

---

# ATT VARA ELLER INTE VARA – ÄR DET VERKLIGEN FRÅGAN?

## Om befintlighetsbegreppet i LOU:s hyresundantag

Erik Olsson & Olle Lindberg\*

---

### 1. INLEDNING

Upphandlingsrätten blir ofta kritiserad för att vara oförenlig med myndigheters praktiska inköpsverksamhet. Som rådgivare i upphandlingsrättsliga frågor får man inte sällan höra att en viss vara, tjänst eller byggtreprenad helt enkelt inte är möjlig att upphandla enligt LOU.<sup>1</sup> I många fall bygger denna inställning på en missuppfattning kring LOU:s faktiska innehåll och på att myndigheten över tid kommit att göra offentlig upphandling mer komplicerat än det faktiskt behöver vara. När man väl börjar nysta upp vilka behov myndigheten egentligen har visar det sig ofta att en annonserad upphandling enligt LOU inte bara är möjlig utan rentav kommersiellt önskvärd.

Men det finns också ett par ställen där LOU:s reglering är genuint otillfredsställande och där lagtexten, åtminstone vid någon läsart, synes begränsa myndighetens valmöjligheter på ett sätt som går utöver vad som rimligen kan motiveras av de syften som ligger bakom lagstiftningen. Denna typ av situationer bidrar till ett negativt helhetsintryck av LOU som en byråkratisk och verksamhetsfrämmande lagstiftning.

---

\* Erik Olsson, advokat och delägare vid Advokatfirman Kahn Pedersen, Olle Lindberg, biträdande jurist vid Advokatfirman Kahn Pedersen.

<sup>1</sup> Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Av presentationstekniska skäl behandlar vi i denna artikel endast den reglering som gäller för den klassiska sektorn, dvs. LOU och bakomliggande direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster. Vad som anges här gäller dock på samma sätt för lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

Detta är vanligen inte Sveriges fel. De brister vi här talar om är ofta sådana att de uppkommit redan i de unionsrättsliga direktiv som ligger till grund för LOU. Den svenske lagstiftaren är huvudsakligen en god författare men den direktivtext som hen har att utgå ifrån är sällan särskilt pedagogiskt eller tydligt skriven. Vad den svenska lagstiftaren eventuellt kan klandras för är emellertid att den inte i tillräckligt stor utsträckning anstränger sig för att kompensera för den europeiske lagstiftarens tillkortakommanden. Allt för ofta förs direktivtexten över mer eller mindre oförändrad till svensk lag och eventuella oklarheter och tvetydigheter läggs oförändrade i myndighetens knä.

I sådana situationer är det enligt vår mening de svenska domstolarnas, forskningen, litteraturens och tillsynsmyndighetens roll att i möjligaste mån tolka lagstiftningen så att den blir så rimlig som möjligt. Det räcker inte att konstatera att det finns en brist utan vi som tolkar lagstiftningen, och som därför är ansvariga för att upprätthålla lagstiftningens legitimitet, måste också föreslå tolkningsarter som i möjligaste mån gör att upphandlingslagstiftningen blir praktiskt tillämpbar. Vi kan inte vänta på en perfekt lagstiftning utan måste löpande verka för att den lagstiftning vi har att leva med blir så praktiskt tillämpbar som möjligt utan att vi för den sakens skull gör avkall på rättssäkerhetsprinciper eller på de syften som lagen har att uppnå.

I denna krönika ska vi försöka oss på just en sådan övning. I grunden har vi en tämligen usel unionsrättslig reglering, nämligen bestämmelserna om vad som utgör en upphandlingspliktig byggentreprenad å ena sidan och vad som utgör ett undantaget hyreskontrakt å den andra. Vi presenterar dessa bestämmelser i avsnitt 3. I avsnitt 4 redogör vi sedan för den konfliktyta som kan uppstå när ett hyresavtal avser en fastighet som antingen behöver byggas om för att passa myndigheten eller rent av ännu inte uppförts och redogör för vår syn vad avser möjligheterna att utan upphandling ingå hyresavtal avseende icke-befintliga byggnader. I avsnitt 5 diskuterar vi slutligen vilka möjligheter det finns för en upphandlande myndighet att låta fastighetsägaren själv genomföra en upphandling enligt LOU avseende de byggentreprenadarbeten som eventuellt kan krävas för att anpassa en fastighet efter myndighetens behov.

Vi inleder emellertid med en kort presentation av det praktiska problem som regleringen ställer myndigheter inför.

## 2. PROBLEMFÖRMULERING

Den upphandlingsrättsliga regleringen kräver att byggentreprenadkontrakt konkurrensutsätts i ett annonserat förfarande. Detta är inte konstigt. Byggentreprenader uppbär stora värden och kan attrahera entreprenörer från flera olika medlemsstater. Ett annat sätt att uttrycka det är att byggentreprenader, eller åtminstone byggentreprenader av ett visst värde, är sådana att de normalt lämpar sig för gränsöverskridande konkurrensutsättning. Det första förfarande-

direktivet för upphandling inom unionen, vilket trädde i kraft redan 1971, rörde konkurrensutsättning av just byggentreprenader.<sup>2</sup>

Hyresavtal, å andra sidan, behöver inte konkurrensutsättas i ett annonserat förfarande. Inte heller detta är särskilt konstigt. Ett hyresavtal kan visserligen uppbära ett stort värde men lämpar sig svårigen för konkurrensutsättning över gränserna. En myndighet som letar kontor i Linköping är inte betjänta av kontor i Madrid, även om sådana lokaler skulle kunna fås till en lägre kostnad och en högre kvalitet. Av denna anledning har unionslagstiftaren, allt sedan första gången den började reglera tjänstekontrakt i början av 90-talet, undantagit just hyresavtal.<sup>3</sup> Såsom lagstiftaren uttryckte det i beaktandesatserna redan till det första tjänstedirektivet: *”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.”*<sup>4</sup>

Problemet uppstår när ett visst avtalsförhållande, eller snarare kommande avtalsförhållande, visserligen kommer utgöra ett hyresavtal men samtidigt uppfyller kriterierna för att utgöra en byggentreprenad. Ska myndigheten då försöka konkurrensutsätta hyresavtalet enligt reglerna för byggentreprenad eller kan myndigheten låta bli och direkttilldela hyresavtalet trots att detta innehåller upphandlingspliktiga byggentreprenadarbeten?

Problemet försvåras av att myndigheten ofta inte vet om byggentreprenadarbeten kommer att genomföras i samband med hyresavtalets ingående förrän myndigheten redan bestämt vilken aktör som myndigheten önskar ingå hyresavtal med. En myndighet som söker lokaler vänder sig nämligen normalt till en marknad som består av olika typer av fastigheter vilka kan befinna sig i olika skeden av projektering. Det kan röra sig om allt från fastigheter som i princip är inflyttningsredo till fastigheter som skulle behöva byggas om väsentligt för att passa myndigheten. En myndighet kan naturligtvis också vara intresserad av lokaler i byggnader som de facto ännu inte har uppförts men som kommer att vara färdigställda lagom till att myndigheten behöver flytta in. Utifrån myndighetens perspektiv är det viktiga normalt att lokalerna motsvarar myndighetens behov och att de är redo för inflyttning vid ett visst datum. Huruvida fastighetsägaren dessförinnan behöver genomföra byggentreprenadarbeten eller inte kan ofta vara av sekundär betydelse. Upphandlingsrättsligt kan emellertid frågan om byggentreprenadarbeten har behövt utföras för att färdigställa lokalerna för myndighetens nyttjande få helt avgörande betydelse och medföra att annonseringsplikt uppstår. I förlängningen kan en felbedömning medföra att ingångna

---

<sup>2</sup> Direktiv 71/305/EEG om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten.

<sup>3</sup> Se artikel 1 (iii) direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster.

<sup>4</sup> Se tionde beaktandesatsen i direktiv 92/50/EEG. Se även beaktandesats 24 i direktiv 2004/18/EEG.

avtal ogiltigförklaras av domstol. Det är av denna anledning mycket viktigt att upphandlande myndigheter, inför ingåendet av ett hyresavtal, får klarhet i vilka upphandlingskyldigheter som avtalet eventuellt kan aktualisera och hur dessa lämpligast bör hanteras.

Som vi ska se i nästkommande avsnitt erbjuder dessvärre vare sig upphandlingsdirektivet, LOU eller praxis någon vidare klarhet i detta avseende.

### 3. DEFINITIONERNA AV BYGGENTREPRENAD RESPEKTIVE HYRA

Av 1 kap. 2 § LOU följer att lagen ska tillämpas på offentlig upphandling av ett byggentreprenadkontrakt. Vad som är ett byggentreprenadkontrakt definieras i 2 kap. 3 § LOU enligt följande:

”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.”

Motsvarande definition av byggentreprenadkontrakt i 2004 års klassiska direktiv framgår av artikel 1.2 b:

”offentliga byggentreprenadkontrakt: offentliga kontrakt som avser antingen utförande eller såväl projektering som utförande av sådana byggentreprenader som avser en av de verksamheter som avses i bilaga I eller av en byggentreprenad, eller utförande, oavsett form, av en byggentreprenad som tillgodoser de behov som den upphandlande myndigheten har specificerat. Med byggentreprenad avses ett resultat av bygg- och anläggningsarbeten som i sig fyller en teknisk eller ekonomisk funktion.”<sup>5</sup>

Av definitionerna i 2 kap. 10 § LOU och artikel 1.2 a i 2004 års klassiska direktiv, framgår att en förutsättning för reglernas tillämplighet är att det rör sig om ett kontrakt med ekonomiska villkor. Avtal om gåvor faller således utanför defi-

<sup>5</sup> Som synes är bestämmelserna inte identiskt uppbyggda. Vid genomförandet av direktivet ansåg regeringen att den svenska språkversionen hade fått en mindre lyckad utformning och valde därför att använda begreppet ”byggnadsverk” där direktivet istället betecknar resultatet av bygg- och anläggningsarbeten som ”byggentreprenad”, se prop. 2006/07:128, s. 297 f. På det viset ansluter den svenska lagtexten till EU-domstolens begreppsanvändning, se exempelvis domen *Auroux m.fl.*, C-220/05, EU:C:2007:31. Det bör även noteras att ”byggnadsverk” är den beteckning som används i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (EUT L 94, 28.3.2014, s. 65–242). Unionslagstiftaren har således numera valt samma begrepp som den svenska lagstiftaren.

nitionen av ett offentligt kontrakt.<sup>6</sup> Definitionen förutsätter inte att avtalet innebär en direkt betalning av pengar, utan även exempelvis avräkning från en stadsplaneringsavgift har ansetts innebära att ett avtal hade ekonomiska villkor i bestämmelsens mening.<sup>7</sup> EU-domstolen har uttalat att med de ekonomiska villkoren i ett avtal avses den motprestation som erbjuds av den upphandlande myndigheten med anledning av det ingångna kontraktet.<sup>8</sup> Av förarbetena till LOU framgår att lagstiftaren menar att ”*alla förvärv med någon form av motprestation som har ett ekonomiskt värde omfattas av definitionen*”.<sup>9</sup>

Av 2 kap. 3 § 2 st. LOU följer att det är fråga om ett byggtreprenadkontrakt om ett byggnadsverk realiserar, oavsett hur kontraktet utformas, *enligt krav som uppställs av den upphandlande myndigheten*. Ställs inte sådana krav är det följaktligen inte fråga om ett byggtreprenadkontrakt enligt den angivna bestämmelsen. Enligt EU-domstolen räcker det inte enbart med att den upphandlande myndigheten undersöker de lösningar som en entreprenör har föreslagit, eller fattar beslut på grund sin befogenhet att godkänna sådant förslag, för att det ska vara ett byggtreprenadkontrakt i upphandlingsdirektivets mening.<sup>10</sup> EU-domstolen har upprepade gånger anfört att den upphandlande myndigheten måste ha vidtagit åtgärder för att specificera byggtreprenaden, eller åtminstone utöva ett bestämmande inflytande på dess projektering, för att träffas av definitionen.<sup>11</sup>

Sammanfattningsvis kan således konstateras att ett byggtreprenadkontrakt är ett kontrakt som medför att ett byggnadsverk realiserar enligt krav som uppställs av en upphandlande myndighet. Detta gäller oavsett hur avtalet benämns och det är således möjligt även för vad som enligt svensk rätt skulle betecknas som ett hyresavtal att utgöra ett byggtreprenadkontrakt i upphandlingsrättslig mening.

Det s.k. *hyresundantaget* regleras i 1 kap. 6 § 1 p. LOU enligt följande:

”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,

[...]

Med fastighet enligt första stycket 1 avses det som enligt jordabalken utgör eller tillhör en fastighet. Befintlig byggnad som tillhör någon annan än ägaren till jorden skall också anses utgöra en fastighet. Detsamma gäller sådana tillbehör till byggnaden som avses i 2 kap. 2 och 3 §§ jordabalken, om de tillhör byggnadens ägare.”

<sup>6</sup> Se prop. 2006/07:128, s. 302. Se även Falk, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, 2014, s. 88.

<sup>7</sup> Se domen Ordine degli Architetti m.fl., C-399/98, EU:C:2001:401, punkterna 76–86.

<sup>8</sup> Se domen Auroux m.fl., C-220/05, EU:C:2007:31, punkt 45.

<sup>9</sup> Se prop. 2006/07:128, s. 302.

<sup>10</sup> Se domen Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, punkt 68.

<sup>11</sup> Se a.a., punkt 67 och domen Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, punkt 44.

Paragrafen genomför artikel 16 a i 2004 års direktiv som har följande lydelse:

”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.”

Vid en jämförelse av ordalydelsen i paragrafen och i den bakomliggande artikeln i 2004 års direktiv framgår en skillnad som förtjänar särskild uppmärksamhet. Direktivet anger att det inte ska tillämpas avseende förvärv eller hyra av ”befintliga byggnader”, medan den svenska lagtexten undantar förvärv av fastighet, hyresrätt eller annan rätt till fastighet från tillämpligheten av lagen. Vid genomförandet av bestämmelsen uppmärksammade lagstiftaren att innebörden av undantaget för ”befintlig byggnad” var oklar och tolkade det som att distinktionen mellan befintlig och icke-befintlig syftade till att klargöra att de kontrakt som träffas av definitionen av byggentreprenadkontrakt inte skulle undantas.<sup>12</sup> Det ”svenska” hyresundantaget är dock inte avsett att ha något annat materiellt innehåll än det unionsrättsliga.<sup>13</sup>

#### 4. HYRESAVTAL AVSEENDE OFÄRDIGA ELLER OBEFINTLIGA FASTIGHETER

Det mest okomplicerade scenariot där hyresundantaget kan användas är när de faktiska förhållandena direkt speglar lagtexten. Ett enkelt exempel är att en upphandlande myndighet och en privat hyresvärd tecknar ett avtal vars enda innehåll stadgar en rätt för den upphandlande myndigheten att använda lokalerna i en byggnad för kontorsverksamhet. Oavsett om byggnaden ägs av fastighetsägaren eller inte, träffas avtalet av hyresundantaget och någon upphandling behöver inte annonseras ut.

I praktiken förekommer dock avtal som, utöver själva uthyrningen, även medför att fastighetsägaren vidtar vissa hyresgästanpassningar. Mindre hyresgästanpassningar av underordnad betydelse i förhållande till själva hyresdelen av kontraktet medför dock inte att kontraktet ska anses utgöra ett upphandlingspliktigt byggentreprenadkontrakt.<sup>14</sup> I litteraturen har framförts att det är rimligt att hyresgästanpassningar betraktas som en normal del av ett (undantaget)

---

<sup>12</sup> Se prop. 2006/07:128, s. 290 f.

<sup>13</sup> Jfr prop. 2006/07:128, s. 289 ff. Med hänsyn till EU-rättens företräde, bör det även påpekas att om en bestämmelse i svensk lag strider mot det bakomliggande direktivet, ska bestämmelsen i direktivet ges företräde över den svenska lagregeln, se RÅ 1996 ref. 50.

<sup>14</sup> Se domen *Gestión Hotelera Internacional*, C-331/92, EU:C:1994:155, punkt 29.

lokalhyresavtal.<sup>15</sup> I målet *kommissionen mot Tyskland* ger EU-domstolen uttryck för ett liknande synsätt, där domstolen uttalar att detaljerade specifikationer avseende byggentreprenaden ”går mycket längre än en hyresgästs vanliga krav”.<sup>16</sup> Målet avsåg visserligen specifikationer för en byggnad som skulle uppföras, men uttalandet torde äga giltighet även avseende hyresgäst Anpassningar av befintliga byggnader.<sup>17</sup>

Mer komplicerat blir det om ett hyresavtal avser en byggnad som inte (helt) existerar när avtalet tecknas. Vad som framkommit ovan, tillsammans med det faktum att artikel 16 a i 2004 års direktiv uttryckligen anger att hyra av ”befintliga byggnader” inte omfattas av direktivets bestämmelser, ger sammantaget bilden att ett hyresavtal avseende en *icke-befintlig* byggnad i många fall kommer att anses vara ett upphandlingspliktigt byggentreprenadkontrakt.<sup>18</sup> Som vi kommer att visa nedan är det dock inte givet att så alltid är fallet.

EU-domstolen hade i målet *kommissionen mot Tyskland* att rättsligt kvalificera ett kontrakt benämnt ”Hyresavtal för en fastighet med fyra mässhallar”.<sup>19</sup> Av målet framgår att kontraktet förpliktade leverantören att uppföra de aktuella byggnadsverken. Vid bedömningen av kontraktets huvudsakliga syfte uttalade EU-domstolen att syftet med kontraktet logiskt sett endast kunde vara uppförandet av de i målet aktuella byggnaderna, eftersom ”*uppförandet av de aktuella byggnadsverken inte ens påbörjats*” vid tidpunkten för kontraktets tecknande.<sup>20</sup> Domstolen angav vidare att det dessutom kunde konstateras att ”*de berörda byggnadsverken uppfördes enligt mycket detaljerade specifikationer*” som den upphandlande myndigheten hade lämnat.<sup>21</sup>

Domstolen förefaller ha lagt stor vikt vid det faktum att byggnadsverken inte existerade vid tiden för ingåendet av det aktuella avtalet. Det kan ifrågasättas

<sup>15</sup> Se Rosén Andersson m.fl., *Lagen om offentlig upphandling – En kommentar*, 2015, s. 64.

<sup>16</sup> Se domen *kommissionen/Tyskland*, C-536/07, EU:C:2009:664, punkt 58.

<sup>17</sup> Vad som utgör en sedvanlig hyresgäst Anpassning och när ett byggnadsverk istället ska anses uppfört enligt en myndighets anvisningar på ett sådant sätt att upphandlingsskyldighet utlöses är i sig en komplicerad rättslig fråga som förtjänar en mer ingående analys än vad vi har utrymme för i denna krönika. Vi hoppas få återkomma till denna frågeställning inom kort.

<sup>18</sup> Det synsättet är förmodligen inte är obekant för de som praktiskt tillämpar regelverket, se exempelvis Kammarrätten i Sundsvalls dom den 24 augusti 2010 i mål nr 395-10 och Sveriges Kommuner och Landstings cirkulär 09:2, diarienummer 09/0052, Undantaget vid offentlig upphandling i LOU/LUF som avser fastighet, byggnad m.m. gäller bara ”befintliga byggnader” och inte byggnader som ska uppföras. Jfr även Madell & Indén, *Offentlig-privat samverkan – rättsliga förutsättningar och utmaningar*, 2010, s. 137 angående att omfattningen av undantaget ”har under lång tid ansetts vara oklar”. Jfr dock även Konkurrensverkets beslut den 9 september 2009 (Dnr 128/2009), där Konkurrensverket uttrycker att hyresundantaget ”sannolikt” kan användas redan under byggnation avseende byggnader med mer generell karaktär som andra än myndigheter kan tänkas ha intresse av att förvärva eller hyra.

<sup>19</sup> Se domen *kommissionen/Tyskland*, C-536/07, EU:C:2009:664.

<sup>20</sup> Se a.a., punkt 56.

<sup>21</sup> Se a.a., punkt 58.

huruvida EU-domstolens påstående om att syftet med ett kontrakt endast kan vara uppförandet av byggnaderna när detta uppförande inte påbörjats vid kontraktstecknandet verkligen alltid överensstämmer med faktiska förhållanden. Påståendet blir exempelvis svårt att förstå om fråga är om att en myndighet vill hyra in sig på ett våningsplan eller en sektion av en byggnad som någon fastighetsägare avser att uppföra huvudsakligen för sin egen eller en annan hyresgästs räkning. Under sådana förhållanden kan det, enligt vår mening, bli svårt att påstå att parterna verkligen har själva uppförandet av byggnaden som det huvudsakliga syftet med hyresavtalet. Än mindre torde så vara fallet om det rör sig om ett hyresavtal i andra hand, dvs. ett hyresavtal som myndigheten ingår med en hyresgäst som i sin tur har ett hyresavtal med den fastighetsägare som ska uppföra byggnaden. Uppfattningen att ett sådant andrahandshyresavtal skulle ha som syfte att uppföra en viss byggnad, enkom för att det ingåtts innan dess att byggnaden uppförts, ter sig besynnerlig.

Det är vår uppfattning att det första ledet i domstolens resonemang måste läsas tillsammans med resonemangets andra led om att ”*byggnadsverken uppfördes enligt mycket detaljerade specifikationer*” som den upphandlande myndigheten lämnat. Det är nämligen denna omständighet som enligt vår mening framförallt ger ett avtal karaktären av ett upphandlingspliktigt byggentreprenadkontrakt.

Även i målet *Impresa Pizzarotti* avgjorde EU-domstolen frågan om kvalificeringen av ett, av parterna betecknat, hyresavtal.<sup>22</sup> Bakgrunden i målet är följande. En italiensk kommun avsåg att låta uppföra ett gemensamt domstolskomplex för alla domstolar i kommunen. Till en början hade kommunen statlig finansiering och avtalet skulle omfatta dels byggnader som skulle säljas till kommunen och dels byggnader som skulle hyras av kommunen. Ett antal anbudsgivare lämnade anbud på byggentreprenaden och kommunen valde till slut en leverantör, *Impresa Pizzarotti & C. SpA* (härefter: Pizzarotti). När den statliga finansieringen drogs in lämnade Pizzarotti ett nytt anbud avseende enbart hyresdelen av det tidigare upplägget. Även denna del förutsatte emellertid att byggnader uppfördes och hyresavtalet skulle således komma att avse ännu icke uppförda byggnader.

Inledningsvis påminde EU-domstolen om dess tidigare praxis avseende att parternas beteckning av kontraktet är irrelevant och att det istället är kontraktets huvudsakliga syfte som avgör kvalificeringen.<sup>23</sup> EU-domstolen anförde vidare att uppförandet av de aktuella byggnadsverken ”inte ens hade påbörjats” när Pizzarotti lämnade in sitt nya anbud, vilket medförde att uppförandet ansågs utgöra kontraktets huvudsyfte.<sup>24</sup>

Därefter konstaterades att det även krävs att det planerade byggnadsverket motsvarar de behov som den upphandlande myndigheten har angett för att det

<sup>22</sup> Domen *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067.

<sup>23</sup> Se a.a., punkterna 40–41.

<sup>24</sup> Se a.a., punkt 42.



ska anses utgöra ett upphandlingspliktigt byggentreprenadkontrakt.<sup>25</sup> I målet hade den italienska kommunen angett detaljerade uppgifter avseende den verksamhet som domstolarna skulle bedriva, vilket medförde krav på utformningen av de rum som skulle ingå i de byggnadsverk som skulle uppföras. Dessutom gavs kommunen en rätt att kontrollera att anbudet uppfyllde dess krav, innan den godkände byggnadsverkets utformning. Sammantaget medförde dessa omständigheter att EU-domstolen ansåg att kommunen hade ett bestämmande inflytande över byggnadsverkens utformning, och därmed att kontraktets huvudsakliga syfte var att uppföra byggnadsverk enligt behov som angavs av kommunen.<sup>26</sup> Därmed ansågs inte hyresundantaget tillämpligt.

I Impresa Pizzarotti förefaller EU-domstolen dock inte utesluta att hyresundantaget skulle kunna vara tillämpligt för det fall det hade rört en icke-befintlig byggnad som *inte* skulle uppföras i enlighet med myndighetens anvisningar. Detta blir särskilt tydligt om man kontrasterar EU-domstolens avgörande med Generaladvokaten Wahls förslag till avgörande i målet.<sup>27</sup> Generaladvokaten inledde sitt anförande avseende hyresundantaget med att han ansåg att ”*ett byggnadsverk vars uppförande inte har påbörjats under inga omständigheter kan omfattas av ovannämnda undantag*”.<sup>28</sup> Generaladvokatens inställning var således att hyresundantaget endast omfattar ”befintlig egendom” och att det saknas anledning att överhuvudtaget utreda huruvida fråga är om byggnad som uppförts enligt myndighetens anvisningar.<sup>29</sup> Generaladvokaternas förslag till avgöranden är som bekant inte en bindande rättskälla.<sup>30</sup> Därmed kan det inte påstås att generaladvokat Wahls inställning i frågan är ett uttryck för gällande rätt. Det intressanta i sammanhanget är dock just att EU-domstolen *inte* anslöt sig till generaladvokatens förslag i den del som avsåg att hyresundantaget aldrig kan tillämpas på en icke-befintlig byggnad. En rimlig tolkning av diskrepansen mellan generaladvokatens förslag och EU-domstolens faktiska avgörande, är att hyra av icke-befintliga byggnader mycket väl kan träffas av hyresundantaget, förutsatt att byggnationen inte sker enligt den upphandlande myndighetens krav och specifikationer, dvs. att avtalet inte uppfyller direktivets definition av ett byggentreprenadkontrakt. Ett sådant synsätt anknyter även till den svenska lagstiftarens ställningstagande om att ordet befintlig i hyresundantaget syftar till klargöra att de kontrakt som träffas av definitionen av byggentreprenadkontrakt inte ska undantas.<sup>31</sup>

---

<sup>25</sup> Se a.a., punkt 43.

<sup>26</sup> Se a.a., punkterna 44–48.

<sup>27</sup> Se förslag till avgörande Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:335, punkterna 54–61.

<sup>28</sup> Se a.a., punkt 54.

<sup>29</sup> Se a.a., punkt 60.

<sup>30</sup> Se Bernitz & Kjellgren, Europarättens grunder, 2014, s. 89.

<sup>31</sup> Se prop. 2006/07:128 s. 290 f.

Mot bakgrund av ovan återgivna rättspraxis är det vår bedömning att ett hyresavtal som avser en icke-befintlig byggnad men som inte samtidigt uppfyller LOU:s definition av ett byggentreprenadkontrakt, kan komma att undantas LOU med stöd av 1 kap. 6 § LOU. Detta eftersom syftet med ordet ”befintlig” i den bakomliggande bestämmelse får antas vara att utesluta just sådana avtal som medför att ett byggnadsverk uppförs enligt en myndighets specifikationer. Om så inte har skett, till exempel om fastighetsägare approcherat myndigheten med ett förslag om att flytta in i en byggnad som visserligen inte uppförts ännu men som kommer att uppföras och där myndigheten inte har ett större inflytande över den byggnadens utförande än vad myndigheten skulle ha i egenskap av hyresgäst i en redan befintlig byggnad, är det svårt för oss att förstå vilket intresse unionslagstiftaren skulle ha av att behandla ett sådant hyresavtal annorlunda än ett hyresavtal till en redan befintlig byggnad. Myndighetens intresse av hyresavtalet är i båda situationerna uteslutande knutet till själva rätten till fastigheten som sådan, en rätt som unionslagstiftaren tydligt ansett vara av en sådan särskild karaktär att den inte lämpar sig för offentlig upphandling.

I doktrin har emellertid gjorts gällande att ett sådant hyresavtal, som alltså inte utgör ett byggentreprenadkontrakt men som likväl inte avser en befintlig byggnad, istället skulle behöva upphandlas som ett tjänstekontrakt. Enligt ett resonemang som Andrea Sundstrand framför i *Upphandlingsrättslig tidskrift* skulle denna typ av hyresavtal, som avser icke-befintliga byggnader men som uppförs helt utan myndighetens inflytande, de facto behandlas strängare av upphandlingsdirektiven än vad som är fallet för byggentreprenadkontrakt. Detta då upphandling av tjänst enligt direktiven ska ske redan från 1 800 000 kr.<sup>32</sup>

Vi har svårt att låta oss övertygas av denna argumentation. Först och främst framgår det av beaktandesatserna till direktivet att hyresundantaget syftar till att undanta rätt till fastighet, på grund av dess särart.<sup>33</sup> Det finns inget som indikerar att unionslagstiftaren skulle ha haft för avsikt att reglera upphandling av hyresavtal som inte utgör byggentreprenad men som avser icke-befintlig byggnad. Ett hyresavtal till en icke-befintlig byggnad som inte utgör en byggentreprenad, dvs. som utgör någon form av hyrestjänst, är lika svår att konkurrensutsätta över gränserna som en hyresrätt till en befintlig byggnad. Frånsett intresset av att konkurrera om byggentreprenadsarbeten, vilket det alltså inte är fråga om här, borde det inte finnas fler utländska leverantörer av fastighet i Linköpings centrum med ännu inte uppförd byggnad än vad det finns utländska leverantörer med fastighet i Linköpings centrum med uppförda byggnader.

<sup>32</sup> Se Sundstrand, *Offentliga byggentreprenadkontrakt – odelbara kontrakt och hyresundantaget*, UrT 2015:1, s. 66–67.

<sup>33</sup> Se tionde beaktandesatsen i direktiv 92/50/EEG. Se även beaktandesats 24 i direktiv 2004/18/EEG.

Denna inställning vinner också visst stöd i ”förarbetena” till upphandlingsdirektiven.<sup>34</sup> Det mest utförliga uttrycket för lagstiftarens motiv till den relevanta bestämmelsen framgår av punkten 30 i motiveringen till Kommissionens förslag av den 6 december 1990 till rådets direktiv om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster.<sup>35</sup> Kommissionen anger följande avseende undantaget för hyreskontrakt.

“The exclusion of real estate contracts (Article 1(a)( ii)) is desirable for clarification purposes. Such contracts constitute neither supplies nor works contracts. On the other hand, since they relate to immovable property in particular geographical locations, such contracts take place in essentially local markets and their object rules out any real prospect for cross-frontier competition. The contracts to be excluded are, however, only those concerning the purchase of land or buildings, or rights in immovable property. Contracts to provide services in connection with such purchases, for example contracts with real estate agents, are covered by the Directive (Annex 1b, category 29).”

Som framgår av kommissionens motivering är tanken bakom undantaget för rätt till fast egendom, vilket i 1990 års direktiv hade samma lydelse som idag, att det skulle träffa kontrakt som rör ”rätt till fast egendom” och som inte utgör varu- eller byggtreprenadkontrakt. Även hyreskontrakt som rör en ”icke-befintlig” byggnad men som inte utgör ett varu- eller byggtreprenadkontrakt synes således utifrån denna motivering omfattas av undantaget. De tjänstekontrakt som enligt motiveringen anges falla utanför undantaget är sådana som de facto inte rör ”rätt till fast egendom” såsom kontrakt med fastighetsmäklare. Som tidigare påpekats präglas även hyresavtal rörande icke-befintliga byggnader, i den mån de inte utgör byggtreprenad- eller varukontrakt, av de karaktäristiska som medför att de är olämpliga för gränsöverskridande handel. Man kan, såsom kommissionen antyder i sin motivering, konkurransutsätta en mäklartjänst som går ut på att identifiera olika intressanta hyresavtal, men man kan inte på ett gränsöverskridande sätt konkurransutsätta hyresavtalet som sådant.

Vidare kan konstateras att någon motsvarighet till en sådan ”hyrestjänst avseende icke-befintlig byggnad” inte finns nämnd någonstans i bilaga II A till direktivet. Detta innebär således att tilldelning av rätt till fastighet, för det fall det inte skulle vara undantaget helt med stöd av hyresundantaget, utgör en sådan B-tjänst som enligt art. 21 ändå är undantagen direktivets krav på ett annonserat förfarande.<sup>36</sup> Det är således tydligt att unionslagstiftaren inte har

<sup>34</sup> Det ska understrykas att direktiv inte har förarbeten i svensk bemärkelse. Däremot föregås direktivets antagande av förslag på lagtext från kommissionen vilka ofta är motiverade och som kan ge viss vägledning kring hur kommissionen resonerade då man utformade de föreslagna lagtexten. Det bör dock framhållas att denna typ av dokumentation inte har någon tydlig status som rättskälla och att den således bör användas med viss försiktighet.

<sup>35</sup> KOM(90) 372 slutlig – SYN 293.

<sup>36</sup> Se Direktiv 2004/18, bilaga II B, kategori 27, övriga tjänster. Såsom direktivets uppdelning

avsett att denna typ av tjänst, i den mån den inte skulle vara undantagen via hyresundantaget, ska upphandlas efter annonsering enligt direktiven.

Det bör här nämnas att det framgår av EU-domstolens praxis att B-tjänster endast kan komma att omfattas av en primärrättslig skyldighet till annonsering i den mån tjänsten i en given upphandlingssituation är av ett bestämt gränsöverskridande intresse.<sup>37</sup> Vi har svårt att föreställa oss hur en ren hyresrätt, dvs. utan beaktande av eventuella byggtreprenadsarbeten eller varukontrakt, skulle vara av gränsöverskridande intresse. Tvärtom indikerar kommissionens motivering att skälet till att hyresavtal undantagits är just att potentialen för ett sådant intresse saknas. Med mindre än att de faktiska omständigheterna i det enskilda fallet indikerar något annat torde därför en upphandlande myndighet kunna utgå ifrån att gränsöverskridande intresse saknas vad avser rätt till fastighet.

Man skulle eventuellt kunna invända att B-tjänster likväl ska upphandlas enligt 15 kap. LOU eftersom vi i Sverige valt att reglera även dessa. Som framgår av förarbetena är det emellertid tydligt att den svenska lagstiftaren tolkat begreppet befintligt i hyresundantaget på ett sådant sätt att det endast avsett gränsdragningen mot byggtreprenad. Vid sådana förhållanden vore det enligt vår mening i strid med den svenske lagstiftarens intentioner att ”överreglera” hyresavtal till icke-befintliga byggnader på ett sådant sätt att dessa, i den mån de inte utgör byggtreprenader eller varukontrakt, ändå ska upphandlas som tjänst enligt 15 kap. LOU.

Såvitt vi kan utläsa synes det varken varit unionslagstiftarens eller den svenska lagstiftarens avsikt att särskilt reglera sådana hyresavtal som avser icke-befintlig byggnad men som inte utgör byggtreprenad, varukontrakt eller avser någon annan upphandlingspliktig tjänst. Att lägga allt för stor fokus på begreppet befintlig skapar också, som generaladvokat Wahl antyder, en viss gränsdragningsproblematik eftersom det då måste fastställas i vilket skede av ett uppförande av en byggnad som byggnaden kan anses befintlig och fastighetsägaren kan därmed approachera myndigheter som hyresgäster.<sup>38</sup> Mot denna bakgrund vill vi föreslå att de som har att tillämpa 1 kap. 6 § LOU tolkar detta lagrum så att det undantar sådana avtal från lagens tillämpningsområde. Vi inser att detta i viss mån innebär en tolkning som är begreppsmässigt oförenlig med ordet ”befintlig” i upphandlingsdirektiven men anser samtidigt att de framgår av ”förarbetena” till det första tjänstedirektivet samt av EU-domstolens rättspraxis i framförallt *Impresa Pizzarotti* att en sådan tolkning är möjlig. Liksom

---

av A- och B-tjänster är alla tjänster som inte uttryckligen är A-tjänster B-tjänster. B-tjänster omfattas endast av direktivet i ytterst begränsad omfattning och inte av kraven på annonsering.

<sup>37</sup> Se domen kommissionen/Irland, C-507/03, EU:C:2007:676. För ytterligare diskussion kring den primärrättsliga regleringen av B-tjänster se Sundstrand, Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt, 2012, s. 101 f. samt s. 139 f.

<sup>38</sup> Se förslaget till avgörande *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:335, punkt 61.

regeringen i prop. 2006/07:128 är det vår uppfattning att ordet befintlig endast syftar till att fånga upp gränsdragningen mellan undantagna hyreskontrakt och upphandlingspliktiga byggtreprenader och inte, som Andrea Sundstrand synes föreslå, innebär en skyldighet att upphandla hyresrätt till icke-befintlig fastighet såsom tjänst.

Man skulle mot en sådan tolkning kunna anföra att det är en allmän upphandlingsrättslig princip att alla undantag från upphandlingsdirektiven ska tolkas restriktivt. Denna lokution förekommer ofta i upphandlingsrättslig litteratur och i svensk rättspraxis och även regeringen anknyter till denna princip då man i samband med just hyresundantaget anger att det "[a]v EG-domstolens praxis framgår att bestämmelser om undantag skall tolkas restriktivt och att det är den som åberopar undantaget som skall visa omständigheter som gör undantaget tillämpligt".<sup>39</sup>

Med ett sådant synsätt skulle man kunna argumentera för att en domstol vid bedömning av hyresundantagets tillämpningsområde ska välja den tolkning som ger undantaget ett så litet tillämpningsområde som möjligt och därför bör avfärda tanken på att hyresundantaget kan omfatta något annat än hyreskontrakt avseende just befintliga byggnader.

Vi anser emellertid att det finns anledning till viss försiktighet vid tillämpningen av denna "restriktivitetsprincip" på alla former av undantag från upphandlingsdirektiven och att de avgöranden från EU-domstolen som innehåller uttryck för denna princip inte utan vidare reflektion kan överföras på alla typer av undantag. I ovan citerade förarbetsuttalande hänvisar regeringen till EU-domstolens avgörande i *kommissionen mot Tyskland*.<sup>40</sup> Även ett antal andra mål förekommer som källa för ett påstående om att samtliga undantag i LOU ska tillämpas restriktivt och att det är den upphandlande myndigheten som åberopar undantaget som ska visa omständigheter som gör undantaget tillämpligt.<sup>41</sup>

Det kan emellertid konstateras att dessa avgöranden framförallt rört frågan om en upphandlande myndighet har haft rätt att tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av ett visst kontrakt.<sup>42</sup> Enligt

<sup>39</sup> Se prop. 2006/07:128, s 291.

<sup>40</sup> Domen kommissionen/Tyskland, de förenade målen C-20/01 och C-28/01, EU:C:2003:220.

<sup>41</sup> Se domen kommissionen/Tyskland, mål C-318/94, EU:C:1996:149, domen kommissionen/Italien, mål C-57/94, EU:C:1995:150, domen kommissionen/Italien, mål C-385/02, EU:C:2004:522, domen kommissionen/Grekland, mål C-394/02, EU:C:2005:336 och domen Stadt Halle och RPL Lochau, mål C-26/03, EU:C:2005:5.

<sup>42</sup> Märk dock att *Stadt Halle* rör tillämpningen av det så kallade *Teckal*-undantaget, efter domen *Teckal*, mål C-107/98, EU:C:1999:562, vilket är ett undantag för tilldelning mellan myndigheter under vissa omständighet. Undantaget finns idag återgivet i 2 kap. 10 a § LOU. Det ska dock märkas att förutsättningen för domstolens uttalande i detta mål om att undantag ska tillämpas strikt är att det rör sig om kontrakt som i och för sig faller inom direktivets "materiella tillämpningsområde".

vår mening är detta en annan form av undantag, som kräver en annan typ av tolkningsmodell, än den typ av materiellt motiverat undantag som hyresundantaget utgör. En myndighet kan välja att använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid en viss upphandling och ska därför visa att omständigheter föreligger som motiverar hans val av förfarande. Dessa omständigheter är angivna som rekvisit i lagen och det är därför naturligt att myndigheten bär åberopsbördan för just dessa omständigheter. Det rör sig också om varor, tjänster och byggtreprenader som normalt, om inte omständigheterna hade förelagat, skulle ha upphandlats i ett annonserat förfarande och det finns naturligtvis inget hinder mot att en myndighet, som visserligen skulle kunna visa omständigheter för förhandlat förfarande utan föregående annonsering, ändå väljer något av direktivets annonserade förfaranden. Att förhandlat förfarande utan föregående annonsering ska tillämpas restriktivt bygger således på att det rör sig om varor, byggtreprenader och tjänster som normalt ska upphandlas genom ett annonserat förfarande, dvs. omfattas av direktivets materiella tillämpningsområde, men där lagstiftaren, om myndigheten själv väljer detta, tillåter icke-annonsering under förutsättning att myndigheten kan visa att vissa särskilt angivna omständigheter föreligger.

Med undantaget för rätt till fast egendom är det annorlunda. En myndighet kan inte välja huruvida ett visst kontrakt är ett hyreskontrakt eller inte utan detta bestäms helt av kontraktsföremålet. Det vore enligt vår mening fel att ge en myndighet åberopsbördan för att ett kontrakt är ett hyreskontrakt. Tvärtom måste detta kunna konstateras av en domstol *ex officio*, vilket också är fallet åtminstone ur ett hyresrättsligt perspektiv. Så är det inte med förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Om en myndighet genomfört ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering med hänvisning till synnerlig brådska är det inte möjligt för domstolen att *ex officio* pröva om grund funnits med hänvisning till att konstnärliga skäl föreligger. Däremot skulle det, enligt vår mening, vara fullt möjligt för en domstol att utan åberopande av part konstatera att fråga är om ett rent hyresavtal och att målet därför ska avvisas med hänvisning till 1 kap. 6 § LOU.

Enligt vår mening är det inte lämpligt att göra analogier mellan EU-domstolens praxis avseende myndigheters möjlighet att använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering och hyresundantagets tillämpningsområde och generellt säga att detta ska tolkas restriktivt. Istället måste hyresundantaget, som anger att vissa kontrakt ska falla utanför upphandlingsdirektivets tillämpningsområde, tolkas på ett sådant sätt att dess ändamålsenliga verkan säkerställs. Den som har att tillämpa hyresundantaget bör med andra ord fråga sig vad unionslagstiftaren hade för avsikt då denna införde undantaget och huruvida det är förenligt med denna avsikt att tilldela ett visst kontrakt med stöd av hyresundantaget. Vid en sådan tolkning bör särskilt respekteras att unionslagstiftaren, då denne ritat ut gränserna för direktivets tillämpningsområde, har haft en rad

olika intressen och hänsyn att ta ställning till och därvid försökt skriva direktivet på ett sådant sätt att en rimlig balans mellan dessa uppnås. Att då förespråka en restriktiv tolkning av alla definitioner som på något sätt innebär en inskränkning av direktivets tillämpningsområde skulle, enligt vår mening, riskera att störa den balans som lagstiftaren försökt uppnå och leda till en felaktig tillämpning av direktivet. Det ska noteras att EU-domstolen själv, trots att fråga varit om tolkning av hyresundantaget, aldrig angett att just detta undantag ska tolkas restriktivt. Med mindre än att EU-domstolen klart och tydligt anger att restriktivitetsprincipen gäller även för hyresundantaget, ser vi inte att det finns skäl för svensk domstol att tillämpa en sådan tolkningsprincip.

Tvärtom bör en sådan tolkning förespråkas, som för varje definitionsundantag tar hänsyn till vad som går att utröna om unionslagstiftarens eller EU-domstolens vilja med just det relevanta undantaget och som så långt som det är möjligt inom ramen för den nationella lagstiftningen försöker uppnå denna vilja. Enligt vad vi kan utröna kring lagstiftarens vilja med hyresundantaget leder en sådan tolkning till att hyresundantaget ska kunna användas på alla avtal som rör rätt till fast egendom så länge detta inte innebär att byggtreprenader, varor eller tjänster som lämpar sig för gränsöverskridande konkurrensutsättning undantas sådan. Detta innebär i sin tur att det som huvudregel torde vara möjligt att tillämpa hyresundantaget på ett hyresavtal avseende en icke-befintlig byggnad så länge hyresavtalet inte samtidigt utgör köp av antingen en byggtreprenad eller av någon vara eller tjänst som går utöver själva rätten till fastigheten och som på denna grund faller utanför undantagets tillämpningsområde.

Med detta sagt kan det emellertid konstateras att det inte torde vara ovanligt att ett hyresavtal avseende en icke-befintlig byggnad också innebär att myndigheten får ett sådant inflytande över byggnationens utförande att fråga blir om upphandlingspliktiga byggtreprenadarbeten. Vi kommer i nästa avsnitt behandla hur en sådan situation lämpligen kan hanteras.

## 5. ATT UPPHANDLA BYGGTREPRENADARBETEN INOM RAMEN FÖR ETT HYRESFÖRHÅLLANDE

Frågan uppstår hur man hanterar den situationen att ett upphandlingspliktigt byggtreprenadkontrakt ryms inom ett (undantaget) hyresavtal, till exempel på grund av att den upphandlande myndigheten har specificerat utförandet av lokalerna på ett sätt som går utöver vad som ryms inom en ”sedvanlig hyresgästtanpassning”. Vilken är den lämpligaste modellen för att konkurrensutsätta byggtreprenadarbetena?

Som vi ser det finns det tre olika tänkbara lösningar för en upphandlande myndighet som avser att flytta in verksamhet i lokaler som inte är befintliga och

som kommer att innebära sådana byggtreprepararbeten som ska konkurrensutsättas enligt LOU. Den första lösningen är att genomföra en offentlig upphandling av ett hyresavtal som medför byggtreprepararbeten. Myndigheten anger i annonsen att man önskar upphandla ett hyresavtal till en befintlig eller icke-befintlig fastighet som ska ligga inom ett visst angivet område och uppfylla vissa av myndigheten specificerade krav. Nackdelen med en sådan lösning är att bara anbudsgivare som antingen själva har tillgång till en fastighet inom det angivna området, eller som kan hitta en samarbetspartner som har det, har möjlighet att konkurrera om byggtrepreparaden. I de flesta orter i Sverige, med undantag från storstadsregionerna, är det förmodligen endast ett fåtal aktörer som skulle uppfylla kraven för att delta, dvs. som både äger en lämplig fastighet, har resurserna att genomföra byggtreprepararbeten och kan tänka sig att hyra ut fastigheten till myndigheten. Konsekvensen av lösningen blir således en sämre konkurrensutsättning av byggtreprepararbetena än vad som blivit fallet om myndigheten först valt fastighet och sedan sört för konkurrensutsättning av de entreprenadarbeten som ska ske på fastigheten.

Den andra lösningen som man skulle kunna tänka sig är att en upphandlande myndighet först ingår ett kontrakt om rätt till viss fastighet, men kräver, som ett villkor för att teckna hyresavtalet, att myndigheten ska få genomföra en formenlig upphandling av själva byggtreprepararbetena på fastighetsägarens fastighet. Vår erfarenhet är att denna typ av villkor avskräcker många fastighetsägare som inte kan tänka sig att ge ifrån sig rätten att genomföra upphandlingar vad avser byggnationer som ska ske på den egna fastigheten. Detta är särskilt fallet när den upphandlande myndigheten endast är en av flera hyresgäster på samma fastighet. I sådana situationer kan det leda till ökade kostnader och betydande ansvarsproblematik om den upphandlande myndighetens upphandling av entreprenör sker enligt andra villkor och potentiellt tilldelas en annan entreprenör än fastighetsägarens entreprenad avseende byggnaden i övrigt.

Den tredje lösningen är att upphandlande myndigheter väljer fastighetsägare fritt, bland såväl befintliga som icke-befintliga byggnader. I den mån myndighetens val av hyresvärd faller på en fastighetsägare vars fastighet är sådan att byggtreprepararbeten måste genomföras för att myndigheten ska kunna flytta in, och dessa byggtreprepararbeten är av sådan karaktär att upphandlingskyldighet utlöses, så förpliktigas fastighetsägaren att själv genomföra upphandling av sådana byggtreprepararbeten enligt LOU.

Grunden till denna lösning står att finna i EU-domstolens avgörande i *La Scala*-målet.<sup>43</sup> *La Scala*-målet rörde, bland annat, renoveringen av Scalateatern och uppförandet av en ny teaterbyggnad. I målet hade bygglov beviljats till en markexploatör som skulle låta uppföra vissa byggnadsverk. Den upphandlande

---

<sup>43</sup> Se domen *Ordine degli Architetti m.fl.*, C-399/98, EU:C:2001:401, punkt 100. Målet är även känt som *La Scala*-målet.



myndigheten i målet anförde, bland annat, att den enligt italiensk lag inte kunde välja avtalspart, utan endast innehavaren av den mark som exploateringen avsåg kunde vara avtalspart. Enligt EU-domstolen hindrade detta inte bedömningen av att markexploateringsavtalet i sig medförde en upphandlings-skyldighet.<sup>44</sup> EU-domstolen konstaterade emellertid att det inte med nödvändighet måste vara den upphandlande myndigheten själv som genomför upphandlingen enligt förfaranderegler i direktivet. Enligt EU-domstolen kan upphandlingsdirektivets ändamålsenliga verkan garanteras i lika hög grad om den upphandlande myndigheten enligt nationell lagstiftning kan förplikta markexploatören genom avtal att använda de förfaranden som föreskrivs i direktivet.<sup>45</sup>

Ett exempel på en *La Scala*-liknande lösning i svensk rätt är 3 kap. 2 § LOU. Enligt bestämmelsen ska LOU tillämpas på kontrakt vars värde överstiger tröskelvärdena och som avser vissa i bestämmelsen särskilt angivna typer av byggnader vilka upphandlas av någon annan än en upphandlande myndighet, eller av en upphandlande myndighet för någon annans räkning, om mer än 50 % av kontraktet finansieras av en upphandlande myndighet. Om förutsättningarna enligt lagrummet är uppfyllda, följer det av paragrafens andra stycke att den upphandlande myndigheten ska se till att LOU tillämpas av den som genomför upphandlingen av byggentreprenaden.

Genom att på detta sätt förpliktiga fastighetsägaren att själv genomföra upphandlingen enligt LOU ges fastighetsägaren möjlighet att själv råda över hur upphandlingen sker och vad som tillmäts betydelse vid utvärderingen av anbudet. Fastighetsägaren, som potentiellt ska förvalta fastigheten långt efter det att den upphandlande myndigheten har flyttat ut och som också avtalsrättsligt står som beställare av entreprenadarbetena, ges därmed också den rådighet över upphandlingen som rimligen bör tillfalla den i denna roll. Det bör dock understrykas att en sådan lösning, på grund av risken för jävsproblematik, sannolikt innebär att inget bolag med koppling till fastighetsägaren, kan tillåtas inkomma med anbud i upphandlingen.<sup>46</sup> Detta tydliggör också att fastighetsägarens intresse av det relevanta avtalet med myndigheten är just själva hyresförhållandet och inte de byggentreprenadarbeten som föregår detta.

Även om privata fastighetsägare kan vara ovana vid upphandlingslagstiftningen, så är det vår erfarenhet att de många gånger kan tänka sig att genomföra en upphandling enligt LOU. Under alla omständigheter kan en fastighetsägare ofta föredra denna (tredje) lösning framför de två lösningar som beskrivits ovan.

---

<sup>44</sup> Se a.a., punkterna 71–74.

<sup>45</sup> Se a.a., punkt 100.

<sup>46</sup> Jfr domen *Fabricom*, de förenade målen C-21/03 och C-34/03, EU:C:2005:127.

Den mest strukturerade kritiken mot denna (tredje) lösning förs av Andrea Sundstrand.<sup>47</sup> Som vi har förstått hennes resonemang kan det sammanfattas på följande sätt:

Det följer av EU-domstolens avgörande i *La Scala*-målet att det krävs stöd i lag för låta byggherren sköta upphandlingen. I Sverige saknas det en lag motsvarande den som var aktuell i *La Scala* och därför är det inte möjligt att överlåta upphandlingen på en byggherre på liknande sätt, då upphandlande myndigheter själva ansvarar för förfarandet enligt upphandlingsbestämmelserna. Stöd för en sådan inställning finns även i *Auroux m.fl.* där EU-domstolen konstaterade att en upphandlande myndighet inte är befriad från skyldigheten att tillämpa de förfaranden för offentlig upphandling av byggentreprenader som föreskrivs i direktivet på grund av att den har för avsikt att ingå kontraktet i fråga med en annan upphandlande myndighet oavsett skyldigheten för den andra upphandlande myndigheten att i sin tur tillämpa de anbudsförfaranden som föreskrivs i upphandlingsdirektiven.

Sundstrands argumentation är övertygande men vi anser att det finns utrymme för att tolka de relevanta avgörandena från EU-domstolen på ett annat, mindre restriktivt, sätt.

I *La Scala* anför EU-domstolen följande:

”Detta innebär inte att de kommunala myndigheterna med nödvändighet själva måste tillämpa de anbudsförfaranden som föreskrivs i detta direktiv för att de skall anses följa direktivet vid utförandet av ett anläggningsarbete. Den ändamålsenliga verkan av direktivet garanteras i lika hög grad om de kommunala myndigheterna enligt nationell lagstiftning genom avtal kan förplikta markexploatörer som beviljats bygglov att utföra avtalade arbeten genom att använda de förfaranden som föreskrivs i direktivet i syfte att fullgöra de skyldigheter som åligger den kommunala myndigheten enligt direktivet.”<sup>48</sup>

Sundstrand synes tolka denna skrivning som att det krävs ett uttryckligt lagstöd för att upphandlingen ska kunna genomföras av någon annan än myndigheten. Det centrala för den ändamålsenliga verkan av direktivet borde dock enligt vår mening vara att skyldigheten att iaktta förfaranderegler i direktivet är sådan att den kan åberopas vid domstol, inte att själva förpliktandet för byggherren står skrivet i författningstext. Enkelt uttryckt så borde det inte spela någon roll om en byggherre skriver på ett avtal som innebär att LOU ska följas, jämfört med om LOU måste följas på grund av att det framgår av en särskild lag. I båda fallen är skyldigheten att följa LOU sådan att den kan åberopas inför domstol. Enligt vår mening har EU-domstolen uttalat sig om förekomsten av nationell lagstiftning avseende markexploateringsavtal i just detta avgörande av den enkla

<sup>47</sup> Se Sundstrand, Offentliga byggentreprenadkontrakt – odelbara kontrakt och hyresundantaget, UrT 2015:1, s. 48.

<sup>48</sup> Se domen *Ordine degli Architetti m.fl.*, C-399/98, EU:C:2001:401, punkt 100.

anledningen att det utgjorde processmaterial i den nationella tvisten. EU-domstolens förhandsavgöranden behandlar i princip alltid frågor som är specifika för en viss medlemsstat, vid sidan av de principiellt viktiga uttalandena. Analysen av EU-domstolens avgöranden ska därför inte göras med utgångspunkt i en jämförelse med nationell rätt, utan snarare utifrån en förståelse för vilka principer som EU-domstolen försöker ge uttryck för.

Vad som krävs är att det är *möjligt* enligt nationell lagstiftning för en myndighet att förpliktiga tredje part att genomföra en upphandling enligt LOU. Vi ser inget hinder i svensk lagstiftning mot ett sådant förpliktigande utan det torde tvärtom vara fullt möjligt att genom avtal skapa ett sådant förpliktigande, även om detta inte uttryckligen anges i lag.

Vidare anser vi inte att det faktum att en byggherre skulle sköta upphandlingen skulle frånta den upphandlande myndigheten ansvaret för upphandlingen. I LOU finns, som ovan nämnts, redan ett exempel på att någon annan än en upphandlande myndighet kan genomföra själva upphandlingen. I 3 kap. 2 § LOU framgår att så ska ske när de specifika förutsättningarna enligt lagrummet är uppfyllda (dvs. exempelvis om en myndighet subventionerar byggandet av ett sjukhus till mer än hälften). I det andra stycket i denna paragraf anges att myndigheten ”ska se till att” LOU tillämpas om någon annan än myndigheten genomför upphandlingen. Av detta följer dels att ansvaret för att reglerna i LOU efterlevs alljämt är kvar hos den upphandlande myndigheten, och dels att det inte krävs någon särskild form av förpliktelse gentemot den som kommer genomföra upphandlingen. Som framgår av förarbetena till LOU kan förpliktandet lämpligen ske genom avtal.<sup>49</sup>

I RÅ 2004 ref. 48 avgjorde Högsta förvaltningsdomstolen ett mål avseende byggandet av ett idrottscentrum, där en upphandlande myndighet överlät åt ett privat bolag att, på myndighetens uppdrag, genomföra upphandlingar av underentreprenörer. Högsta förvaltningsdomstolen konstaterade att det var den upphandlande myndigheten som var rätt motpart för den sökande i målet, vilket alltså innebär att ansvaret för upphandlingarnas förenlighet med LOU fortsatt vilade på myndigheten trots att genomförandet av upphandlingen sköttes av det privata bolaget. Det kan även noteras att Högsta förvaltningsdomstolen inte på något sätt antydde att det rent generellt vore otillåtet (eller ens olämpligt) för en upphandlande myndighet att låta någon annan genomföra upphandlingen. Hade domstolen hyst denna uppfattning är det rimligt att anta att det hade framgått av domskälen.

När det gäller det andra av de argument vi har uppfattat att Sundstrand anför, dvs. att *Auroux m.fl.* anger ett förbud mot överföring av upphandlingsansvar mellan myndigheter, vill vi även här förespråka en annan tolkning av

---

<sup>49</sup> Prop. 2006/07:128 s. 313 f.

EU-domstolens avgörande. Bakgrunden till målet *Auroux m.fl.*,<sup>50</sup> som gällde uppförandet av ett nöjescentrum, är kortfattat följande. En upphandlande myndighet tecknade kontrakt (utan föregående annonsering) med ett halvoffentligt bolag. Enligt kontraktet skulle det halvoffentliga bolaget (SEDL) låta uppföra ett nöjescentrum. Kontraktet innehöll många olika typer av uppdrag, som exempelvis att anordna arkitektävling, förvärva fastigheter, genomföra projekteringar, utföra byggentreprenadarbeten och ombesörja ledning och samordning av projektet i allmänhet. I målet anför EU-domstolen följande:

”Det skall först och främst erinras om att direktivet inte innehåller några bestämmelser som gör det möjligt att avstå från att tillämpa direktivet på offentliga byggentreprenadkontrakt som ingås mellan två upphandlande myndigheter, även i det fallet att den andra upphandlande myndigheten är skyldig att lägga ut hela värdet av kontraktet på underentreprenörer och således skulle vara skyldig att tillämpa de förfaranden för offentlig upphandling som föreskrivs i direktivet.

I förevarande mål är det inte heller föreskrivet i avtalet att SEDL är skyldigt att lägga ut hela det ursprungliga kontraktet på underentreprenörer. Det förhåller sig dessutom så att, liksom generaladvokaten har påpekat i punkt 72 i sitt förslag till avgörande, när en andra upphandlande myndighet anlitar underentreprenörer, föreligger det en risk att föremålet för varje efterföljande kontrakt ofta kommer att avse endast en del av den totala upphandlingen. Detta kan leda till att värdet av de efterföljande upphandlingar som genomförs av en andra upphandlande myndighet kan vara lägre än det värde som anges i artikel 6.1 a i direktivet. Direktivets tillämpning kan således kringgås genom att en rad på varandra följande upphandlingar genomförs.”<sup>51</sup>

Som vi förstår EU-domstolens resonemang är domstolen oroad över att en överföring av upphandlingsansvaret från en myndighet till en annan kan medföra ett värdesläckage på så sätt att värden som skulle ha konkurrerats ut om upphandlingen hade genomförts av den överförande myndigheten inte konkurrerats ut genom den upphandling som den mottagande myndigheten genomför. Den mottagande myndigheten tillgodogör sig med andra ord värden som egentligen skulle ha konkurrerats ut.

Denna oro är naturligtvis förståelig men bygger på ett hypotetiskt resonemang som inte nödvändigtvis behöver vara sant i alla situationer och vi tror att uttalandet i stor utsträckning är färgat av den situation som förelåg i *Auroux m.fl.* Som EU-domstolen framhåller fanns det i *Auroux m.fl.* de facto inte någon skyldighet för den mottagande myndigheten att lägga ut det ursprungliga kontraktet på underentreprenörer och kontraktet innehöll dessutom en rad olika tjänster och byggentreprenader som det inte gick att utröna huruvida de skulle komma att konkurrerats ut eller inte.

<sup>50</sup> Se domen *Auroux m.fl.*, C-220/05, EU:C:2007:31.

<sup>51</sup> Se domen *Auroux m.fl.*, C-220/05, EU:C:2007:31, punkterna 66–67.

Om man däremot i ett enskilt fall kan visa att det faktiskt saknas risk för något sådant värdesläckage som EU-domstolen påtalar, och att det finns en tydlig förpliktelse i avtalet om att den privata parten ska lägga ut alla byggtreprenadarbeten som hyresavtalet kan medföra på konkurrensutsättning enligt LOU, har vi svårt att tänka oss att EU-domstolen skulle underkänna tilldelningen av ett sådant avtal. Det bör även noteras att domskälen i *Auroux m.fl.* överhuvudtaget inte uttrycker någon inskränkning av tillämpligheten av det tidigare avgjorda *La Scala*-målet, vilket rimligtvis bör tolkas så att möjligheten för en upphandlande myndighet att låta någon annan genomföra upphandlingen kvarstår. Enligt vår mening följer det dock av EU-domstolens avgörande i målet *Auroux m.fl.* att en förutsättning för en sådan överföring som diskuteras i *La Scala* är att det inte sker något läckage av sådant kontraktsvärde som rätteligen skulle ha konkurrensutsatts enligt LOU.

För upphandlande myndigheter som vill hyra vissa ännu ej färdigbyggda lokaler hänvisar Sundstrand även till möjligheten till expropriation som ett alternativ.<sup>52</sup> Det torde emellertid vara ovanligt att en upphandlande myndighets behov av lokaler sammanfaller med ett sådant expropriationsändamål som anges i 2 kap. expropriationslagen (1972:719) och expropriation kommer sannolikt inte framstå som ett realistiskt alternativ för de flesta myndigheter som ställs inför frågor om hyresundantagets tillämpning. Vår bedömning är att det finns ett väsentligen större tolkningsutrymme i LOU, även avseende icke-befintliga byggnader, för att säkerställa myndigheters lokalbehov än vad som erbjuds i expropriationslagen.

## 6. AVSLUTANDE KOMMENTARER

Som vi inledningsvis nämnde är det upphandlingsrättsliga regelverket ofta en aning snårigt, för att uttrycka sig diplomatiskt. Avsaknaden av vägledande avgöranden från EU-domstolen och tydlig lagtext medför ofta flera möjliga tolkningar av rättsläget, inte minst rörande de frågor vi har berört i den här artikeln.

Om LOU framstår som praktiskt otymplig så förlorar lagen i legitimitet bland dem som har att tillämpa den och ytterst riskerar vi att även välfungerande delar av lagstiftningen sätts i fråga. Den som i grunden anser att LOU är en bra och nödvändig lagstiftning bör därför alltid, då den står i valet och kvalet mellan olika rättsligt tänkbara lösningar, i första hand välja den lösning som framstår som rimlig för marknadens aktörer även om denna möjlighet någon gång innebär en mindre restriktiv tolkning av LOU:s bestämmelser.

---

<sup>52</sup> Se Sundstrand, Offentliga byggtreprenadkontrakt – odelbara kontrakt och hyresundantaget, UrT 2015:1, s. 67.

*Erik Olsson & Olle Lindberg*

Vad avser hyresundantaget innebär ett sådant synsätt att man lyfter blicken över direktivtexten och vid bedömningen av varje hyresavtal ställer sig frågan om det innehåller byggtreprenader, varor eller tjänster som de facto kan konkurrensutsättas på ett meningsfullt sätt och i så fall i vilket led och i vems regi som denna konkurrensutsättning lämpligen bör ske. Frågan om den specifika byggnadens vara eller inte vara vid tillfället för avtalets ingående kan emellertid lämnas därhän.