

PM 2 2013-03-14 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom direkttilldelning i strid mot bestämmelserna om offentlig upphandling (förtäckt byggtreprenad).

Ett kommunalt bostadsbolag har tecknat avtal med ett privat byggföretag om att förvärva en tomt jämte byggnad som endast finns på planeringsstadiet. Någon konkurrensupphandling av de entreprenadarbeten som blir aktuella för byggnadens uppförande har dock inte genomförts.

Det av Falköpings kommun helägda bostadsbolaget Falköpings Hyresbostäder AB¹ (nedan Hyresbostäder) har den 4 februari 2011 tecknat kontrakt (nedan Köpeavtalet) med Skanska Mark och Exploatering Bygg AB (nedan Skanska) om förvärv av en del av fastigheten Falköping Midgård 1² jämte köp av en därpå planerad, men ännu inte uppförd byggnad.

Den aktuella byggnaden – ett åttavånings punkthus med sammanlagt 35 bostadslägenheter om totalt c:a 2.205 kvm bostadsarea³ samt 310 kvm lokalyta för uppgivet restaurangändamål – överläts enligt Köpeavtalet som ”lös egendom – byggnad”. Av Köpekontraktet framgår bl.a. följande ”[Skanska] överlåter och försäljer till [Kommunen] den byggnad som [Skanska] avser uppföra före tillträdesdagen på den fasta egendomen i det utförande och på de villkor och förutsättningar som framgår av [bilagor till Köpekontraktet]”. Den aktuella byggnaden fanns således vid avtalstillfället endast på ritning, och är för närvarande (i februari 2013) fortfarande under uppförande.

Hyresbostäders avtal med Skanska har inte föregåtts av något annonserat upphandlingsförfarande, utan bostadsföretaget hänvisar till att någon upphandlingsskyldighet inte föreligger i det aktuella fallet eftersom, som det får förstås, Köpekontraktet avser upplåtelse av fastighet.

Avtalat vederlag för själva fastighetsöverlåtelsen uppgår enligt § 1 i Köpekontraktet till tre miljoner kronor⁴ medan vederlaget för byggnaden enligt § 2 samma kontrakt uppgår till ett huvudbelopp på 46,5 miljoner kronor⁵ som ska räknas upp med förändringar i entreprenadindex E84 fram till tidpunkten för tillträdet.⁶ Tillträde har ännu inte skett och beräknas enligt uppgift ske per den 1 oktober 2013. Vid en beräkning jml. entreprenadindex E84 skulle per den 31 december 2012 den aktuella köpeskillingen för byggnaden uppskattas till 49,2 miljoner kronor. Köpekontraktets sammanlagda kontraktsvärde uppgick således då till minst 52,2 miljoner kronor exklusive lagstadgad mervärdeskatt (moms), varav 3 miljoner kronor hänför sig till markvärdet.

¹ Falköpings Hyresbostäder AB (Hyresbostäder), med organisationsnummer 556196-6275, bildades den 1 februari 1978 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 13 mars samma år. Nuvarande firma registrerades den 29 augusti 1988. Tidigare firma har varit AB Grundstenen 537 samt Falköpings kommuns Hyresbostäder AB. Nu gällande bolagsordning registrerades den 4 maj 2011, enligt vilken bolaget har till föremål för sin verksamhet att ”att inom Falköpings kommun förvärva, avyttra, äga, bebygga och förvalta fastigheter eller tomträtter med bostäder, affärslägenheter, affärslokaler och därtill hörande kollektiva anordningar”. Hyresbostäder ägs till 100 procent av Falköpings kommun.

² Det aktuella markområde som är föremål för överlåtelse avser enligt Köpeavtalet ”...ett område med en beräknad areal av c:a 2 400 m² av fastigheten Falköping Midgård 1 i Falköpings kommun”. Till Köpeavtalet finns härjämte fogat en planritning, där den för överlåtelse aktuella fastighetsdelen är utmärkt.

³ I den planerade byggnadens sju bostadsplan kommer varje våningsplan att bestå av två 3-rumslägenheter om c:a 75 kvm, 2 st. 2-rumslägenheter om c:a 58 kvm samt en lägenhet 1,5-rumslägenhet på c:a 49 kvm. Detta ger sammanlagt c:a 315 kvm per våningsplan eller totalt (7x315=) c:a 2.205 kvm bofastadsarea i byggnaden. Härtill kommer (150+160=) 310 kvm lokalyta för planerat restaurangändamål, således totalt 2.515 kvm upplåtningssbar totalyta. – se vidare Hyresbostäders hemsida: www.hyresbo.se/bostadsomraden/midgard.

⁴ Beloppet avser inte mervärdeskattpliktig omsättning.

⁵ Beloppet angivet exklusive lagstadgad mervärdeskatt (moms).

⁶ Enligt § 2 i Köpekontraktet ska betalning vid tillträde ske efter en indexuppräknings av 46,5 Mkr enligt entreprenadindex E84 med december 2010 som basmånad. Avtalad köpeskillning uppgick efter indexberäkning E84 i december 2011 till (46,5 Mkr ./ 285,4 x295,9 =) 48,210 Mkr och i december 2012 till (48,210 ./ 102,8 x 104,9=) 49,195 Mkr.

Gällande rätt

Upphandling av offentliga varu- och/eller byggtreprenadkontrakt som påbörjats efter den 1 januari 2008 regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU.⁷ Lagen har kommit till som en följd av bl.a. Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/18/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet).⁸ För upphandlingar som har påbörjats⁹ efter den 15 juli 2010 har i LOU införts vissa ändringar med avseende på bl.a. tillgängliga rättsmedel.

Bestämmelserna i LOU är, såvitt några i lagen eller direktivet införda undantag inte anger motsatsen, tillämplig på samtliga kontrakt med ekonomiska villkor som avser byggtreprenader, varor eller tjänster och som ingår av s.k. *upphandlande myndigheter*, däribland kommunala bolag.¹⁰

Tillsynsmyndighet för offentlig upphandling är numera Konkurrensverket. Tidigare utövades tillsynen av Nämnden för offentlig upphandling (NOU).¹¹

Hur upphandling ska genomföras inom den s.k. klassiska sektorn¹² regleras för samtliga fall. Kontrakt avseende uppförande eller förvärv av en icke redan befintlig byggnad, där motparten är ett bygg- eller entreprenadföretag som på beställning ska låta uppföra den aktuella byggnaden samt överlåta densamma i färdigt skick till en upphandlande myndighet utgör ett förtäckt byggtreprenadkontrakt som ska upphandlas enligt LOU. Om kontraktsvärdet avseende ett sådant kontrakt inom den s.k. klassiska sektorn överstiger vid varje tidpunkt gällande tröskelvärde ska upphandlingen handläggas enligt de av EU-direktiv styrda bestämmelser som finns införda i 1 – 14 kap. LOU,¹³ som regel genom *öppen* eller *selektiv upphandling*.¹⁴ Vid den aktuella tidpunkten, i februari 2011, uppgick tröskelvärdet för byggtreprenadkontrakt inom den klassiska sektorn till 48.193.215 kronor.¹⁵

Av 2 kap. 13 § LOU framgår att med *offentlig upphandling* avses de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela ett kontrakt avseende varor, tjänster eller byggtreprenader. Med *kontrakt* avses vidare enligt 2 kap. 10 § LOU ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som (1) sluts mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer, (2) avser utförande av byggtreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster, och (3) undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur.

⁷ 2007 års lag har sedan den 1 januari 2008 ersatt den tidigare lagen (1992:1528) om offentlig upphandling. – För övergångsbestämmelser, se lagen (2007:1093) om upphävande av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling. Se vidare fotnot nedan.

⁸ Klassiska upphandlingsdirektivet ersätter sedan den 31 januari 2006 det tidigare gällande direktivet 92/50/EG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster (tjänsteupphandlingsdirektivet).

⁹ I lagförarbetena (prop. 2009/09:180, s. 374) anges att om ett avtal har slutits utan att upphandlingen har annonserats enligt bestämmelserna i LOU får upphandlingen anses påbörjad först när avtalet har slutits, såvitt den upphandlande myndigheten inte kan visa att ett upphandlingsförfarande enligt lagen rent faktiskt har påbörjats vid en tidigare tidpunkt.

¹⁰ Enligt 2 kap. 19 § andra stycket punkten 2 jämförd med 2 kap. 12 § LOU ska med upphandlande myndighet avses bl.a. sådana bolag som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär, och som till största delen är finansierade av en kommun eller vars verksamhet står under kontroll av en kommun eller i vars styrelse eller motsvarande ledningsorgan mer än halva antalet ledamöter är utsedda av en kommun.

¹¹ Från och med den första september 2007 övergick tillsynsansvaret över den offentliga upphandlingen till Konkurrensverket.

¹² Med ”klassiska sektorn” avses upphandling av varor, tjänster eller byggtreprenader som inte omfattas av lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster – LUF.

¹³ Om upphandlingsvärdet däremot understiger gällande tröskelvärde ska den istället genomföras enligt de nationella bestämmelser som numera finns införda i 15 kap. LOU, normalt genom förfarandet *förenklad upphandling* eller som en *urvalsupphandling* - se 15 kap 3 § första stycket LOU.

¹⁴ Se 4 kap. 1 § LOU.

¹⁵ Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärdet* fastställs av EU-kommissionen och tillkännages enligt 3 kap. 1 § LOU löpande av regeringen i Svensk författningssamling. Tillkännagivande ska ske angivet till exakt belopp i euro och svenska kronor. Tröskelvärdet för upphandling av bl.a. byggtreprenadarbeten inom den klassiska sektorn uppgick under perioden den 1 januari 2010 till och med den 29 september 2011, för upphandlande myndigheter som inte är centrala civila statliga myndigheter (jfr. Bilaga IV till det klassiska upphandlingsdirektivet) till 4,845 miljoner euro eller 48.193.215 kronor – se vidare Europeiska kommissionens förordning (1422/2007/EG) av den 4 december 2007 om ändring av europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG avseende de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden samt regeringens tillkännagivande (2010:53) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

I fråga om blandade kontrakt, vars olika delar är såpass sammanbundna att de inte kan separeras och sålunda bildar en odelbar enhet, ska dessa enligt en inom unionsrätten allmänt tillämplad *övertviksprincip*¹⁶ kontraktsvärdebestämmas och prövas som en helhet, och vid den rättsliga kvalificeringen bedömas på grundval av de bestämmelser som styr den del som utgör kontraktets huvudsakliga föremål eller dominerande beståndsdel. Ett blandat kontrakt av byggtreprenad-arbeten eller tjänster och varor ska enligt 2 kap. 21 § LOU bedömas som ett byggtreprenad- eller tjänstekontrakt om det huvudsakliga föremålet eller en dominerande beståndsdel utgörs av förekommande arbeten och som ett varukontrakt om det på motsvarande sätt är varorna som utgör det dominerade inslaget.

Enligt 1 kap. 9 § LOU gäller som huvudregel att all upphandling ska genomföras på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt med iakttagande av principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Upphandling ska således ske genom ett effektivt konkurrensutnyttjande varvid tänkbara leverantörer ska behandlas utan ovidkommande hänsyn. Därtill hör att anskaffning ska ske under öppna, dokumenterade och förutsebara former som medför lika behandling. Lagens bestämmelser medför att skattebetalarna skyddas mot onödigt höga kostnader och motverkar även korruption i offentlig sektor.

Från upphandlingsskyldighet enligt LOU stadgas emellertid undantag vid bl.a. förvärv eller upplåtelse av fast egendom. Det s.k. fastighetsundantaget, som finns infört i 1 kap. 6 § första stycket 1 LOU, avser enligt ordalydelsen ”*förvärv av fastighet, arrenderätt, hyresrätt, bostadsrätt, tomträtt, servitutsrätt eller någon annan rättighet till fastighet*”. Bestämmelsen bygger på artikel 16 a i klassiska upphandlingsdirektivet, varigenom aktuellt undantag omfattar ”*förvärv eller hyra, oavsett finansieringsform, av mark, befintliga byggnader eller annan fast egendom eller rättigheter till sådan egendom*” (KKO:s markering med understruken text). I lagförarbetena till LOU anförde regeringen bl.a. följande:

Förvärv av en befintlig byggnad, oavsett om förvärvet sker med eller utan marken, är enligt den föreslagna paragrafen förvärv av fastighet. Sannolikt avses [i EG-direktivet] fall, som berörs i anslutning till definitionen av byggtreprenadkontrakt i 2 kap. 3 §. Det kan, som [Upphandlingsutredningen] anför, vara fråga om en myndighet som behöver lokaler och som i stället för att låta uppföra en byggnad på egen mark låter ett byggföretag uppföra en byggnad efter myndighetens anvisningar på mark som inte ägs av myndigheten för att sedan förvärva fastigheten med den uppförda byggnaden. Det kan också, som utredningen anför, vara fråga om en myndighet som avser att hyra lokaler och som i stället för att först göra det och sedan låta bygga om dem uppdrar åt fastighetsägaren att låta utföra ombyggnaden efter myndighetens anvisningar och sedan hyra lokalerna.

Regeringen ansluter sig till utredningens bedömning att definitionen av byggtreprenadkontrakt leder till att de fall som nu beskrivits blir att anse som byggtreprenader och därför omfattas av lagens bestämmelser om offentlig upphandling och att det faktum att direktivet använder uttrycket ”befintlig” byggnad i artikel 16 syftar till att klargöra att undantaget inte omfattar byggtreprenadkontrakt. Undantaget i paragrafens första stycke punkt 1 skall således inte omfatta byggtreprenadkontrakt.¹⁷

Kontrakt avseende icke *befintlig* byggnad, d.v.s. byggnad som vid tidpunkten för parternas ursprungliga överenskommelse endast befunnit sig i planeringsstadium eller är under uppförande,

¹⁶ Av unionsrättslig praxis följer att i fråga om ett blandat kontrakt, vars olika delar i enlighet med meddelandet om upphandling är sammanbundna så att de inte kan separeras och sålunda bildar en odelbar enhet, ska transaktionen prövas i sin helhet vid den rättsliga kvalificeringen och bedömas på grundval av de bestämmelser som styr den del som utgör kontraktets *huvudsakliga föremål eller dominerande beståndsdel*. I dom av den 19 april 1994 i mål C- 331/92, *Gestión Hotelera*, REG 1992, s. I- 1329, pp. 23–26 fann EU-domstolen att ett blandat kontrakt av byggtreprenadarbeten och en koncession för drift av spelverksamhet (ett kasino i Las Palmas), att förfarandet skulle betraktas som en koncession i sin helhet, eftersom de bygg- och anläggningsarbeten som skulle utföras i anledning av kontraktet endast var av underordnad betydelse i förhållande till kontraktets huvudsakliga syfte, som bestod i att driva kasinoverksamheten. Upphandlingsbestämmelserna för bygg- och anläggningsarbeten var därigenom inte tillämpliga på kontraktet. Detta synsätt har senare etablerats och utvecklats till fast praxis -se bl.a. EU-domstolens dom av den 15 oktober 2009 i mål C-196/08 *Acoset*, REG 2009, s. I-9913, p. 45; av den 6 maj 2010 i mål C-145/08, *Club Loutraki*, REG 2010 s. I-4165, p. 48; av den 5 december 1989 i mål C- 3/88, *kommissionen mot Italien*, REG 1989, s. 4035, p. 19; av den 18 januari 2007 i mål C- 220/05, *Auroux*, REG 2007, s I-385, pp. 36 och 37; av den 21 februari 2008 i mål C-412/04, *kommissionen mot Italien*, REG, s. I-619, p. 47, samt av den 29 oktober i mål C- 536/07, *kommissionen mot Tyskland*, REG 2009, s. I- 0000, pp. 28, 29, 57 och 61).

¹⁷ Se prop. 2006/07:128, del 1, s. 290 ff.

faller således normalt utanför det s.k. fastighetsundantagets tillämpningsområde. Dyliga kontrakt ska istället, beroende på förhållandena i det enskilda fallet, handläggas enligt regelverket för upphandling av byggtreprenader eller tjänster¹⁸ enligt LOU.

Någon möjlighet för en upphandlande myndighet att utan tillämpning av LOU:s eller det klassiska upphandlingsdirektivet avtala om att förvärva en fastighet med byggnad som vid tillfället enbart befinner sig på ett ritnings- eller planeringsstadium föreligger således inte.¹⁹

Det aktuella regelverket anknyter till äldre bestämmelser i 1994 års ÄLOU²⁰ jämte det tidigare s.k. bygg- och anläggningsupphandlingsdirektivet (93/37/EG).²¹ I den tillsynspraxis som utvecklats av den tidigare Nämnden för offentlig upphandling har upphandlingsskyldighet ansetts föreligga i fråga om ett renodlat hyresavtal avseende ett polishus i Hässleholm. Även om den aktuella byggnaden inte kunde anses uppförd på anvisning av polismyndigheten bedömdes hyresavtalet ändå falla utanför det s.k. fastighetsundantagets tillämpningsområde eftersom vid tidpunkten för avtalets undertecknande den aktuella byggnaden inte förelåg annat än på planeringsstadiet.²²

Länsförsäkringar Göinge (ömsesidigt försäkringsbolag) hade utan föregående upphandling i konkurrens med andra företag fått i uppdrag att för Hässleholms kommuns räkning låta byggföretaget NCC uppföra en byggnad som delvis skulle utnyttjas som polishus. Av utredningen i ärendet framkom att polismyndigheten inte hade avsett att hyra hela byggnaden och att den aktuella huskroppen inte syntes ha planerats särskilt för polismyndighetens behov i sådan utsträckning att byggnaden kunde anses ha uppförts enligt myndighetens krav. Anskaffningen skulle således inte anses som en byggtreprenad. Polismyndigheten hade emellertid slutit avtalet om hyra innan det funnits någon befintlig byggnad. Undantaget i (dåvarande) LOU ansågs således inte tillämpligt utan lokalanskaffningen skulle ha upphandlats i konkurrens på marknaden.

Såväl den svenska undantagsbestämmelsen i nuvarande 1 kap. 6 § LOU som dess motsvarighet i artikel 16 klassiska upphandlingsdirektivet föreskriver samma reglering avseende hyra och övriga nyttjandeformer till fast egendom som avseende förvärv av sådan egendom. Förekommande begränsningar i undantagets tillämpning kan avseende rena hyresavtal således bedömas analogt med vad som gäller för kombinerade hyres- och förvärvsavtal (optionsavtal).

Förvärv av eller nyttjanderätt till byggnad som bara finns på planeringsstadiet har i flera andra fall bedömts av den tidigare Nämnden för offentlig upphandling (NOU).

I NOU:s årssammanställning för 1993-95, sid. 49 ff. refereras ett ärende angående en kommuns (Karlstad) upphandling av brandstationsbyggnad, vilken vid upphandlingstillfället inte existerade annat än i planer och ritningar. Ett anbud hade lämnats av ett byggföretag med erbjudande om att till kommunen överlåta den planerade byggnaden

¹⁸ Kontrakt avseende upplåtelse (hyra) av icke redan befintliga byggnader, där motparten, utan att vara ett bygg- eller entreprenadföretag, ska låta uppföra den aktuella byggnaden samt upplåta denna helt eller delvis till den upphandlande myndigheten utgör antingen finansiella tjänster (kategori 6) eller fastighetsanknutna tjänster (kategori 14) vilka båda utgör A-tjänster enligt bilaga 2 till LOU.

¹⁹ Vid en konflikt avseende tolkningen av nationella bestämmelser och bindande EU-direktiv skall nämligen direktivens avfattning enligt EU-domstolens praxis ges företräde framför däremot stridande nationella bestämmelser i det fall en avvikelse innebär att en direktivbestämmelse ger en enskild en rättighet och denna rättighet beskärs genom en nationell lagstiftning (se EU-domstolens dom den 5 februari 1963 i mål C-26/62, *van Gend en Loos*, REG 1963, s 1 samt den dom den 9 mars 1978 C-106/77, *Simmenthal*, REG 1978, s. 629. Se även RÅ 1996 ref. 50 med Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i mål nr. 2803-95 - *Buss i Uppland*).

²⁰ Under perioden den 1 januari 1994 till och med den 31 december 2007 reglerades offentlig upphandling av bl.a. byggtreprenadarbeten genom lagen (1992:1524) om offentlig upphandling – ÄLOU samt (till och med den 1 februari 2006) genom Europeiska rådets direktiv (93/37/EG) av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten (det s.k. bygg- och anläggningsupphandlingsdirektivet).

²¹ Se undantagsbestämmelsen, som tidigare fanns införd genom 5 kap. 1 § 2 st. 1 p. lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – ÄLOU och undantog kontrakt avseende ”*anskaffning av eller nyttjanderätt till byggnad*”. Till grund för undantaget låg artikel 1 (a) punkten (iii) i det dåvarande, av Europeiska gemenskapernas ministerråd utfärdade direktivet 92/50/EG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster (tjänsteupphandlingsdirektivet). Den aktuella direktivtexten undantog: ”*förvärv eller hyra, oavsett finansieringsform, av mark befintliga byggnader eller annan fast egendom eller rättigheter till sådan, dock skall varje form av kontrakt om finansiella tjänster som sluts samtidigt med, före eller efter förvärvs- eller hyreskontraktet omfattas av detta direktiv*”. I bestämmelsens engelska avfattning användes uttrycket ”*existing building*”. I Upphandlingsutredningens (SOU 2005:22, s. 244 f.) förslag till nu gällande lag om offentlig upphandling (2007 års lag) framgår att begreppet ”fastighet” som vid bl.a. hyra skall undantas från lagens tillämpning anknyter till jordabalksdefinitionen av vad som utgör fastighet och fastighetstillhörighet (1 kap. 1 § samt 2 kap. JB). Definitionen föreslogs därutöver att utökas till att omfatta ”*befintliga byggnader som tillhör annan än ägaren till jorden*” (3 kap. 4 § författningsförslaget).

²² Se Nämnden för offentlig upphandling (NOU) – Dnr. NOU 1999/0188-29.

när den var färdiguppförd. Priset var fastställt mellan parterna. Kommunen ansåg att avtalet inte innefattade någon entreprenad utan fastighetsköp och att undantag från ÅLOU därför förelåg. Nämndens uppfattning var emellertid att avtalet mellan kommunen och byggföretaget innefattade en entreprenadupphandling, eftersom brandstationsbyggnaden inte var uppförd när anbudet lämnades. EFTA:s dåvarande övervakningsmyndighet (ESA) intresserade sig för ärendet och begärde information från den svenska regeringen. Leverantören återkallade senare sitt anbud och avtalet fullgjordes aldrig.

I ärendet NOU 65/99-21 behandlades ett kommunalt företags (Lilla Edets Industri & Fastighets AB:s - LEIFAB) planerade köp av industrihall som enbart fanns på ritning. Ett privat byggföretag hade utan föregående upphandling i konkurrens med andra företag fått i uppdrag att för LEIFAB:s räkning uppföra en industrihallsbyggnad. Efter genomgång av ärendet angav nämnden att om ett bolag vill arrendera mark av en upphandlande myndighet för att bygga för en kunds räkning och avsikten är att byggnaden ska kvarstå i bolagets ägo blir det fråga om ett avtal som omfattas av undantaget i (dåvarande) 5 kap. 1 § 2 st. 1 p. ÅLOU. Om avsikten däremot är att bolaget ska uppföra byggnaden för att därefter sälja densamma till den upphandlande myndigheten eller om bolaget får option om en sådan försäljning blir det fråga om ett byggentreprenadavtal som ska upphandlas.

I ärendet NOU 2002/0203-29 behandlades en kommuns (Eskilstuna) försäljning av mark till ett privat byggföretag, mot att företaget skulle uppföra tre idrottsarenor som kommunen åtog sig att hyra i minst 25 år. Detta uppmärksammades bland annat av EU-kommissionen, som angav att avtalen mellan kommunen och byggföretaget strider mot (det vid tidpunkten gällande) bygg- och anläggningsupphandlingsdirektivet (93/37/EEG) i de delar som avtalen innebär dels att byggföretaget ska uppföra idrottsanläggningar som kommunen utfäster sig att hyra, dels att byggföretaget ska anlägga gator, allmänna platser och VA-anordningar. I ett yttrande till regeringen, vilken hade att besvara vissa frågor från EU-kommissionen i anledning av förfarandet, anförde NOU att avtalen mellan kommun och byggföretaget angående vägar, allmänna platser och VA i väsentliga avseenden påminner om den situation som var aktuell i EU-domstolens avgörande i det s.k. La Scala-målet (se nedan). I båda fall innebär avtalen att exploatören befrias från offentligrättsliga avgifter till en kommun mot att han uppför anläggningar som kommunen annars skulle ha låtit uppföra i egen regi. NOU instämde i EU-kommissionens uppfattning att tilldelningen av kontrakten angående anläggande av gator, allmänna platser och VA-anordningar borde ha skett enligt byggdirektivets bestämmelser. Efter att kommunen genomfört vissa förändringar i avtalskonstruktionen med byggföretaget, avskrevs ärendet av EU-kommissionen, och gick således aldrig vidare till EU-domstolen.

Vidare förtjänar från svensk nationell rättspraxis nämnas följande avgöranden:²³

Kammarrätten i Göteborg hade att bedöma en serie överenskommelser där en kommun (Torsby) hade beslutat ingå avtal om hyra och option på senare förvärv av ett badhus som enbart fanns på ritning. Någon upphandling genomfördes aldrig. Kommunen skulle inte lämna uppdraget att uppföra badhuset direkt till det berörda byggföretaget utan överenskommelsen arrangerades genom en ideell förening kallad "Team Torsby", vilken skulle lämna byggföretaget i uppdrag att uppföra badhuset och i sin tur sedan hyra ut denna till kommunen. Så småningom (efter 10 år) skulle kommunen förvärva badhuset i sin helhet från föreningen.

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) yttrande i målet att uppförandet av en byggnad efter beställarens riktlinjer ska vara att anse som en byggentreprenad. Byggnader som är av speciell karaktär såsom värmeverk, skola, sjukhus, brandstation eller liknande får enligt nämnden presumeras vara planerade för den upphandlande myndighetens räkning.²⁴ Sådana specialbyggnader som en upphandlande myndighet typiskt sett är ålagd att tillhandahålla faller således utanför undantagsbestämmelsens tillämpningsområde och ska upphandlas som byggentreprenader. Är det däremot fråga om byggnader som vem som helst kan tänkas köpa och som inte planerats för den upphandlande myndigheten menar nämnden att sannolikt undantaget i (dåvarande) 5 kap. 1 § 2 st. 1 p. ÅLOU kan användas redan före byggnationen. Även uppförandet av byggnader som har ett allmänt intresse, såtillvida att även andra skulle kunna tänkas visa intresse köpa dem, ska upphandlas enligt lag under förutsättning att de planeras för den upphandlande myndigheten eller uppförts enligt myndighetens krav och önskemål.²⁵

²³ Båda fallen hade föregåtts av bedömning i Konkurrenskommissionen, se KKO 99-039 samt KKO 00-069.

²⁴ Enligt fastighetstaxeringslagen (1979:1152) - FTL beskattas fastigheter bland annat med ledning av på fastigheten uppförda byggnaders användningsområde, där t.ex. "industribyggnader" och "specialbyggnader" utgör skilda kategorier. Till kategorin "specialbyggnader" räknas bland annat sport- och idrottsanläggningar, skolbyggnader samt byggnader för kulturellt ändamål såsom bl.a. teater, biograf m.m., vilka är skattebefriade (2 kap. 2 § FTL).

²⁵ Sammanfattningen av nämndens yttrande är hämtad från Kammarrätten i Göteborg, reciten i mål nummer 3859-1999, Tommy Åhlfelt Bygg AB mot Torsby kommun (se fotnot 13).

Kammarrätten, som i sina domskäl utgick från NOU:s yttrande, konstaterade bl.a. att definitionen av byggentreprenad (public works contracts²⁶) enligt gällande gemenskapsrättsliga direktiv²⁶ inkluderar även sådana situationer där en leverantör för upphandlande myndighets räkning och enligt dennas anvisningar låter någon uppföra en byggnad på mark som inte ägs av myndigheten och förbinder sig att överlåta eller hyra ut marken och byggnaden till myndigheten vid ett senare tillfälle. Kammarrätten fann därvid att de aktuella avtalen mellan kommunen och föreningen Team Torsby omfattades av definitionen byggentreprenad enligt gällande gemenskapsrättsliga direktiv samt förordnade att upphandlingen skulle göras om. Domen har vunnit laga kraft.²⁷

Länsrätten i Värmlands län hade att bedöma en serie överenskommelser där en kommun (Karlstad) hade beslutat ingå avtal med ett privat byggföretag om försäljning av kommunal fastighet samt att kommunen skulle hyra och senare eventuellt förvärva en på fastigheten belägen byggnad som för kommunens specifika behov avsågs byggas om till idrottshall men där ombyggnaden vid beslutstillfället endast var på planeringsstadiet.

Länsrätten konstaterade i ett interimistiskt avgörande att fråga var om ett avtalskomplex för vilket det förelåg sannolika skäl för att lagen om offentlig upphandling skulle bli tillämplig samt meddelade interimistiskt förbud för kommunen att träffa avtal eller på annat sätt fastställa något som rör ombyggnaden av fastigheten. Kommunen upphävde senare sitt beslut och sålde den aktuella fastigheten till en helt annan aktör, utan att avtalet även innefattade någon entreprenad eller hyresöverenskommelse. Målet avskrevs därefter från länsrättens vidare handläggning.²⁸

Inte heller gemenskapsrättsliga bestämmelser medger undantag i angivet avseende. När en upphandlande myndighet uppdrar åt någon annan att utföra en byggentreprenad, ska enligt EU-kommissionens riktlinjer²⁹ detta anses utgöra ett offentligt upphandlingskontrakt som ska underkastas ett offentligt upphandlingsförfarande.³⁰

Föreligger inte något i lagen särskilt angivet undantag ska LOU tillämpas på samtliga avtal avseende köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggentreprenader eller tjänster. Lagens och direktivets här redovisade bestämmelser är tvingande för de upphandlande myndigheterna. Bestämmelserna behöver emellertid, enligt 1 kap. 7 § LOU, inte tillämpas vid upphandling av tjänster från en annan upphandlande myndighet som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt (s.k. rättsligt monopol) på att utföra dessa. Den omständligheten att en upphandlande myndighet tror sig veta att enbart viss leverantör rent faktiskt kan komma ifråga för leverans av vissa tjänster (s.k. faktiska ensamsituationer) medför däremot inte undantag från huvudregeln att upphandling i enlighet med lagens bestämmelser ändå måste genomföras.³¹

²⁶ Europeiska rådets tidigare direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av kontrakt vid offentlig upphandling av tjänster, varor samt bygg- och anläggningsarbeten (bygg- och anläggningsupphandlingsdirektivet) – numera ersatt genom det klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG).

²⁷ Kammarrätten i Göteborg, dom den 8 oktober i mål 3859-1999 (se fotnot 11).

²⁸ Länsrätten i Värmlands län, beslut den 11 december 200 samt den 18 november 2002 i mål 1876-00.

²⁹ Se EU-kommissionen, "Guide to the Community rules on open government procurement", (87/C 358/01) "Vademecum" s. 27.

³⁰ Förfarandet ska enligt EU-domstolens praxis genomföras oberoende om finansieringen sker med hjälp av den upphandlande myndighetens eget kapital, genom lånat kapital eller helt eller delvis finansieras av leverantören -se EU-domstolens dom av den 12 juli 2001 i mål C-399/98, *la Scala*, REG 2001, s. I-5409. Domstolen hade att bedöma ett större byggnadsprojekt där en kommun (Milano) utan föregående upphandlingsförfarande hade tilldelat ett allmännyttigt entreprenadkontrakt till ett byggkonsortium, mot att konsortiet skulle få avräkna vissa stadsplaneringsavgifter det annars vore skyldigt att erlägga. Möjligheten att sluta ett sådant avtal reglerades i nationell (Italiensk) lagstiftning. Fråga uppkom bl.a. huruvida detta kontrakt innehöll "ekonomiska villkor" enligt definitionen i (då gällande) artikel 1 (a) bygg och anläggningsdirektivet (93/37/EEG). EU-domstolen uttalade att den nationella domstolen redan gjort bedömningen att konsortiet mottog vederlag genom att stadsplaneavgiften avräknades och att denna tolkning garanterade direktivets ändamålsenliga verkan. Mot denna bakgrund fann EU-domstolen att avtalet innehöll ekonomiska villkor. Upphandlingsskyldighet förelåg därmed.

³¹ EU-domstolens dom den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28-01, *Kommissionen mot Tyskland*, REG 2003 s. I- 3609. Målen gällde bl.a. fråga om upphandling av omhändertagande av avfall. Central rättsfråga i målen utgjorde huruvida en upphandlande myndighet kan lägga sin subjektiva uppfattning att inga andra leverantörer rent faktiskt kan komma ifråga till grund för att underlåta infordran av anbud i konkurrens på den allmänna marknaden. Förbundsrepubliken Tyskland medgav att de i EG:s upphandlingsdirektiv stadgade villkoren för att underlåta anbudsinfordran från flera företag inte hade uppfyllts, men hänvisade till att den valda leverantören rent faktiskt var det enda företag som i praktiken kunde tilldelas kontraktet och att en ny upphandling inte skulle ändra detta förhållande (se punkten 57).

Domstolen, som emellertid inte fann att detta kunde utgöra tillräckligt skäl för att underlåta upphandling i konkurrens på den allmänna marknaden, uttalade bl.a. att ett förfarande som används på grund av att det föreligger skäl för undantag (i målet var det ett tekniskt skäl som åberopades) måste vara förenligt med de grundläggande principerna i gemenskapsrätten, särskilt icke-diskrimineringsprincipen och att "risken för att denna princip åsidosätts är särskilt hög när en upphandlande myndighet beslutar att en viss upphandling inte skall ske i konkurrens" (se punkterna 62 och 63). Förbundsrepubliken Tyskland fälldes således av EU-domstolen för att ha åsidosatt EG:s upphandlingsdirektiv 92/35/EEG (tjänstepupphandlingsdirektivet). Efter domstolens avgörande har Europeiska kommissionen inlett ett nytt förfarande gentemot

Oberoende av kontraktsvärdet föreligger det som regel en obligatorisk skyldighet för upphandlande myndigheter att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag samt genom annons offentliggöra sina upphandlingar. Vid upphandling enligt de direktivstyrda bestämmelserna i 1-14 kap. LOU föreligger det en obligatorisk skyldighet för upphandlande myndigheter att offentliggöra sina upphandlingar genom en annons om upphandling som på snabbaste lämpliga sätt ska sändas till Europeiska kommissionen,³² för publicering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT)³³ och i databasen TED.³⁴

Samtliga från den upphandlande myndigheten fristående juridiska personer som tillhandahåller den aktuella typen av tjänster ("leverantörer") ska därvid lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud ("anbudsansökan").

Under följande förutsättningar föreligger dock enligt 4 kap. 5 § LOU eller 15 kap. 5 § LOU undantag från skyldigheten till annonsering:

- om arbetena av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan utföras av endast en viss leverantör,
- om det är absolut nödvändigt att genomföra upphandlingen, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller kan hänföras till den upphandlande myndigheten, gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid ett annonserat förfarande,
- om upphandlingen gäller tillägsarbeten av den ursprungliga leverantören som inte omfattas av det först avsedda projektet eller av en föregående upphandling, men som på grund av oförutsedda omständigheter blivit nödvändiga för arbetets utförande, under förutsättning att tillägsarbetena inte utan tekniska eller ekonomiska olägenheter kan skiljas från det ursprungliga upphandlingskontraktet, eller att tillägsarbetena är absolut nödvändiga för att byggtreprenaden skall kunna slutföras, eller
- om upphandlingen gäller nya arbeten som består enbart av en upprepning av arbeten ingående i ett projekt som tidigare varit föremål för öppen eller selektiv upphandling och arbetena tilldelas samma leverantör som tidigare fått upphandlingskontraktet, om dessa nya arbeten beställs inom tre år efter det att det ursprungliga kontraktet slöts och värdet av de nya arbetena ingått i tröskelvärdeberäkningen och annonserats i samband med det ursprungliga projektet.

Vidare kan direktupphandling tillämpas enligt 15 kap. 3 § LOU om det föreligger synnerliga skäl såsom exempelvis lågt värde³⁵ eller synnerlig brådska som inte kan hänföras till den upphandlande myndigheten. Dessa undantagsbestämmelser äger dock inte tillämpning på kontrakt som ska bedömas enligt det direktivstyrda regelverket i 1-14 kap. LOU.

Någon möjlighet att under andra förutsättningar upphandla entreprenadarbeten direkt från en viss extern³⁶ leverantör föreligger däremot inte.

Med stöd av de ändringar som infördes i LOU från och med den 15 juli 2010 ges förfördelade konkurrenter som klagar på en otillåten direkttilldelning möjlighet att få kontraktet ogiltigförklarat i domstol.

Enligt nuvarande 16 kap. 13 § LOU³⁷ ska rätten, på talan av skadelidande leverantör, besluta att ett avtal som har slutits direkt mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om

Förbundsrepubliken Tyskland i syfte att även tvinga fram omedelbart upphörande av de avtal som tecknats i den kritiserade upphandlingen (Se EU-kommissionen pressmeddelande den 25 oktober 2004- IP/04/1294 jfr även pressmeddelande den 31 mars 2004 – IP/04/428).

³² 2 § förordningen (2007:1099) om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

³³ Före den 1 december 2009 istället Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT).

³⁴ Tenders Electronic Daily (TED) är Europeiska unionens databas för annonsering av bl.a. offentlig upphandling. Databasen utgör ett tillägg till Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och publicerar annonser som har skickats till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer (OPOCE).

³⁵ Med *lågt värde* avses ett kontraktsvärde uppgående till högst 15 procent av gällande tröskelvärde för varor och tjänster, vilket ifråga om inom den klassiska sektorn i februari 2011 medgav direktupphandling upp till maximalt 287.965 kronor per bokföringsår, se 15 kap. 3 § andra stycket LOU.

³⁶ Interna transaktioner mellan en upphandlande myndighet och en fristående juridisk person som den upphandlande myndigheten är ägare eller delägare av och utövar kontroll över och som bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den upphandlande myndigheten och övriga ägare, är enligt det s.k. in-house-undantaget i 2 kap. 2 a § LOU (senast ändrad genom lag 2012:392).

avtalet har slutits utan föregående annonsering och något undantag från kravet på annonsering inte visas föreligga. Rätten får emellertid, enligt 16 kap. 14 § LOU, besluta att avtalet trots allt får bestå om det skulle föreligga tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Bevisbördan för sådant undantag åvilar den upphandlande myndigheten.

Talan om ogiltighet av avtal enligt 16 kap. 5 och 17 §§ LOU kan föras hos allmän förvaltningsdomstol (förvaltningsrätt) inom sex månader från det att avtal har slutits.

Den upphandlande myndigheten kan vid otillåten direkttilldelning också förpliktas utge s.k. upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § LOU. Även denna sanktion har införts i LOU med verkan från och med den 15 juli 2010, och innebär att allmän förvaltningsdomstol på talan av Konkurrensverket kan förordna att en särskild straffavgift ska betalas av den upphandlande myndighet som har slutit avtal med en leverantör utan iakttagande av föreskrifterna om föregående annonsering i LOU. Upphandlingsskadeavgift ska enligt 17 kap. 4 § LOU uppgå till lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor. Avgiften får dock inte överstiga tio procent av det aktuella kontraktsvärdet.³⁷ Ansökan om utdömmande av upphandlingsskadeavgift ska enligt 17 kap. 7 § LOU ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts.

Yttrande

Hyresbostäder har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, utan att inom anvisad tid inkomma med något svar.

Bedömning

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp som uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att blanda samman myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen.

Hyresbostäder är en sådant offentligt styrt organ (upphandlande myndighet) som är skyldigt att iakttä regelverket i LOU. Av utredningen i ärendet framgår att Hyresbostäder i februari 2011 tecknat ett avtal, Köpekontraktet, som innebär köp av mark för 3 miljoner kronor och av en byggnad för uppskattningsvis (december 2012) 49,2 miljoner kronor.

Den således förvärvade byggnaden har i Köpekontraktet angivits som ”lös egendom - byggnad” och var vid kontraktsdatum ännu på planeringsstadiet. Kontraktet avser i aktuellt avseende inte något förvärv av någon befintlig byggnad. Det s.k. det s.k. fastighetsundantaget i 1 kap. 6 § LOU kan därför inte göras tillämpligt på Köpekontraktet, vilket med stöd av den s.k. överviktsprincipen i bl.a. 2 kap. 21 § LOU rätteligen ska kategoriseras som ett byggtreprenadkontrakt.

Eftersom kontraktsvärdet vid tidpunkten för Köpekontraktet överstiger gällande tröskelvärde skulle upphandlingen rätteligen ha genomförts med ledning av de direktivstyrda bestämmelserna för byggtreprenadupphandling i 1 – 14 kap. LOU.

En annons om upphandling skulle således som huvudregel ha skickats till Europeiska kommissionen för annonsering i EUT och TED.

Någon lagstadgad ensamrätt föreligger inte som medför att endast Skanska kan komma ifråga för att uppföra bostadshus åt Hyresbostäder. Synnerlig brådskas, orsakad av omständigheter som inte har kunnat förutses och inte heller beror på Hyresbostäder, har inte ens påståtts föreligga. Tidigare konkurrensupphandling har vidare aldrig genomförts, varför det aktuella Köpekontraktet varken kan innefatta tilläggsbeställningar eller upprepningsarbeten. Det är heller inte så att arbetena att låta

³⁷ Bestämmelserna i 16 kap. LOU har genom ändringsförfattning (2011:1030) kommit att byta plats, och följaktligen även numrering i lagen. Ändringarna avser enligt övergångsbestämmelserna enbart upphandlingar som har påbörjats efter ikraftträdandet den 1 november 2011. Äldre numrering gäller således för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Här åberopas dock bestämmelserna i 16 kap. LOU enligt sin (nuvarande) inbördes numrering, efter den 1 november 2011.

³⁸ Enligt praxis brukar upphandlingsskadeavgiften fastställas till mellan 7 och 8 procent av kontraktsvärdet.

uppföra ett hyreshus i Falköping av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan tillhandahållas endast av Skanska.

Köpekontraktet mellan Hyresbostäder och Skanska har således kommit till i strid mot bestämmelserna om offentlig upphandling. Konkurrensen har därmed snedvridits samtidigt som förtroendet för Hyresbostäder som upphandlare har undergrävts.

Det har numera gått så lång tid från kontraktsdatum att de i LOU förekommande rättsmedlen, ogiltighet eller upphandlingsskadeavgift inte längre kan göras gällande. På grund av det icke obetydliga värde som avtalet omfattar, samt med beaktande av att Sverige tidigare har fått kritik för liknande överträdelse, medför förfarandet dock risk för att Sverige kan komma att stämmas inför EU-domstolen för fördragsbrott.