

LOU-problematik vid lokalanskaffningar – nya avgörande från domstolarna

Det finns några frågor som ständigt är aktuella. En av dem är *när* en upphandlande myndighets eller enhets anskaffning av lokaler för olika verksamheter genom hyresavtal är att klassa som en upphandlingspliktig byggtreprenad enligt upphandlingslagstiftningen. Kammarrätten i Göteborg och Blekinge tingsrätt har nyligen prövat detta i två mål, där man i båda fallen ansåg att upphandlingsplikten ska följas.

Utgångspunkten i upphandlingslagstiftningen är att rena hyresavtal, dvs. när den upphandlande myndigheten hyr in lokaler, är undantagna från upphandlingsplikt – detta genom det s.k. hyresundantaget i 3 kap 19 § LOU. Om det dock förhåller sig så att ingående av hyresavtalet som leder till en framtida förhyrning innebär att ett byggnadsverk realiserar, kan slutsatsen bli en annan. Om byggnadsverkets som realiserar dessutom uppförs enligt krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten som också utövar ett avgörande inflytande över typen av byggnadsverk eller över projekteringen, så blir fråga om ett upphandlingspliktigt byggtreprenadkontrakt. Lokalanskaffningen skall då annonseras och i övrigt följa LOU:s förfaranderegler (se 1 kap 9 § LOU). Med ett byggnadsverk avses det samlade resultatet av bygg- och anläggningsarbeten, om resultatet självständigt fyller en teknisk eller ekonomisk funktion. Det kan alltså vara fråga om såväl nybyggnation som om- och tillbyggnader före inflyttning. Reglerna i detta avseende bygger på EU-domstolens praxis, men har alltså inte varit föremål för någon betydande behandling av domstolarna i Sverige. Som ett slags tumregel anses dock gälla att sedvanliga hyresgästpassningar, som vilken hyresgäst som helst hade krävt, inte skall anses innebära att rekvisiten för upphandlingspliktig byggtreprenad är uppfyllda. Man skall, enligt EU-domstolens praxis, se till om det huvudsakliga syftet är en ren förhyrning eller egentligen utförandet av en byggtreprenad. I båda de nu aktuella målen, som avsåg förhyrning av byggnader som ännu inte var uppförda vid avtalstecknande, hade de upphandlande myndigheterna inte genomfört ett annonserat förfarande enligt LOU.

I det mål som behandlats av Blekinge tingsrätt var frågan om ett av Landstinget ingånget avtal benämnt "hyreskontrakt för lokal" avseende en materialdepå. Avtalet hade ingåtts utan annonsering med åberopande av det ovan nämnda hyresundantaget. Det skall tilläggas att det fastighetsbolag som förde processen mot Landstinget tidigare hade fört diskussioner med Landstinget om tillhandahållandet av en materialdepå genom förhyrning, men inte kommit ifråga. Tingsrätten konstaterar i sin dom att den uppförda byggnaden motsvarar specificerade behov som Landstinget angett, att Landstinget har ett direkt ekonomiskt intresse av byggnaden i form av en framtida förhyrning, att Landstinget vidtagit åtgärder för att specificera utformningen av lokal eller åtminstone för att utöva ett avgörande inflytande över projekteringen. Hyresavtalet utgjorde således ett upphandlingspliktigt byggtreprenadkontrakt. Landstinget hade, bland annat genom en omfattande e-postkorrespondens, bl.a. haft synpunkter på portars placering, vilka vikter golvet behövde tåla, lastkajer och takhöjder. Allt detta räckte enligt tingsrätten för ett byggnadsverk genom avtalet skulle anses komma realiserar enligt krav som ställs upp av Landstinget som också ansågs ha utövat ett avgörande inflytande över projekteringen. Eftersom byggnaden faktiskt uppfördes och förhyrs av Landstinget – var det i målet fråga om skadestånd och tingsrätten ålade landstinget att till bolaget utge ett skadestånd om tre miljoner kr. Domen kommer enligt uppgift inte att överklagas av någon part.

Målet i Kammarrätten i Göteborg, som har kommit att kallas Limhamnsmålet, handlade om att Malmö Stad hade ingått ett avtal benämnt "hyreskontrakt för blockuthyrning". Hyreskontraktet avsåg 133 nyproducerade lägenheter som skulle utgöra genomgångsboende för hemlösa. Mot detta avtal förde en annan fastighetsägare en s.k. ogiltighetstalan, som om den bifalls innebär att det aktuella avtalet

blir ogiltigt. Kammarrätten instämmer i förvaltningsrättens dom och kommer fram till att det aktuella hyreskontraktet är att klassificeras om ett upphandlingspliktigt byggentreprenadkontrakt, det i huvudsak på följande grunder. Kammarrätten konstaterar att det huvudsakliga syftet inte är en ren förhyrning utan utförande av en byggentreprenad – mot bakgrund av EU-domstolens praxis – och går sedan över till att pröva om staden vidtagit åtgärder för att specificera byggentreprenaden eller för utöva ett avgörande inflytande över dess projektering. Kammarrätten finner att så är fallet genom korrespondens som utgör förhandlingar mellan staden och hyresvärden om ett potentiellt LSS-boende i fastigheten, synpunkter på p-norm med mera. Avtalet ogiltigförklarades alltså av Kammarrätten. Malmö Stad har dock meddelat att man avser att försöka få till en prövning i Högsta Förvaltningsdomstolen genom ett överklagande.

Att två domar om en fråga som sällan behandlas i domstolarna kommer så tätt, kan tyckas vara en tillfällighet. Min uppfattning är dock att dessa båda domar är utslag för en sakta med säkert ökande medvetenhet om att upphandlande myndigheter måste tänka om när det gäller sina lokalanskaffningar och införa en metodik vid dessa, med ett LOU-perspektiv som tidigare inte gjorts. Man måste, om uttrycket tillåts, helt enkelt "se om sitt hus" avseende sina lokalanskaffningar. Affärsvolymerna av det offentliga inhyrning torde vara mycket stor och frågeställningarna berör det offentliga på alla nivåer; stat, kommun och landsting. Det finns dock ett behov av ytterligare vägledande praxis i frågor som ansluter till den nu prövade frågan – om fråga är om ett upphandlingspliktigt byggentreprenadkontrakt eller om ett hyresavtal. Till exempel behövs klargörande om fastighetsägande kan anses vara en sådan omständighet som medger direkttilldelning av en i och för sig upphandlingspliktigt hyresavtal. Det behövs också klargörande från domstolarna om den inneboende upphandlingsplikten i hyresöverenskommelsen kan läkas t.ex. genom att den upphandlande myndigheten tvingar hyresvärden att handla upp själva byggentreprenaden – byggnadsarbetena - enligt LOU eller om den upphandlande myndigheten gör det, och sedan överlåter den upphandlade entreprenaden till hyresvärden, vars avtalsförhållande till den upphandlande myndigheten alltså inte konkurrensutsätts genom ett annonserat förfarande enligt LOU. Det skall bli spännande att följa rättsutvecklingen i dessa delar och det kan inte uteslutas att antal mål nu kommer att öka avseende dessa frågor i anledning av att avgörandena, i vart fall under våren, duggat lite tätare än vanligt.

Domar:

Kammarrätten i Göteborg, mål 4397-19, meddelad den 25 mars 2019

Blekinge tingsrätt, mål 803-18, meddelade den 28 februari 2019.

Per-Ola Bergqvist, advokat på Foyen Advokatfirma

Per-ola.bergqvist@foyen.se

Som medlem i SBR har du tillgång till 15 minuters fri rådgivning hos Foyen Advokatfirma.

Rådgivningen når du på 08-506 184 00.