

Under vilka förutsättningar kan upphandlande myndigheter tillämpa hyresundantaget?

STOCKHOLM | SEPTEMBER 2023

Under de senaste åren har svensk praxis blivit alltmer restriktiv avseende hyresundantagets tillämpningsområde för upphandlande myndigheter, vilket har medfört gränsdragningsproblematik. Problematiken grundar sig i hyresavtal som kombineras med projektering för, och utförande av, entreprenadarbeten. Tidigare fanns en uppfattning att så länge "entreprenadarbetena" upphandlades enligt LOU, så kunde hyresavtalet undantas. Frågan är om detta alltjämt är gällande.

Bakgrund

Många gånger önskar myndigheter att den lokal som ska hyras eller hyrs anpassas till myndighetens behov och önskemål och att hyresvärden, inom ramen för hyresavtalet, tar på sig att göra sådana anpassningar. Det förekommer också att fastighetsägare/hyresvärdar uppför helt nya byggnader/lokaler, som en myndighet framgent avser att hyra. Det kan då uppstå situationer där ett kontrakt innehåller både inslag av hyra som undantas från lagens tillämpningsområde och byggentreprenad som omfattas av annonseringsplikten enligt LOU, det vill säga ett blandat kontrakt. Då uppstår frågan huruvida kontraktet är delbart eller odelbart, om kontrakten huvudsakligen avser hyra eller de arbeten som ska utföras med anledning av anskaffningen.

Möjligheten att undanta hyreskontrakt från upphandlingsreglerna där myndigheten har haft inflytande vid utförande av byggnadsverket eller vid en ombyggnation har kommit att prövats flertal gånger i underrätterna. Gränsdragningsproblematiken skildras bl.a. i Förvaltningsrätten i Stockholm dom i mål nr 3522–21 avseende Konkurrensverkets tillsynsbeslut mot Domstolsverket med dnr 502/2020, och visar på en – i vårt tycke – alltför restriktiv syn på undantagets tillämplighet, vilket även speglas i Sveriges Kommuner och Regioner (SKR)s vägledning ”Gäller LOU vid hyra av lokal?”

Konkurrensverket

Konkurrensverket ansåg att Domstolsverkets anskaffning avseende en ny domstolsbyggnad där ett hyresavtal, genomförandeavtal och entreprenadavtal ingåtts var en otillåten direktupphandling.

I tillsynsbeslutet framhävde Konkurrensverket att när ett projekt består av såväl upphandlingspliktiga som icke upphandlingspliktiga anskaffningar som har införskaffats genom separata avtal, är det viktigt att göra en bedömning om projektet utgör en helhet och om de aktuella kontrakten är objektivt delbara eller inte. Konkurrensverket betonade särskilt att samtliga anskaffningar som är upphandlingspliktiga måste konkurreras ut och att endast vissa delar av ett projekt konkurreras ut inte läker en bristande annonsering av en anskaffning enligt ett annat upphandlingskontrakt. Enligt Konkurrensverket utgjorde det huvudsakliga kontraktsföremålet ett upphandlingspliktigt byggentreprenadkontrakt. Konkurrensverket menade därför att Domstolsverket hade brutit mot annonseringsplikten i 10 kap LOU, eftersom Domstolsverket valde att inte konkurreras ut leverantörer inför uppförandet av ny domstolsbyggnad och därefter tecknade hyresavtal med samma leverantör.

Förvaltningsrätten

I likhet med Konkurrensverket ansåg förvaltningsrätten att anskaffningen, där Domstolsverket ingick ett hyresavtal, genomförandeavtal och entreprenadavtal avseende uppförande av en ny domstolsbyggnad, var en otillåten direktupphandling. Förvaltningsrätten menade att det huvudsakliga syftet med samarbetet medförde att byggnaden skulle genomföras enligt Domstolsverkets specifikationer och att kontraktet var att anse som ett upphandlingspliktigt byggentreprenadkontrakt. Avtalen som reglerade samarbetet ansågs vara beroende och sammanlänkande med varandra på ett sådant sätt att det inte hade varit möjligt att endast upphandla byggentreprenaden och undanta övriga avtal från upphandlingsplikten, trots att Domstolsverket hade genomfört (delvis) annonserade upphandlingar av samtliga tjänster och byggentreprenader som krävdes för att uppföra byggnaden, förutom själva hyresavtalet.

Kammarrätten

Domen överklagades till kammarrätten, som dessvärre (för den som ville ha svar på sakfrågan) enbart prövade den processuella frågan huruvida Konkurrensverkets tillsynsbeslut var överklagbart (Kammarrätten i Stockholm, mål nr 803–23). Kammarrätten ansåg att Konkurrensverkets beslutet inte påverkade Domstolsverkets situation på ett sådant sätt att det var överklagbart. Kammarrätten fann därför att förvaltningsrättens dom skulle upphävas. Någon prövning av frågan om det var korrekt att undanta den aktuella anskaffningen från LOU prövades således inte av kammarrätten.

Cirio kommenterar

Avgörandet har föranlett frågor om under vilka förutsättningar som upphandlande myndigheter kan tillämpa hyresundantaget, i synnerhet för ännu inte uppförda eller verksamhetsanpassade lokaler. Det har tidigare funnits en uppfattning om att Domstolsverkets typ av anskaffning har varit förenlig med LOU, men både förvaltningsrättens hållning och de reviderade riktlinjerna i Sveriges Kommuner och Regioner (SKR)s vägledning "Gäller LOU vid hyra av lokal?" indikerar att denna typ av anskaffningsmetod är förbi. Dessutom indikerar förvaltningsrättens dom även att ombyggnationer eller anpassningsarbeten av befintliga hyreslokaler kan vara förenat med risker, även om byggtreprenaden i sig kan upphandlas i separata avtal.

Det medför konsekvenser för myndigheters lokalförsörjning, eftersom det påverkar myndighetens möjlighet att inrymma lokaler som är ändamålsenliga för deras verksamhet.

Anledningen till att hyresförhållanden, och andra fastighetsrättsliga nyttjanderätter, undantagits är att de är av sådan särart att de inte lämpar sig för offentlig upphandling (framgår av skäl 24 i 2004 års upphandlingsdirektiv 2004/18). Den fastighetsrättsliga nyttjanderätten är så pass knuten till den aktuella platsen att det inte är rimligt att myndigheter ska avkrävas att genomföra en upphandling i konkurrens som antingen tvingar myndigheten att nöja sig med den plats som konkurrensen utvisar, eller att genomföra en tämligen meningslös konkurrensutsättning som endast en aktör kan lämna anbud på. Detta måste enligt vår mening kunna kombineras med en konkurrensutsättning av de entreprenadarbeten som härvid från tid till annan behöver göras, annars blir undantaget onödigt begränsat. Givetvis ska detta inte innebära att en myndighet ska kunna undanta tämligen uppenbara särskiljbara delar av ett kontrakt som i sig är tjänster som rätteligen ska konkurrensutsättas, men en alltför restriktiv syn riskerar att omöjliggöra en sund anskaffning av lokaler.

Kontakt



Lukas Granlund
Managing Associate
lukas.granlund@cirio.se
076 617 09 75



Ida Markusson
Associate
ida.markusson@cirio.se
076 617 08 51