praxisen visat att det huvudsakliga syftet med ett kontrakt är avgörande för bedömningen av om hyresundantaget tillämpas. Specifikt betonas att om ett kontrakt innefattar både hyra och byggtreprenad, måste byggnationen ha påbörjats innan avtalet ingås för att huvudsakligt syfte ska anses vara hyra. Därigenom har gränserna för undantaget i samband med bedömning av sådana kontrakt blivit tydligare. Om byggnationen inte har påbörjats vid kontraktets ingående, men huvudsyftet anses vara byggtreprenad enligt den rättsliga bedömningen, kommer hyresundantaget inte att tillämpas. Emellertid betonas också att varje fall behöver bedömas individuellt för att fastställa om ett kontrakt

---

<sup>51</sup> Olsson & Lindberg, *Att vara eller inte vara – är det verkligen frågan?* s. 676.

<sup>52</sup> Olsson & Lindberg, *Att vara eller inte vara – är det verkligen frågan?* s. 676.

anses vara en byggentreprenad eller inte, även om byggnationen inte har påbörjats vid kontraktets ingående.

**Vilka faktorer och kriterier är avgörande för att avgöra tillämpligheten av hyresundantaget i förhållande till (entreprenad)arbeten enligt den rättsliga praxisen?**

I fallet C-220/05 Auroux var EU-domstolens bedömning av avtalet mellan Commune de Roanne och ett företag för att bygga en nöjesanläggning avgörande för att fastställa om hyresundantaget var tillämpligt på avtalet.<sup>53</sup> Faktorer och kriterier för att avgöra tillämpligheten av hyresundantaget i förhållande till entreprenadarbeten enligt den rättsliga praxisen innehåller avtalens innehåll och utformning. Domstolen har betonat att en noggrann granskning av avtalsinnehållet är nödvändig för att fastställa avtalets huvudsakliga syfte. Dessutom har domstolen tagit hänsyn till entreprenörens ansvar och åtaganden enligt avtalet. Om entreprenören har det yttersta ansvaret för byggentreprenaden, inklusive övervakning och genomförande, kan detta väga tyngre för att kvalificera avtalet som ett byggentreprenadkontrakt. Domstolen har lagt stor vikt vid att fastställa avtalets huvudsakliga syfte. Om detta syfte anses vara att utföra byggentreprenaden, kan det leda till att avtalet inte undantas från upphandlingsreglerna, även om det inkluderar andra tjänster eller moment.

I Wiener Wohnen-målet fokuserade domstolen på flera faktorer och kriterier för att bedöma tillämpligheten av hyresundantaget i förhållande till byggentreprenadkontrakt.<sup>54</sup> Domstolen bedömde om den upphandlande myndigheten hade utövat ett avgörande inflytande över byggnadens utformning eller projekteringen. I detta fall hade myndigheten möjlighet att välja olika alternativ som redan fanns dokumenterade i den ursprungliga planeringen av byggnaden. Trots dessa valmöjligheter ansåg domstolen inte att myndigheten hade specificerat behoven för byggnadens utformning eller utövat avgörande inflytande över projektet.

---

<sup>53</sup> Mål C-220/05 Auroux.

<sup>54</sup> Mål C-537/19, Wiener Wohnen.

Domstolen granskade dessutom om förhandlingar och avtal efter den ursprungliga planeringen ändrade eller specificerade byggnadens utformning på ett sätt som gav beställaren ett avgörande inflytande. I detta fall presenterades designen på nytt efter avtalet, men den var i huvudsak identisk med den ursprungliga planeringen, vilket inte ansågs utgöra ett avgörande inflytande från beställaren. Samtidigt övervägde domstolen om de valmöjligheter och alternativ som presenterades för den upphandlande myndigheten redan var dokumenterade i den ursprungliga planeringen innan förhandlingarna inleddes. Om alternativen redan fanns planerade för byggnaden före förhandlingarna, ansåg domstolen att detta inte nödvändigtvis innebar att beställaren hade utövat avgörande inflytande över projektets utformning.

Ulfsdotter Forssell och Nord betonar att det är byggnadens karaktär som bör vara det avgörande kriteriet vid bedömningen av hyresundantaget. Författarna hävdar att i varje enskilt fall bör man utvärdera om den aktuella byggnaden skulle kunna vara intressant för vem som helst att hyra. Det antyds att i kommersiell uthyrning kan alla byggnader ha olika alternativa användningsområden, vilket skulle göra det svårt att tillämpa en sådan ordning i praktiken.<sup>55</sup>

### **Vilka gränser och tolkningsutrymmen finns för hyresundantaget i byggentreprenadkontrakt?**

Den rättsliga praxisen, såsom tydligt exemplifierad av EU-domstolens avgöranden, särskilt i fallet C-220/05 *Auroux*, C-536/07 *Kommissionen mot Tyskland* och C-213/13 *Impresa Pizzarotti*, har kastat ljus över gränserna och tolkningsutrymmet för hyresundantaget i byggentreprenadkontrakt. Denna praxis visar att den övervägande faktorn vid bedömningen av ett kontrakt är dess huvudsakliga syfte. Om avtalets främsta mål är att bygga eller uppföra byggnader i linje med den upphandlande myndighetens specifikationer, tenderar det att klassificeras som ett byggentreprenadkontrakt, även om det initialt betecknas som hyresavtal.

---

<sup>55</sup> Ulfsdotter Forssell, *Lag (2016:1145) om offentlig upphandling*, Lexino 2024-01-02, kommentaren till 3 kap. 19 §.

Domstolen har också fastställt att om byggnationen ännu inte har startat vid avtalets ingående, kan det omedelbara syftet inte vara att hyra byggnader som ännu inte påbörjats. Därför fokuserar bedömningen på att kontraktets huvudsakliga syfte logiskt sett endast kan vara att bygga de specifika strukturerna. Utöver detta har rättspraxisen understrukit att avtalssyftet är komplext och inte alltid entydigt. Exempel som diskuterar avtal för planerade byggnader som ännu inte existerar belyser den komplexitet som kan finnas i att bedöma syftet med sådana avtal.

Diskussionen kring avtal i andra hand, där en myndighet ingår avtal med en framtida hyresgäst efter att byggnaden redan uppförts, betonar också att avtalet inte automatiskt anses ha skett med syftet att uppföra byggnaden. Gränsen för att tillämpa hyresundantaget är starkt kopplad till avtalets huvudsakliga syfte.<sup>56</sup> Om ett kontrakt kombinerar både hyres- och byggtreprenad-aspekter måste byggnationen ha påbörjats innan avtalet ingås för att huvudsyftet ska anses vara hyra. Denna princip klargör att om byggnationen inte har påbörjats vid kontraktets ingående, men det huvudsakliga syftet ändå bedöms vara byggtreprenad enligt den rättsliga bedömningen, kommer inte hyresundantaget att tillämpas. Samtidigt finns tolkningsutrymme som kräver en individuell bedömning av varje kontrakts specifika omständigheter. Även om byggnationen inte har påbörjats vid kontraktets ingående, behöver varje fall granskas individuellt för att fastställa om det anses vara en byggtreprenad eller inte. Därmed erbjuder den rättsliga praxisen en balans mellan att etablera tydliga gränser för tillämpningen av hyresundantaget samtidigt som den tillåter en flexibel bedömning baserat på kontraktsmässiga detaljer och omständigheter.

Rosén Andersson et al. betonar komplexiteten kring definitionen av ett kontrakt inom upphandlingsrätt, där vissa fall kan vara svåra att entydigt fastställa.<sup>57</sup> Vanligtvis är det dock möjligt att snabbt verifiera de grundläggande

---

<sup>56</sup> Mål C-537/19, Wiener Wohnen.

<sup>57</sup> Rosén Andersson m.fl, *Lagen om offentlig upphandling*, Norstedts Juridik, 2020-12-28, kommentaren till 3 kap. 19 §.

kriterierna för ett sådant kontrakt, såsom dess skriftliga natur och identifieringen av parterna involverade – en upphandlande myndighet och en entreprenör.

För att främja den fria marknaden har de olika kraven i upphandlingsdirektivet ofta tolkats brett och omfattande, vilket illustreras i domen C-399/98 *Ordine degli Architetti*. Denna dom är principiellt viktig eftersom den understryker behovet av en funktionell tolkning av upphandlingsavtal, där avtalen ses utifrån deras faktiska syfte och sammanhang. Målet poängterar också att det inte är den nationella rättens benämning på ett avtal som är avgörande, utan att den slutgiltiga bedömningen åligger EU-rätten.<sup>58</sup>

---

<sup>58</sup> Rosén Andersson m.fl, *Lagen om offentlig upphandling*, Norstedts Juridik, 2020-12-28, kommentaren till 3 kap. 19 §.

# Käll- och litteraturförteckning

## KÄLLOR

### Offentligt tryck

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 byggtreprenadkontrakt

Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader

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

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

Proposition 2015/16:195 Nytt regelverk om upphandling

### Rättsfall

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 april 2003, Kommissionen mot Tyskland, Förenade målen C-20/01 och C28/01.

Dom av den 10 juli 2014, Kommissionen mot Italien (Impresa Pizzarotti), Mål C-213/13.

Dom av den 18 januari 2007, Jean Aurox m.fl. Mål C-220/05.

Dom av den 29 oktober 2009, Kommissionen mot Tyskland, Mål C-536/07.

Dom av den 25 mars 2010, Helmut Müller, Mål C-451/08.

Dom av den 22 april 2021, Kommissionen mot Österrike (Wiener Wohnen), Mål C-537/19.

## **LITTERATUR**

Arrowsmith, Sue, The law of public and utilities procurement: regulation in the EU and UK, 3 uppl., Sweet & Maxwell, London, 2014

Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida, EU-rättslig metod – teori och genomslag i svensk rättstillämpning, 2 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2011

Kleineman, Jan, Rättsdogmatisk metod, Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), Juridisk metodlära, Studentlitteratur, Lund, 2013

Peczenik, Aleksander, Om den förvaltningsrättsliga forskningen och rättsdogmatiken, Förvaltningsrättslig tidskrift, Häfte nr. 2, 1990

Peczenik, Aleksander, Juridikens allmänna läror, SvJT 2005

Rosén Andersson, Helena, Mühlenbock, Eva-Maj, Hallberg, Olof, Norlén, Hugo, Näslund, Johanna, Piper, Catharina, Willquist, Henrik, Lagen om offentlig upphandling: en kommentar, Version 3 den 28 december 2020, med tillägg och ändringar

Sandgren, Claes, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare – ämne, material, metod och argumentation, 3 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2015

Sandgren, Claes. Rättsvetenskap för uppsatsförfattare- ämne, material, metod och argumentation, 5 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2021

Sandgren, Claes, Vad är rättsvetenskap?, Jure Förlag, Stockholm, 2009



Sundstrand, Andrea, Offentlig upphandling – en introduktion, 2 uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013

Ulfsdotter Forssell, Anna och Nord, Eskil, Lexino - Lagen om offentlig upphandling, version den 2 januari 2024

### **Artiklar**

Olsson, Erik & Lindberg, Olle, ”Att vara eller inte vara – är det verkligen frågan? Om befintlighetsbegreppet i LOU:s hyresundantag”, art. i Europarättslig tidskrift 2015 nr.3.

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