

Hyresundantaget enligt LOU – oklarheterna består

Under 2023 var det många som med spänning såg fram emot att Högsta förvaltningsdomstolen skulle ta sig an frågan om hyresundantagets tillämpning, tyvärr blev så inte fallet. Vi kan i stället konstatera att oklarheterna i praxis alltjämt består. I denna artikel redogör vi för vår uppfattning om vilka situationer som omfattas av hyresundantaget, och vilka situationer som inte omfattas av hyresundantaget.

Hyresundantaget enligt LOU – oklarheterna består

Under 2023 var det många som med spänning såg fram emot att Högsta förvaltningsdomstolen skulle ta sig an frågan om hyresundantagets tillämpning. Tyvärr kan vi konstatera att oklarheterna alltjämt består, detta sedan kammarrätten i Stockholm först konstaterat att förvaltningsrätten i Stockholm gjorde fel som överhuvudtaget prövade Konkurrensverkets tillsynsbeslut rörande Domstolsverkets domstolsbyggnad i Jönköping¹ och HFD nekade prövningstillstånd i de s.k. ”Polishusfallen”².

Hyresundantaget enligt LOU och direktivet

När Sveriges upphandlande myndigheter och enheter ska tillfredsställa sina lokalbehov ställs de numera ofta inför stora utmaningar. Den tolkning av LOU:s/LUF:s s.k. hyresundantag som flera aktörer, däribland Konkurrensverket, större entreprenörer/byggbolag samt förvaltningsdomstolar, står bakom skapar stor osäkerhet vid myndigheternas/enheternas lokalskaffningar, vare sig det gäller helt nya lokaler eller ombyggnad/ändringar av befintliga lokaler.

Enligt 3 kap. 19 § LOU³ gäller inte lagen ”för kontrakt som avser förvärv av fastighet, arrenderätt, hyresrätt, bostadsrätt, tomträtt, servitutsrätt eller någon annan rätt till fastighet”. Det bakomliggande direktivet⁴, artikel 10 a), har samma innebörd; ”Detta direktiv ska inte tillämpas på offentliga tjänstekontrakt som avser förvärv eller hyra, oavsett finansieringsform, av mark, befintliga byggnader eller annan fast egendom eller rättigheter till sådan egendom”.

Hyreskontrakt har således uttryckligen undantagits från LOU och LOU-direktivets tillämpningsområde. Undantaget är både rimligt och lämpligt då tjänster som på detta sätt är knutna till en speciell plats inte lämpar sig för ”normal” konkurrensutsättning.

I grunden utgör hyra en tjänst och tjänster är upphandlingspliktiga. Att hyreskontrakt ändå undantagits har med hyreskontraktets särart att göra. Till skillnad från andra tjänster har hyra, precis som övriga förvärv/rättigheter som räknas upp i 3 kap. 19 § LOU, en fastighetsanknytning som gör att det helt enkelt inte ansetts möjligt/lämpligt att nödgas konkurrensutsetta valet av hyresobjekt. I någon mening kan sägas att den upphandlande myndigheten/enheten därigenom konstaterats vara suverän vad gäller platsvalet för hyresobjektet. Det är därför upphandlingsrättsligt tillåtet att en upphandlande myndighet tecknar hyresavtal med en hyresvärd utan föregående upphandling enligt LOU.

Som framgår ovan finns en skillnad mellan LOU:s bestämmelse och direktivtexten. I den senare anges att undantaget avser hyra av ”befintliga byggnader”, vilket naturligtvis, ordagrant tolkat, innebär att hyresavtal, avseende byggnader/lokaler som ännu ej uppförts, inte kan tecknas med stöd av undantaget. Med stöd av den EU-praxis som finns menar dock vi att bestämmelsen inte ska tolkas ordagrant utan egentligen ger uttryck för något annat.

¹ Kammarrätten i Stockholm beslut den 17 april 2023 i mål 803-23). Högsta förvaltningsdomstolens har dock den 28 februari 2024 i mål 4543-23 upphävt kammarrättens beslut och visat målet åter för prövning i sak, tillsynsärende

² HFD slutliga beslut den 21 april 2023 i mål 6858-22 respektive 6859-22 (gällande kammarrätten i Stockholms domar den 2 november 2022 i mål 9369-21 respektive 9370-21), överprövning av avtals giltighet

³ Motsvarande bestämmelse finns i 3 kap. 25 § LUF. I artikeln hänvisas dock bara till LOU.

⁴ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG

Praxis

I sin praxis har EU-domstolen – i stället för att bara titta på om hyresavtalet avser en befintlig byggnad eller inte – kommit att peka på två andra huvudsakliga avgörande omständigheter, dels om det träffade hyresavtalet innefattar ett hyresvärdens åtagande att uppföra en byggnad/lokal, dels om, och i så fall i vilken grad, myndigheten haft ett bestämmande inflytande över byggnadens/lokals utformning. Som det måste förstås är EU-domstolens ambition att tillse att byggtreprenaden, genom att "bakas in" i exv. ett hyresavtal, inte undandras den konkurrens som upphandlingsreglerna anger att upphandlande myndigheter ska söka. Finns inga sådana "byggtreprenadmoment" i ett hyresavtal finns inte heller några upphandlingsregler att kränka. Det är alltså intressant att konstatera att EU-domstolen inte direkt lutat sig mot direktivtexten och prövar om hyresavtalet avser en befintlig byggnad eller inte. Det hade onekligen varit logiskt – om det är så att skrivningen ska tolkas exakt enligt sin ordalydelse.

Hur EU-domstolen hanterat och bedömt de fall som prövats förklarar följaktligen vad direktivtexten egentligen avser med "befintlig byggnad" – hyresavtalet får helt enkelt inte innefatta ett åtagande för hyresvärderna att enligt myndighetens instruktioner utföra entreprenadarbeten för att uppföra en ny byggnad/lokal. Det är också därför som diskussionerna kommit att handla om "förtäckta byggtreprenader".

Byggtreprenadkontrakt

Enligt LOU (och direktivet) innebär ett "byggtreprenadkontrakt" inte bara "vanliga" entreprenadkontrakt utan också kontrakt som på annat sätt innebär "att ett byggnadsverk realiserar, enligt krav som ställs upp av en upphandlande myndighet som utövar ett avgörande inflytande över typen av byggnadsverk eller över projekteringen"⁵. Hyresavtal, som inte bara avser hyra utan också innefattar ett åtagande för hyresvärderna att för hyresgästens (den upphandlande myndighetens) räkning utföra entreprenadarbeten avseende hyresobjektet, kan vara ett exempel på ett sådant kontrakt.

Underkännande av tillämpning av hyresundantaget

I Sverige har ett antal olika upphandlande myndigheter valt att dela upp lokalanskaffningen på så sätt att själva byggtreprenaden handlats upp av myndigheten medan hyresavtalet, med stöd av hyresundantaget, tecknas med den fastighetsägare som äger fastigheten där byggnaden ska uppföras. Härigenom har det som varit det väsentliga, och som enligt EU-praxis undandragits en reell konkurrensutsättning, hanterats i enlighet med LOU. Det som dock "krånglat till" uppläggen har varit att också andra tjänster (projektering, projektledning etc.) hanterats av myndigheten vid sidan av LOU.

Uppläggen har därför, på lite olika grunder, genomlysts och underkänts av Konkurrensverket och förvaltnings- och kammarrätt⁶. Såvitt får förstås är den huvudsakliga grunden att inte alla i upplägget ingående moment konkurrensutsatts och att helheten måste betraktas som ett slags icke korrekt upphandlat samarbete mellan den upphandlande myndigheten och fastighetsägaren/hyresvärderna, detta oaktat att också andra aktörer finns med som parter i olika avtalsrelationer. Domstolsprövningarna har alltså komplicerats då också andra kontraktsförhållanden utgjort delar av upplägget (lokalanskaffningen). Det förefaller därigenom – förvånande nog – även som att själva platsvalet ansetts behöva konkurrensutsättas då själva hyresavtalet uppenbarligen ansetts så inorporerat i övriga avtalsmoment att det inte

⁵ 1 kap. 9 § LOU

⁶ Se fotnot 1 och 2

självständigt har kunnat bedömas. Det ska dock understrykas att domstolarnas resonemang är svåra att följa, inte minst då de landar i olika bedömningar (dock med samma slut).

Eftersom utgångspunkten, på sätt ovan angivits, är att den upphandlande myndigheten är suverän i sitt platsval blir den avgörande frågan onekligen om det kan vara fråga om en förtäckt byggtreprenad om den fastighetsägare/blivande hyresvärd, som myndigheten vill träffa hyresavtal med, överhuvudtaget inte i hyresavtalet eller på något annat sätt åtar sig att utföra eller upphandla entreprenadarbeten för myndighetens räkning. Det faktum att myndigheten själv handlar upp byggtreprenaden enligt LOU (och således konkurrensutsätter själva entreprenaden) bör ju rimligen innebära att det inte kan vara fråga om en förtäckt byggtreprenad. Aktörerna på byggtreprenadmarknaden får ju möjlighet att delta i den offentliga upphandling som myndigheten genomför. Under förutsättning att myndigheten inte ingår andra avtal (utom själva hyresavtalet), med hyresvärden eller annan part, utan att tillämpa LOU har vi därför svårt att se att hyresundantaget inte skulle kunna tillämpas för hyresavtalet, oaktat att den byggnad/lokal som avtalet avser ännu inte finns.

Det förefaller dock som sagt att själva platsvalet inte självklart ansetts vara suveränt för den upphandlande myndigheten. I det Konkurrensverkets tillsynsärende som låg till grund förvaltningsrättens prövning i ärendet rörande Domstolsverkets domstolsbyggnad redovisade Konkurrensverket som sin uppfattning att valet av hyresvärd (och därigenom det geografiska platsvalet) skulle ha konkurrensutsatts, detta då "hyresmomentet" ingick i en odelbar enhet med ett genomförandeavtal som i sin tur syftade till att en (av Domstolsverket upphandlad) byggtreprenad realiserades.

Enligt vår uppfattning är det en märklig tolkning som strider mot och kullkastar hela tanken med att just fastighetsanknutna förvärv/rättigheter undantagits upphandlingsskyldigheten. Det kan med fog ifrågasättas om slutsatserna av detta slags "genomlysning" står i överensstämmelse med LOU:s regler om blandade kontrakt.

Blandade kontrakt

I 2 kap. LOU regleras vad som gäller vid s.k. blandad upphandling och blandade kontrakt, d.v.s. då anskaffningen innefattar flera olika slag av upphandlingar. Bestämmelserna skiljer mellan kontrakt som avser upphandlingar vars samtliga delar regleras av LOU respektive upphandlingar som innefattar någon del som inte regleras i LOU. I det senare fallet handlar det således om "Blandade kontrakt som regleras såväl i denna lag som av andra bestämmelser" (rubriken före § 3 i 2 kap. LOU).

Hyresundantaget innebär att "anskaffning" av hyresavtal är undantagen från LOU:s bestämmelser. Följaktligen regleras inte den anskaffningen/upphandlingen i LOU (om inte just *undantaget* innebär ett slags reglering, vilket skulle innebära en märklig tolkning).

Om det skulle vara så att en upphandlande myndighets ingående av ett hyresavtal skulle anses vara en del av ett blandat kontrakt som regleras såväl i LOU som av andra bestämmelser gäller reglerna i 2 kap 3 – 12 §§ LOU. Det innebär bl.a. att myndigheten enligt 2 kap. 5 § LOU kan välja mellan att tilldela separata kontrakt för de olika delarna (hyra, entreprenad, projektering etc.) eller att tilldela ett enda kontrakt. Väljer myndigheten separata kontrakt ska enligt 2 kap. 6 § LOU de bestämmelser som gäller för varje separat kontrakt tillämpas för det kontraktet. Endast om hela kontraktet, trots dess olika delar, anses odelbart ska kontraktets huvudföremål styra vilka regler som ska tillämpas (2 kap. 12 § LOU).

Är då en upphandlande myndighets "anskaffning" av delarna hyreskontrakt, byggtreprenad, projektering etc. ett delbart eller odelbart kontrakt? Enligt vår uppfattning torde det vara klart att det är ett delbart kontrakt, inte minst av det skälet att det är flera olika avtalsrelationer med olika avtalsparter som aktualiseras. Det är således minst fråga om ett projekteringsavtal (tjänst

upphandlas enligt LOU) mellan myndigheten och en projektör, ett entreprenadkontrakt (byggentreprenad upphandlas enligt LOU) mellan myndigheten och en entreprenör samt ett hyresavtal (hyra enligt hyresundantaget) mellan myndigheten och en fastighetsägare/hyresvärd. Ytterligare tjänsteavtal (tjänst upphandlas enligt LOU) kan aktualiseras. Att teckna ett kontrakt innefattandes alla dessa delar skulle innebära en märklig onaturlig avtalshybrid med uppenbara tillämpningssvårigheter. Delarna är således delbara och uppenbart olämpliga att sammanföras i ett kontrakt varför myndigheten enligt 2 kap. 5 § LOU alltså får välja att tilldela separata kontrakt för de olika delarna.

Att en upphandlande myndighet (med stöd av fastighetsundantaget) utan upphandling förvärvar en fastighet och därefter handlar upp projektering och en byggentreprenad i enlighet med LOU är okontroversiellt, oavsett varför myndigheten väljer att förvärva just en specifik fastighet. Att det kan och bör ske i separata kontrakt är uppenbart.

Att en upphandlande myndighet med stöd av fastighets-/hyres-/nyttjanderättsundantaget utan upphandling ingår ett separat arrende- eller annat nyttjanderättsavtal avseende en fastighet (eller del därav) faller likaså otvetydigt in under undantaget. Att myndigheten samtidigt i enlighet med LOU handlar i separata kontrakt upp projektering, projektledning och en byggentreprenad LOU avseende en byggnad på den arrenderade marken torde inte heller ske i strid med LOU. På samma sätt som i "förvärvsfallet" har valet av plats skett utan upphandling medan resten har konkurrensutsatts. Skillnaden är bara att myndigheten inte äger marken där byggnaden står.

Även om rätten att på annans fastighet få uppföra en i konkurrens upphandlad byggentreprenad inte utgör ett arrendeavtal, torde det i alla fall på goda grunder kunna påstås utgöra en sådan "annan rätt till fastighet" som anges i 3 kap 19 § LOU (eller som det anges i LOU-direktivet artikel 10 a); "annan fast egendom eller rättigheter till sådan egendom") och i så fall falla in under undantaget. Ett samtidigt tecknat hyresavtal genom vilket fastighetsägaren/hyresvärden inte påtar sig något ansvar för att uppföra en byggnad, utan endast avser att, efter överlåtelse av entreprenaden/byggnaden, hyra ut den byggnad som är resultatet av myndighetens LOU-upphandlade byggentreprenad (och projektering och projektledning), faller (enligt resonemangen ovan) på samma sätt in under undantaget. Valet av plats med den dithörande rätten att anvisa en fastighet där en av myndigheten upphandlad byggentreprenad ska utföras, liksom hyresavtal avseende den sedermera överlåtna entreprenaden/byggnaden, har därigenom skett utan upphandling medan resten konkurrensutsatts.

Att realisera ett byggnadsverk

Att se fastighetsägarens/hyresvärdens "mottagande" av entreprenaden/byggnaden som att denne därigenom "realiserar" ett byggnadsverk, är enligt vår uppfattning att övertolka LOU:s bestämmelser. Definitionen som anger att även ett realiserande av ett byggnadsverk utgör ett byggentreprenadkontrakt kan inte tolkas på annat sätt än att det avser att "fånga upp" dolda faktiska entreprenadåtaganden i andra slag av kontrakt, exempelvis hyreskontrakt. Vad som de facto sker när myndigheten överlämnar entreprenaden till fastighetsägaren/hyresvärden är att myndigheten sätter fastighetsägaren/hyresvärden i sitt ställe i entreprenadkontraktet. Fastighetsägaren/hyresvärden åtar sig inga entreprenadarbeten utan accepterar endast att den upphandlande entreprenaden utförs inom dennes fastighet och att fastighetsägaren i teknisk mening axlar beställarrollen. Hyresavtalet, som i grunden är ett uttryck för myndighetens (=hyresgästens) suveränitet vad gäller platsvalet, träder i kraft i den stund då entreprenadavtalet/den blivande byggnaden övergår till fastighetsägaren.

Slutsats

Vi har svårt att se att ett förfarande där de olika kontraktsdelarna "anskaffas" och tilldelas separat inte skulle kunna accepteras. Alla delar utom själva platsvalet (innefattande något slags nyttjanderätt samt ett hyresavtal) handlas upp i konkurrens. De delar som inte handlas upp

(rätten att i två avseenden disponera annans fastighet – först få bygga sedan att hyra) kan överhuvudtaget inte handlas upp då denna är föremål för ensam-/äganderätt, d.v.s. det som i princip motiverar hyres-/fastighetsundantaget. Det går inte att handla upp en part som ska vara hyresvärd på annans fastighet.

Möjligheten att på detta sätt tilldela separata kontrakt för de olika delarna är förenlig med bestämmelserna om blandade kontrakt.

Vår bedömning är att en genomlysning av ett upplägg där platsvalet mynnar ut i ett hyresavtal medan övriga nödvändiga kontrakt hanteras enligt LOU måste innebära att det kan accepteras. Det är därför endast då myndigheten utan upphandling uppdrar åt hyresvärden att i enlighet med myndighetens instruktioner uppföra en byggnad som sedan ska hyras som hyresundantaget inte kan åberopas. Om undantaget inte ska förstås på det sättet berövas de upphandlande myndigheterna den suveräna rätten att välja geografisk plats för sin verksamhet, den rätt som hyres-/fastighetsundantaget grundas på. Förutom själva platsvalet, vilket i sig nödvändiggör att hyresavtalet träffas med just den som äger fastigheten i fråga, konkurrerats de delar som kan och ska konkurrerats ut.

Enligt vår uppfattning ska därför det som utgör "undantaget från hyresundantaget" förstås enligt följande: **"Hyresundantaget gäller inte om hyresvärden genom hyresavtalet, eller på annat sätt, samtidigt åtar sig att, för den upphandlande myndighetens räkning och enligt dennas anvisningar, utföra byggtreprenadarbeten i mer än ringa omfattning inom hyresvärdens fastighet"**. En sådana tolkning fångar upp såväl ej ännu uppförda byggnader som mer omfattande ombyggnads-/anpassningsarbeten i en befintlig lokal.

Kontakt



Olof Hallberg

Senior Counsel

olof.hallberg@cirio.se

+46 76 617 08 86

CIRIO