

RAPPORT

**Arbetsgruppen för lagen (2007:1091) om offentlig upphandling och
fastighetsfrågor angående universitets och högskolors
lokalanskaffningar och upphandlingsrättsliga frågeställningar i samband
därmed**

2015-10-05

1 BAKGRUND OCH SYFTE

Universitet och högskolors samlade förhyrda lokalbestånd uppgår idag till sammanlagt cirka 4 miljoner kvadratmeter. Detta innebär att de statliga aktörerna inom universitets- och högskolesektorn sammantaget är en av de största, om inte den största aktören, i frågor kopplade till behov av nya lokaler genom förhyrning eller hyresgäst Anpassningar av redan befintliga, förhyrda lokaler.

Universitetens och högskolornas behov av nyanskaffningar av lokaler är stort, dels i form av nybyggnation, dels i form av tillbyggnationer till redan idag förhyrda lokaler. Likaså är behovet av verksamhetsanpassningar, i form av om- och tillbyggnader, av befintligt lokalbestånd betydande.

En majoritet, 63% av högskolornas och universitetens lokaler förhyrs idag av statliga Akademiska Hus AB, Sveriges idag näst största fastighetsägare. Övriga hyresvärdar är en blandning av offentligt ägda fastighetsbolag, i huvudsak kommunala, och privata aktörer. Sett till karaktären av de lokaler som universitet och högskolor förhyr av Akademiska Hus AB är mer än 80% speciallokaler för forskning och undervisning. Resterande ytor avser t.ex. lokaler för kontor och stödverksamhet. Motsvarande siffror för övriga hyresvärdar finns inte tillgängliga, men det saknas skäl att anta att dessa förhyrningar till sin fördelning skiljer sig nämnvärt från de siffror som Akademiska Hus AB redovisar.

Tillgång på ändamålsenliga lokaler är en viktig förutsättning för att universitet och högskolor ska kunna fullgöra statsmakternas uppdrag att bedriva utbildning och forskning med hög kvalitet. En stimulerande studie- och forskarmiljö är en viktig faktor i den alltmer hårdnande konkurrens som föreligger, både nationellt och internationellt, om såväl forskningsresurser som studenter och lärare.

Universitet och högskolors lokalförsörjning har fått en ökad betydelse och uppmärksamhet under senare tid och är numera en väl integrerad, och högt prioriterad, fråga i lärosätenas strategiarbete. Att så är fallet kan noteras bland annat i de campusplaner som tagits fram av flera lärosäten. Ett genomgående drag i dessa planer, ofta utformade som strategidokument, är att lärosätens identifierat behovet att ta ett mer strukturerat och omfattande grepp om den fysiska miljön kring campus och att lärosäten inte enbart längre ser till lärosätenas primära och basala behov av lokaler för utbildning och forskning. Lärosätena väger alltmer, avseende sin strategiska lokalförsörjning, in behov av lokaler för kommersiell verksamhet, till exempel restauranger, fritidsaktiviteter och försörjningen av bostäder för studenter och forskare. Vidare framhålls från såväl högskolesektorn som från de omgivande samhällsaktörerna vikten av en väl sammanhållen och integrerad utbildningsmiljö.

Universitet och högskolor är en viktig samhällsaktör på de orter där de är verksamma. Stadsplaneringen på de orter där lärosätena bedriver verksamhet tar ofta sin utgångspunkt i att universitet och högskolor utgör en bas, och ofta utgör en förutsättning för, etablering av andra verksamheter såsom inkubatorer, science center, kommersiell service och bostäder. Universiteten och högskolorna blir alltmer en högt integrerad del i stadsmiljön och i samhällsplaneringen.

Sammantaget innebär ovanstående strategiska och samhälleliga faktorer att universitet och högskolors möjlighet att fritt välja geografisk lokalisering för en önskad lokalexpansion/förnyelse kraftfullt begränsas. Särskilt påtagligt är detta för universitet och högskolor med en utpräglad campuslösning. En tillkommande problematik är att det dessutom i många fall förehåller sig så att den enda möjliga plats för en expansion är lokalisering på fastigheter som ägs av den befintliga hyresvärden.

Svenska statliga universitet och högskolor har att följa lagen (2007:1091) om offentlig upphandling ("LOU") och utgör upphandlande myndigheter enligt denna lag. Nu gällande LOU bygger på ett EU-direktiv om offentlig upphandling inom den s.k. klassiska sektorn (2004/18/EG). Det bakomliggande EU-direktivet har upphävts genom ett nytt EU-direktiv (2014/24/EU). Arbetet med att genomföra detta nya direktiv i svensk rätt pågår i skrivande stund och förväntas vara genomfört i april 2016. För högskolornas och universitetens del kommer således en ny lag om offentlig upphandling inom den klassiska sektorn att gälla inom kort.

Bortsett från ovanstående lokaliseringsproblematik av rent fysisk – och ägarmässig karaktär har vidare genom vägledande avgörande, såväl från EU-domstolen som svenska domstolar, utvecklats en rättspraxis kring gränsdragningen mellan när en upphandlande myndighets lokalanskaffning genom ingående av hyresavtal, avseende nytecknande, är att klassa som ett byggentreprenadkontrakt enligt upphandlingslagstiftningen. Om så är fallet medför detta att hyresavtalet omfattas av upphandlingsplikt enligt LOU. Vägledande avgörande av för universitet och högskolor betydande frågor, såsom förlängning av existerande hyresavtal och förändringar och tillägg till existerande hyresavtal under hyrestiden, saknas i princip helt. I dessa sammanhang uppkommer dock frågor om de undantag från upphandlingsplikt som finns uttryckligen stipulerade i LOU, kan vara tillämpliga.

Syftet med denna rapport är för universitet och högskolor identifiera de problemställningar som uppkommer vid lokalanskaffning genom förhyrning ur ett upphandlingsrättsligt perspektiv samt i de fall en klar och entydig rättspraxis/reglering föreligger, lämna direkta råd. När en klar och entydig rättspraxis/reglering inte föreligger, anges detta specifikt tillsammans med arbetsgruppens riskanalys, vilken dock inte skall ses som råd och rekommendationer. Rapporten redogör vidare, utifrån vissa typfall, för den upphandlingsrättsliga problematiken vid dessa typfall. Slutligen redogörs för konsekvenserna av icke-följsamhet av upphandlingsrätten samt för möjligheten till riskminimering genom s.k. förhandsinsyn.

Denna rapport har arbetats fram av en särskild arbetsgrupp beslutad av SUHF bestående av

- Staffan Sarbäck (ordförande), universitetsdirektör LTU,
- Bengt Sedvall, fastighetsexpert KTH,
- Birgitta Wickman, fastighetschef Malmö högskola
- Anna Lilljebjörn (sekreterare), hyresjurist Lunds universitet.

Gruppens uppdrag har varit att redogöra för gällande rätt i nämnda frågor. Vid arbetsgruppens möten har även vid enstaka tillfällen universitetslektor och LOU-experten Henrik Norinder vid Lunds universitet och advokat Per-Ola Bergqvist, Foyen Advokatfirma deltagit. Denna rapport har utarbetats och avstämts med dessa externa experter.

2 HYRESAVTAL ELLER BYGGENTREPRENADKONTRAKT

2.1 Inledning

Utgångspunkten för upphandlingslagstiftningen är att denna omfattar samtliga de åtgärder som en upphandlande myndighet vidtar i syfte att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster eller byggentreprenader, se 2 kap 13 § LOU. Utgångspunkten är således att samtliga transaktioner och avtal som en upphandlande myndighet ingår omfattas av upphandlingsplikt enligt LOU. För det fall det finns ett i LOU explicit angivet undantag från upphandlingsplikt, tarvas dock inte offentlig upphandling enligt regelverket. Ett av dessa undantag är av intresse och största betydelse för denna rapport, och återfinns i 1 kap 6 § LOU punkten 1. Detta undantag stadgar att *"Denna lag gäller inte för kontrakt som avser 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."* Vidare anges: *"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 jordabalken, om de tillhör byggnadens ägare."*

Bestämmelsen innehåller det s.k. hyresundantaget. Undantaget innebär att utgångspunkten är att upphandlande myndigheters ingående av hyresavtal inte skall omfattas av upphandlingsplikt enligt LOU. Motsvarande regel finns i artikel 16 (a) i det bakomliggande EU-direktivet 2004/18. I direktivbestämmelsen anges dock att undantag endast skall omfatta upphandlande myndigheters ingående av hyresavtal som avser *befintliga* byggnader, vilket inte tagits med i den svenska lagtexten.¹

Emellertid har såsom ovan nämnts, rättspraxis från såväl EU-domstolen som svenska domstolar, fastställt att även för det fall ett avtal betecknas som ett hyresavtal och innehåller avtalsregleringar typisk för ett avtalsförhållande, så kan hyresavtalet komma att betraktas som ett avtal om utförande av byggentreprenad för hyresgästens räkning, givetvis förutsatt att hyresgästen är en upphandlande myndighet. I den situationen skall avtalet upphandlas som en byggentreprenad enligt 2 kap 13 § LOU och det i 1 kap 6 § punkt 1 stipulerade undantaget är inte tillämpligt.

Av 2 kap 10 § LOU framgår att för att ett avtal skall anses vara ett kontrakt i LOU:s mening krävs att det är fråga om ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som sluts mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer och avser utförande av byggentreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster. Det krävs inte att den part den upphandlande myndigheten ingår avtal med, t.ex. ett fastighetsbolag, måste själv ha möjlighet att utföra den avtalade prestationen, t.ex. utföra en byggentreprenad, för att denna skall klassas som leverantör i LOU:s mening.²

Begreppet byggentreprenadkontrakt finns definierat i 2 kap 13 § 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 realiseras, 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.

¹ Samma text återkommer i de nyligen antagna direktivet 2014/24, artikel 10 (a).

² Se EU-domstolens avgörande i målen C-220/05 (Jean Aurox) och C-399/98 (Ordine degli Architetti)

I artikel 2 (6) i det nya EU-direktivet 2014/24, definieras begreppet byggentreprenad än tydligare avseende motsvarande punkten 2 i ovan återgiven paragraf, texten: *"Realisering, oavsett medel, av ett byggnadsverk som motsvarar de krav som anges av den upphandlande myndighet som utövar ett avgörande inflytande över typen eller projekteringen av byggnadsverket."*³

Begreppet byggentreprenad skall enligt EU-domstolens rättspraxis tolkas brett så att EU-direktivets ändamålsenliga verkan säkerställs.⁴ Den rättsliga klassificering som parterna benämnt avtalet efter, är inte av avgörande betydelse och inte heller hur den upphandlande myndigheten väljer att finansiera byggentreprenaden. Det skall vidare framhållas att vid bedömningen av huruvida fråga är om ett hyresavtal eller en byggentreprenad skall avgöras utifrån kontraktets huvudsakliga syfte.⁵ Vidare tillämpas den så kallade principen om genomsyn, vilket innebär att de i en uppgörelse enskilda transaktionerna inte bedöms var för sig vad det gäller frågan huruvida de varit upphandlingspliktiga, utan bedömningen sker efter resultatet av hela avtalsupplägget.⁶

För att kravet på att avtalet skall innehålla ekonomiska villkor skall vara uppfyllt krävs att den upphandlande myndigheten erhåller en prestation mot ersättning i enlighet med kontraktet. En sådan prestation skall vara av direkt ekonomiskt intresse för den upphandlande myndigheten och anses föreligga när den upphandlande myndigheten på rättslig grund garanteras tillgång till anläggningar som är föremål för kontraktet för att använda dem för offentliga ändamål, dvs. t.ex. en avtalad nyttjanderätt. Det krävs i detta avseende inte att en leverantör utför en byggentreprenad direkt åt den upphandlande myndigheten om det är så att den upphandlande myndigheten har ett direkt ekonomiskt intresse av byggentreprenaden.⁷

Av EU-domstolens praxis kan vidare utläsas, vad avser hyresgäst Anpassningar, att för det fall dessa är av mindre omfattning och av underordnad betydelse i förhållande till hyresdelen i kontraktet, så medför de inte att ett särskilt kontrakt avseende ett offentligt byggentreprenadkontrakt skall anses föreligga.⁸

Utöver ovan refererade avgöranden från EU-domstolen har även frågan om gränsdragningen mellan hyresavtal och byggentreprenadkontrakt behandlats av svenska domstolar⁹ och i Konkurrensverkets (och tidigare NOU:s) tillsynsärenden¹⁰. Konkurrensverket har vidare gett uttryck åt sin inställning i frågan i Rapporten 2011:2, "Fallgropar vid entreprenadupphandlingar". Av särskilt intresse i denna rapport är att Konkurrensverket i denna manifesterar följande uppfattning: *"Undantaget gäller i regel inte om en byggnad uppförs efter den upphandlande myndighetens anvisningar och riktlinjer. Detta blir särskilt tydligt när byggnaderna är av en speciell karaktär såsom värmekraftverk, skolor, sjukhus, brandstationer eller liknande."* Denna slutsats går emellertid inte att utläsa av rättspraxis. Det skall vidare noteras att såväl Konkurrensverket (och tidigare NOU) är av uppfattningen att hyresundantaget också kan användas vid nyuppförande av byggnader, dock endast i de fall det är fråga om byggnader som vem som helst kan tänkas köpa eller hyra och som inte planeras för den

³ Tillägget utgör en kodifiering av EU-domstolens avgörande i målet C-451/08 (Helmut Müller) – se punkten 67 i avgörandet och återkommer i EU-domstolens avgörande C-213/13 (Commune de Bari).

⁴ Se EU-domstolens avgörande i målet C-399/98 (Ordine degli Architetti)

⁵ Se EU-domstolens avgöranden i målen C-399/98 (Ordine degli Architetti), C-536/07 (Kommissionen mot Tyskland) och C-331/92 (Gestión)

⁶ Se Prop. 2006/07:128 del 1 s. 291 och EU-domstolens avgörande i mål C-480/06 (Kommissionen mot Tyskland)

⁷ Se EU-domstolens avgörande i målet C-451/08 (Helmut Müller)

⁸ Se EU-domstolens avgörande i målet C-331/92 (Gestión). Se även Andrea Sundstrand, Upphandlingsrättslig tidskrift, nummer 1 (2015), s.68

⁹ Kammarrätten i Sundvall (målen 395-10 och 396-10), Kammarrätten i Göteborg (3859-99, 8608-98 och 7477-08), Kammarrätten i Jönköping (773-09 och 2972-11)

¹⁰ Konkurrensverkets dnr 128/2009, 613/2008, 553/2010, 334/2010, 584/2010 och NOU dnr 1999/0188-29.

upphandlande myndigheten. Ställningstagandet kan dock starkt ifrågasättas mot bakgrund av EU-domstolens praxis.¹¹ Konkurrentverket är tillika av uppfattningen att hyresundantaget inte kan tillämpas vid ingående av hyresavtal avseende befintliga byggnader för det fall byggnaden, som en del av parternas överenskommelse, skall genomgå omfattande om- och tillbyggnationer inför hyresperiodens start.¹²

2.2 För det fall upphandlingspliktigt avtal föreligger, kan något i LOU explicit stipulerat undantag tillämpas?

Inledningsvis skall framhållas att en generell utgångspunkt avseende undantag från upphandlingsbestämmelserna är att dessa skall tolkas restriktivt. Det är vidare den som åberopar undantaget som bär den fulla bevisbördan för att undantaget är tillämpligt för det fall fråga blir om rättslig prövning av undantagets tillämplighet.¹³ Detta gäller både avseende frågan om huruvida upphandlingslagstiftningen är tillämplig överhuvudtaget, det vill säga avseende de i 1 kap 6 § angivna undantagen, som att ett förfarande som medger att annonsering/konkurrensutsättning inte sker av ett avtal som i och för sig faller under lagstiftningen, såsom undantagen i 4 kap 5 – 8 § § och 15 kap 3 § andra stycket LOU (de sistnämnda hänvisar till 4 kap 5-8 § § och behandlas inte fortsatt). De två bestämmelser som kan komma ifråga är 4 kap 5 § punkten 2 i LOU och 4 kap 8 § LOU. Av utrymmesskäl omnämns vidare inte hyresavtal som ingås på grund av synnerlig brådska som inte den upphandlande myndigheten ligger bakom enligt 4 kap 5 § punkten 3.

2.2.1 Tekniska skäl och ensamrätt

4 kap 5 § punkten 2 LOU stadgar:

"En upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggentreprenader, varor och tjänster om ... det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan fullgöras av endast en viss leverantör."

Det saknas idag vägledande avgöranden vilka specifikt utpekar att upphandlande myndigheter får åberopa denna bestämmelse i någon hyressituation vad avser just själva äganderätten till fastigheten. Å andra sidan finns heller inget vägledande avgörande som direkt talat emot detta. I EU-domstolens avgörande C399/98 (Ordine degli Architetti) bortsåg dock EU-domstolen från en invändning från den upphandlande myndigheten om att äganderätten till den aktuella marken omöjliggjorde ett val av leverantör, något som dessutom följde enligt lag. Avgörandet avsåg dock inte tillämpning av direktivets motsvarighet till 4 kap 5 § punkten 2. Ett fastighetsägande utgör i och för sig en form av ensamrätt och kan också utgöra tekniska skäl för att det är uteslutet att, t.ex. vid ombyggnationer inför förlängning av hyresavtal, någon annan än denna utför entreprenaden. I doktrin¹⁴ har framförts att det föreligger osäkerhet om huruvida undantaget kan tillämpas vid förhyrning men att det inte kan uteslutas att det är tillämpligt, också i fall då den upphandlande myndigheten väljer att utpeka en viss lokalisering av den byggnad man önskar förhyra. I ytterligare doktrin¹⁵ har framhållits uppfattningen att vid till- och ombyggnation av en befintlig byggnad kan byggentreprenaden som regel utföras av någon annan leverantör än den som fastighetsägaren vill anlita och att det därmed föreligger sådana tekniska skäl eller sådan ensamrätt på grund av fastighetsinnehavet som utgör skäl för att direktanskaffa en byggentreprenad enligt 4 kap 5 § punkten 2. Även i fall av nybyggnationer av hyresobjekt, vilka skall ligga i direkt anslutning till redan förhyrda lokaler, men där ett fastighetsägande omöjliggör att byggnaden uppförs av annan än den

¹¹ Se EU-domstolens avgörande i målet C-536/07 (Kommissionen mot Tyskland) och C-213/13 (Comune de Bari).

¹² Se Rapporten 2011:2, "Fallgropar vid entreprenadupphandlingar" s.27

¹³ Se t.ex. EU-domstolens avgörande i målen C-20/01 och C-28/01 (Kommissionen mot Tyskland).

¹⁴ Sue Arrowsmith: The Law of Public and Utilities Procurement, tredje upplagan (2014) avsnitten 10-14, 6-226 – 228 och 6-249-250.

¹⁵ Rosén Andersson m.fl. Lagen om offentlig upphandling: En kommentar (2013) s.68

aktuella fastighetsägaren, skulle kunna anses vara grund för att tillämpa undantaget. Denna inställning är logisk och det går att finna betydande rationella argument för denna inställning.

Sammanfattningsvis kan det dock inte med någon säkerhet sägas, mot bakgrund av avsaknaden av vägledande rättspraxis eller uttrycklig reglering i lag/direktiv, att en upphandlande myndighets åberopande av detta undantag skulle komma att hålla i domstol.

Det kan dock med säkerhet sägas att av den upphandlande myndigheten självpåtagna inläsningar vilken de facto skapar en ensamrätt, inte gör detta undantag tillämpligt, t.ex. campusplaner.

2.2.2 Kompletterande och nya byggentreprenader

4 kap 8 § LOU stadgar:

En upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering om

1. det gäller kompletterande byggentreprenader eller tjänster som inte ingår i det ursprungliga projektet eller det ursprungliga kontraktet, om kompletteringarna på grund av oförutsedda omständigheter krävs för att kontraktet ska kunna fullgöras, och under förutsättning att de ska utföras av den ursprungliga leverantören, och om

a) de inte utan stora tekniska eller ekonomiska olägenheter för den upphandlande myndigheten kan skiljas från det ursprungliga kontraktet, eller

b) de, även om de kan avskiljas, är absolut nödvändiga för att kontraktet ska kunna fullföljas, eller

2. det gäller en ny byggentreprenad eller tjänst som är en upprepning av tidigare byggentreprenader eller tjänster under förutsättning

a) att de nya arbetena ingår i ett projekt som tidigare varit föremål för ett öppet eller selektivt förfarande,

b) att arbetena tilldelas samma leverantör,

c) att det nya kontraktet är i överensstämmelse med det ursprungliga projektet,

d) att värdet av det nya kontraktet ingått i beräkningen av värdet av det ursprungliga projektet enligt bestämmelserna i 3 kap., och

e) att det i samband med den ursprungliga upphandlingen annonserats att det nu avsedda förfarandet kunde komma att användas.

Det sammanlagda värdet av kontrakt som avses i första stycket 1 får inte överstiga hälften av det ursprungliga kontraktets värde.

Det förfarande som avses i första stycket 2 får tillämpas under högst tre år efter det att det ursprungliga kontraktet slöts.

Inom ramen för detta undantag torde kunna falla, vad avser punkten 1, om- och tillbyggnader under ett existerande hyresavtal vilka inte kunde förutses vid ingåendet av hyresavtalet och är absolut nödvändiga för att syftet med den ursprungliga förhyrningen skall kunna fullgöras. Avseende punkten 2 förutsätts att det ursprungliga hyresavtalet konkurrensutsatts genom annonserat förfarande. I hyressammanhang torde dessutom tillämpningen av undantaget i punkten 2 vara begränsat till utnyttjande av optioner på ny-, om- och tillbyggnader vilka redan förutskickats i det ursprungliga hyresavtalet/avtalsförhållandet mellan hyresvärden och hyresgästen.

I likhet med undantaget i 4 kap 5 § andra punkten LOU saknas dock helt vägledande rättspraxis i denna del avseende åtgärder under existerande hyresförhållande, varför det får hållas för osäkert om undantaget kan tillämpas också på nämnda situationer.

2.3 För det fall upphandlingspliktigt avtal föreligger, kan ändringar göras i avtalet utan att det anses vara en otillåten direktupphandling genom att det utgör en väsentlig förändring?

Enligt gällande rätt avseende offentlig upphandling föreligger ett förbud för upphandlande myndigheter och enheter att göra ändringar i ingångna kontrakt, förutsatt att dessa är väsentliga. Om så är fallet skall en ny upphandling äga rum. Vad som utgör väsentliga förändringar har varit föremål för omfattande behandling i domstolarna, såväl på svensk som europeisk nivå. I det nya EU-direktivets artikel 72 kodifieras nu den europeiska rättspraxis som avhandlat dessa frågor och det tydliggörs vilka ändringar i ingångna kontrakt som är tillåtna under olika omständigheter. Dessa regler kan tillämpas rakt av på existerande hyresavtal vilka upphandlats såsom byggentreprenader, det vill säga föregåtts av ett annonserat förfarande, liksom på hyresavtal vilka ingåtts inom ramen för 1 kap 6 § LOU och genom undantagsförfarandet i 4 kap 5 § LOU. Reglerna föreslås återfinnas i 17 kap nya LOU, vilken alltså avses gälla från april 2016, och innebär i huvudsak följande ur ett hyresperspektiv:

- En ändring av ett hyreskontrakt är tillåtet, om värdet av ändringen är lägre än 15 % av det ursprungliga värdet av hyresavtalet och understiger tröskelvärdet för byggentreprenadkontrakt (45 256 666 SEK år 2015) och ändringen inte medför att hyresavtalet övergripande karaktär ändras. Värdet av ändringen ska bedömas på grundval av det samlade nettovärdet av flera ändringar, om ändringen har genomförts som successiva ändringar
- En ändring av ett hyresavtal är tillåtet, om den görs enligt en ändringsklausul och ändringen inte medför att hyresavtalet övergripande karaktär ändras. En ändringsklausul ska anges i något av upphandlingsdokumenten i den ursprungliga upphandlingen. Klausulen ska klart, exakt och entydigt beskriva under vilka förutsättningar den kan tillämpas. Den ska också ange omfattningen och arten av ändringarna som kan komma att göra.
- En ändring av ett hyresavtal är tillåtet, om ändringen är att anse som en kompletterande beställning. En kompletterande beställning av varor, tjänster eller byggentreprenader får göras från hyresvärden om
 - 1. beställningen har blivit nödvändig att göra,
 - 2. ett byte av hyresvärd inte kan göras av ekonomiska eller tekniska skäl, och
 - 3. ett byte av hyresvärd skulle medföra betydande olägenheter eller betydligt större omkostnader för den upphandlande myndigheten.

Ändringen får vidare inte innebära att priset ökar med mer än 50 procent av värdet av det ursprungliga hyresavtalet. Om flera ändringar genomförs successivt, ska begränsningen i fråga om ökningen av priset tillämpas på varje enskild ändring. En ändring enligt denna bestämmelse skall annonseras av den upphandlande myndigheten.

- En ändring av ett hyresavtal är tillåtet, om behovet av ändringen har uppstått till följd av omständigheter som den upphandlande myndigheten inte har kunnat förutse och om ändringen varken
 - 1. innebär att priset ökar med mer än 50 procent av värdet på det ursprungliga kontraktet, eller
 - 2. medför att kontraktets övergripande karaktär ändras.

Om flera ändringar genomförs successivt, ska begränsningen i fråga om ökningen av priset enligt första stycket 1 tillämpas på varje enskild ändring. En ändring enligt denna bestämmelse skall också annonseras av den upphandlande myndigheten.

2.4 Kan eventuell upphandlingsplikt fullgöras av hyresvärden?

En mycket omdiskuterad fråga är huruvida en upphandlande myndighet kan anses uppfylla sin upphandlingsplikt genom att motparten, det vill säga den hyresvärd man avser ingå hyresavtal med vid nyförhyrning, förpliktas att upphandla de byggtreprenader, varor och tjänster som blir erforderliga för uppförandet av hyresobjektet enligt LOU. Samma fråga infinner sig vid nyteckning efter omförhandling av utgångna hyresavtal där omfattande hyresgästpassningar skall ske inför eller i anslutning till den nya hyresperioden samt hyresgästpassningar vid om- och tillbyggnationer under existerande hyresavtal. Förslag på införande av skrivningar avseende att dessa om- och tillbyggnationer skall ske enligt LOU och vilken ansvarsfördelning som skall gälla avseende den offentliga upphandlingen i hyresavtalen förordas bland annat av Riksrevisionen i dess revisionsrapport av år 2012 avseende Domstolsverket.¹⁶

Det saknas dock helt stöd, i lag, direktiv eller vägledande rättspraxis, för att en upphandlande myndighet skulle kunna undgå upphandlingsplikt avseende själva hyresavtalet blott genom att ålägga hyresvärden att upphandla enligt LOU, detta varken vid nyteckning av hyresavtal eller vid om- och tillbyggnationer under existerande hyresavtal. Däremot kan motsatsen direkt utläsas ur EU-domstolens praxis i vilken det bland annat fastslagits att en upphandlande myndighet inte är befriad från skyldigheten att tillämpa de förfaranden för offentlig upphandling av byggtreprenader 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 upphandlingsdirektivet. Av samma avgörande följer vidare att för det fall det *huvudsakliga* syftet med ett kontrakt är att utföra en byggtreprenad, ska hela kontraktet, dvs. hyresavtalet, upphandlas i enlighet med bestämmelserna om offentliga byggtreprenadkontrakt. Det huvudsakliga syftet skall fastställas genom en objektiv bedömning av hela den upphandling som kontraktet avser.¹⁷ I doktrin¹⁸ varnas för att ett ovan beskrivet förfarande, vid ombyggnation av lokaler, kan vara en förtäckt upphandling och ifrågasätts med styrka. Samma princip gör sig gällande vid nyuppförande av byggnader.

Sammanfattningsvis kan alltså sägas att en upphandlande myndighet inte kan undgå sin upphandlingsplikt för hyresavtalet, förutsatt att detta är att klassa som en byggtreprenad enligt 2 kap 3 § LOU, genom att genom avtalsbestämmelser förplikta sin hyresvärd att upphandla byggtreprenader, varor och tjänster erforderliga för uppförandet av byggnadsverket, oavsett om fråga är ny-, om- eller tillbyggnad.

Det skall vidare framhållas att efter det att annonserat och regelrätt förfarande genomförts i enlighet med LOU, så föreligger det inte – förutsatt att den upphandlade hyresvärden inte själv är en upphandlande myndighet såsom t.ex. ett kommunalt fastighetsbolag – någon skyldighet för den upphandlande hyresvärden att genomföra sina upphandlingar av byggtreprenader, konsulter m.m. enligt LOU.

3 KONSEKVENSER AV EN OTILLÅTEN DIREKTUPPHANDLING

3.1 Ogiltighetstalan

Ett ingående av kontrakt utan föregående annonsering, oavsett om den upphandlande myndigheten åberopar hyresundantaget i 1 kap 6 § punkt 1 eller anser att rätt föreligger att använda förhandlat förfarande enligt 4 kap 5 – 9 § § LOU eller direktupphandling enligt 15 kap 3 § andra stycket LOU, kan angripas av potentiella leverantörer dels med en överprövning av avtalets giltighet enligt 16 kap 13 § LOU, dels med en talan om skadestånd enligt 16 kap 20 § LOU – mer härom nedan. Det skall

¹⁶ Riksrevisionen Rapport 2012, Dnr 32-2011-0641

¹⁷ EU-domstolens avgörande C-220/05 (Auroux)

¹⁸ Andrea Sundstrand, Upphandlingsrättslig tidskrift, nummer 1 (2015), s.68

framhållas att det idag inte föreligger någon skyldighet för potentiella leverantörer att ansöka om överprövning av avtalets giltighet för att en talan om skadestånd skall kunna föras, motsvarande det krav som föreligger vid annonserade upphandlingar, där en leverantör inte anses ha begränsat sin skada om inte överprövning av tilldelningsbeslutet skett och därmed rätten till att föra en skadeståndstalan skall anses vara utsläckt.

En ogiltighetstalan skall, enligt 16 kap 17 § LOU, som huvudregel, väckas vid förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalets slöts. Vid en ansökan om överprövning av ett avtals giltighet får vidare förvaltningsdomstolen besluta att avtalet tills vidare inte får fullgöras innan, dvs. domstolen, bestämt annat, se 16 kap 16 § LOU. För det fall domstolen förklarar avtalet ogiltigt, t.ex. mot bakgrund av att den finner att hyresundantaget i 1 kap 6 § inte var tillämpligt eller att förutsättningar för tillämpning av undantagen i 4 kap 5 – 9 § § LOU eller direktupphandling enligt 15 kap 3 § andra stycket LOU inte förelåg, är huvudregeln att de prestationer som utgetts av parterna inom avtalet skall i den mån det är möjligt återgå, dvs. att förmögenhetsläget skall återställas som om något avtal aldrig ingåtts. Om det inte är möjligt att prestationerna återgår, till exempel vid en byggentreprenad får ersättning för de prestationer som redan skett utges, men framtida prestationer får inte utföras. Det ingångna avtalet är således civilrättsligt ogiltigt.

Rätten får dock besluta, om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse, att avtalet får bestå, trots att förutsättningarna för ogiltighet är uppfyllda. Detta enligt 16 kap 14 § LOU. Detta skall tolkas mycket restriktivt och t.ex. att avtalet får bestå av hänsyn till människors och djurs liv och hälsa, skydd för allmän moral och allmän säkerhet.

3.2 Skadestånd

Av 16 kap 20 § LOU framgår att en upphandlande myndighet som inte har följt bestämmelserna i denna lag ska ersätta därigenom uppkommen skada för en leverantör. Rätten till skadestånd inbegriper ersättning till en anbudssökande eller anbudsgivare som har deltagit i en offentlig upphandling och som har haft kostnader för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen, om åsidosättandet av bestämmelserna i denna lag menligt har påverkat hans eller hennes möjligheter att tilldelas kontraktet. Talan om skadestånd ska, enligt 16 kap 21 § LOU, väckas vid allmän domstol inom ett år från den tidpunkt då avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad. Vid otillåtna direktupphandlingar utgår som regel, för det fall de av domstolen befinns föreligga, skadestånd med det positiva kontraktsintresset, dvs. utebliven vinst. Enligt rättspraxis är det tillräckligt att en potentiell leverantör, hyresvärd, visar att man sannolikt lämnat in ett anbud och att man haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet.

3.3 Upphandlingsskadeavgift

Utöver ovan angivna rättsmedel för förfördelade leverantörer föreligger vidare en möjlighet för Konkursverket att, när en upphandlande myndighet slutit ett avtal med en leverantör utan föregående annonsering – dvs. vid otillåtna direktupphandlingar, vid förvaltningsdomstol angripa den upphandlande myndigheten med en ansökan om upphandlingsskadeavgift. Det skall ske senast ett år efter det att avtalet slöts. Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Konkursverkets möjlighet att ansöka om upphandlingsskadeavgift begränsas inte av att en eller flera leverantörer inlett talan om skadestånd mot den upphandlande myndigheten.

4 FÖRHANDSINSYN

Förhandsinsyn kan sägas vara en frivillig annonsering från den upphandlande myndighetens sida där den upphandlande myndigheten tillkännager sin avsikt att ingå ett kontrakt men att den upphandlande myndigheten anser att den har rätt att upphandla kontraktet utan föregående annonsering och att någon regelrätt annonsering med infordran av anbud eller anbudsansökningar inte kommer att ske. Konkursverket uttrycker på sin hemsida detta förfarande såsom *"Något tillspetsat kan förhandsinsyn alltså beskrivas som en annons om avsikten att inte annonsera."* Reglerna om förhandsinsyn finns i 7 kap 4 § LOU vad avser upphandlingar över tröskelvärdena och i 15 kap 5 a § LOU för upphandlingar under tröskelvärdena. Förhandsinsyn är något annat än förhandsannonsering, vilket förtjänar att påpekas.

Förfarandet med förhandsinsyn kan endast användas i de specifika fall som räknas upp i de fall som anges i 7 kap 4 § respektive 15 kap 5 a § LOU. De fall som där anges är om den upphandlande myndigheten anser att den får upphandla utan föregående annonsering enligt 4 kap 5-9 § § LOU eller, om fråga är om en upphandling under tröskelvärdena, direktupphandlas enligt 15 kap 3 § andra stycket LOU. Detta på grund av t.ex. synnerlig brådska eller tekniska skäl, eller om kontraktsvärdet understiger direktupphandlingsgränsen. Förhandsinsyn kan emellertid inte användas om den upphandlande myndigheten är av uppfattningen att det aktuella kontraktet överhuvudtaget inte omfattas av upphandlingsplikt. Detta t.ex. om det är fråga om ett hyresavtal eller fastighetsköp enligt 1 kap 6 § LOU.

Om ärendet avser en upphandling där kontraktsvärdet bedöms överstiga tröskelvärdet skall förhandsinsynen publiceras på motsvarande sätt som sedvanliga upphandlingsannonser, dvs. i TED och, om fråga är om en upphandling under tröskelvärdet, i en allmänt tillgänglig nationell databas. Efter publiceringen av förhandsinsynen löper en avtalsspärr om tio dagar. Under denna period kan överprövning begäras av upphandlingen och avtal får inte tecknas mellan myndigheten och leverantören. En förhandsinsyn är alltså tillämplig endast om avtalet med den tilltänkte leverantören ännu inte har ingåtts. Regler om avtalsspärren vid förhandsinsyn finns i 16 kap 3 § LOU och LUF för upphandlingar både över och under tröskelvärdet.

Om ingen ansökan om överprövning har kommit in till förvaltningsrätten innan avtalsspärren har löpt ut, kan upphandlingen inte överprövas och avtalet kan inte heller ogiltigförklaras. Detta gäller under förutsättning att myndigheten har iakttagit avtalsspärren och inte ingått avtalet innan spärren har löpt ut. Genom att öppet tillkännage sin avsikt att upphandla utan något annonserat upphandlingsförfarande och därefter iaktta en avtalsspärr kan upphandlande myndigheter alltså undvika att riskera ogiltigförklaring av ingångna avtal. Dock skall det framhållas att även om en förhandsinsyn genomförs korrekt så är det endast möjligheten att angripa avtalet med en ogiltighetstalan som utsläcks. Möjligheten för Konkursverket att angripa kontraktstilldelningen med en upphandlingsskadeavgift kvarstår, liksom möjligheten för leverantörer att begära skadestånd i allmän domstol om dessa anser sig ha lidit skada av en otillåten direktupphandling

Förhandsinsynen ska bland annat innehålla uppgifter om vilken leverantör som myndigheten planerar att tilldela kontraktet till och en motivering till varför kontraktet inte behöver föregås av en annonserad upphandling. Konkursverket har i november 2010 i en PM (dnr 456/2010) påtalat vilken omfattning den i förhandsinsynen lämnade informationen skall ha.

5 SAMMANFATTANDE RÅD OCH REKOMMENDATIONER

Utifrån ovanstående återgivna regleringar i lag och direktiv, samt refererad rättspraxis, kan följande sägas gälla avseende upphandlingsplikt utifrån nedan angivna typfall av lokalanskaffningar. Det skall på nytt framhållas att avseende vissa förhyrningssituationer föreligger en betydande osäkerhet om gällande rätt, i avsaknad av regleringar i lag eller direktiv samt avsaknad av vägledande rättspraxis. Detta särskilt avseende hyresgästanspassningar under hyrestiden och i samband med hyresgästanspassningar föranledda av nytecknande/förlängning av redan existerande hyresavtal.

5.1 Typfall

5.1.1 Förhyrningssituationer som faller under hyresundantaget i 1 kap 6 § LOU

- Nyförhyrningar i befintliga byggnader utan föregående hyresgästanspassningar och där byggnaden inte planerats för den upphandlande myndigheten.
- Nyförhyrningar i befintliga byggnader med föregående hyresgästanspassningar som är vilken hyresgäst som helst hade krävt, såsom upprustningar och moderniseringar och där byggnaden inte planerats för den upphandlande myndigheten.
- Omtecknande av hyresavtal avseende befintlig byggnad med befintlig hyresvärd utan föregående hyresgästanspassningar.
- Omtecknande av hyresavtal avseende befintlig byggnad med befintlig hyresvärd med föregående hyresgästanspassningar som är vilken hyresgäst som helst hade krävt, såsom upprustningar och moderniseringar.

Vid dessa situationer kan arbetsgruppen konstatera att det förefaller osannolikt att hyresavtalet skulle komma att klassas som en byggentreprenad. Ingående av hyresavtal kan alltså ske utan föregående annonserat förfarande enligt LOU.

5.1.2 Förhyrningssituationer som möjligen, men inte sannolikt, faller under hyresundantaget i 1 kap 6 LOU

- Nyförhyrningar i ännu inte uppförd byggnad förutsatt att lokalerna/byggnaden inte uppförs enligt krav och specifikationer som den upphandlande myndigheten ställt upp och som kan förhyras av vem som helst samt inte planerats för den upphandlande myndigheten.

Vid denna situation kan arbetsgruppen konstatera att det inte är omöjligt att hyresavtalet skulle komma att klassas som en byggentreprenad vid en rättslig prövning, med beaktande av att Konkurrensverket och EU-domstolen synes vara av olika uppfattning. För att vara helt på den säkra sidan kan naturligtvis offentlig upphandling av hyresavtal ske med föregående annonserat förfarande enligt LOU.

5.1.3 Förhyrningssituationer som inte faller under hyresundantaget i 1 kap 6 § LOU – utgör byggentreprenad enligt 2 kap 3 § LOU

- Nyförhyrningar i ännu inte uppförda byggnader där byggnaden/lokalerna uppförs enligt den upphandlande myndighetens krav och specifikationer och där den upphandlande myndigheten utövar ett avgörande inflytande över typen eller projekteringen av byggnadsverket.

Arbetsgruppens råd är att ingående av hyresavtal i denna situation inte ingås utan föregående annonserat förfarande enligt LOU. För det fall den upphandlande myndigheten anser att möjlighet föreligger att direkttilldela hyresavtalet med stöd av 4 kap 5 § punkten 2 i LOU på grund av tekniska skäl eller ensamrätt, rekommenderas att den upphandlande myndigheten genomför en förhandsinsyn.

5.1.4 Förhyrningssituationer som möjligen inte faller under hyresundantaget i 1 kap 6 § LOU – utan utgör byggentreprenad enligt 2 kap 3 § LOU med tillhörande upphandlingsplikt

- Nyförhyrningar i befintliga byggnader med föregående hyresgästpassningar där krav och specifikationer från den upphandlande myndigheten föranleder om- och tillbyggnader av betydande karaktär.
- Omtecknande av hyresavtal avseende befintlig byggnad med befintlig hyresvärd med föregående hyresgästpassningar där krav och specifikationer från den upphandlande myndigheten föranleder om- och tillbyggnader av betydande karaktär.
- Ändringar i befintliga hyresavtal under pågående hyresperiod vilka medför att om- och tillbyggnationer i form av byggentreprenader äger rum i större eller mindre omfattning.

Arbetsgruppens råd och rekommendation är att hyresavtal i den första situationen inte ingås utan föregående annonserat förfarande enligt LOU. För det fall den upphandlande myndigheten anser att möjlighet föreligger att direkttilldela hyresavtalet med stöd av 4 kap 5 § punkten 2 i LOU på grund av tekniska skäl eller ensamrätt, rekommenderas att den upphandlande myndigheten genomför en förhandsinsyn.

Avseende den andra situationen saknas helt vägledande rättspraxis eller bestämmelser i direktiv/lag. I detta avseende finns enligt arbetsgruppens uppfattning starka indikationer på att 4 kap 5 § punkten 2 generellt skulle kunna sägas vara tillämplig. Dock rekommenderas att den upphandlande myndigheten under alla omständigheter genomför en förhandsinsyn.

Avseende den tredje situationen saknas också helt vägledande rättspraxis eller bestämmelser i direktiv/lag. Arbetsgruppen bedömer att en betydande del av dessa, under det pågående hyresförhållandet påkallade hyresgästpassningarna kan hanteras inom ramen för de regler om ändringar i ingångna kontrakt som kommer att införas i den nya LOU som skall träda i kraft april 2016. Arbetsgruppen vill avråda från att i hyresavtalet reglera att Hyresvärden skall genomföra om- och tillbyggnationer, överenskomna med hyresgästen, enligt LOU. Ett lämpligare förfarande är, om hyresvärden så medger, att avtala om att hyresgästen skall upphandla om- och tillbyggnadsarbeten, vilket då skall ske enligt LOU, och att det efter detta avtals ingående överläts till hyresvärden.