

## **Bilaga 1 till processbeskrivning rörande upphandlingsfrågor i gränsdragning mellan hyra och byggentreprenader**

### **1 RÄTTSLIGA UTGÅNGSPUNKTER**

#### **1.1 Hyresundantaget och förtäckta byggentreprenader**

Upphandlande myndigheter är i enlighet med lag (2016:1145) om offentlig upphandling ("LOU") skyldiga att tillämpa lagen vid anskaffning av varor, tjänster och byggentreprenader (1 kap. 2 § LOU).

I 3 kap. 19 § LOU regleras det så kallade hyresundantaget. Enligt bestämmelsen är en upphandlande myndighet inte skyldig att tillämpa LOU avseende avtal som avser förvärv av fastighet, arrenderätt, hyresrätt, bostadsrätt, tomträtt, servitutsrätt eller någon annan rätt till fastighet. Gemensamt för samtliga undantag i LOU är att de ska tillämpas restriktivt och att den upphandlande myndigheten ska visa att undantaget är tillämpligt.

För att LOU ska vara tillämplig krävs, enligt 1 kap. 15 § LOU, att kontraktet har ekonomiska villkor. Ekonomiska villkor föreligger inte enbart när den upphandlande myndigheten blir ägare till resultatet av exempelvis en byggentreprenad, utan ekonomiska villkor kan även föreligga när myndigheten på rättslig grund garanteras tillgång till anläggningar som är föremål för kontraktet för att använda dem för offentliga ändamål. Den upphandlande myndigheten anses då ha ett direkt ekonomiskt intresse av uppförandet av byggentreprenaden, vilket gör den upphandlingspliktig (se bland annat EU-domstolens avgörande i mål C-451/08 Helmut Müller GmbH). Vidare ska framhållas att upplägget ska bedömas i sin helhet, dvs. det saknar betydelse om transaktioner inte sker vid samma tidpunkt (se Upphandlingsmyndighetens vägledning nr 2019:1).

Ovanstående innebär att ett renodlat hyresavtal är undantaget från LOU och hyresavtal kan ingås utan beaktande av lagens bestämmelser. Om ett hyresavtal samtidigt innebär att ett byggnadsverk uppförs eller anpassas kan hyresavtalet istället anses utgöra ett upphandlingspliktigt byggentreprenadkontrakt (ofta kallat en förtäckt byggentreprenad). Normalt sett är det fråga om ett upphandlingspliktigt byggentreprenadkontrakt om den upphandlande myndigheten har krav eller önskemål på utformningen av den/de lokaler som ska förhyras.

Det är ett kontrakts huvudsakliga syfte som avgör om kontraktet ska bedömas som ett kontrakt om hyra eller fastighetsköp eller en byggentreprenad. Som exempel på en situation när förtäckta byggentreprenader kan föreligga är när den nya fastighetsägaren uppför en byggnad efter den upphandlande myndighetens riktlinjer. Kraven är generellt sett mycket lågt ställda och ny praxis från svenska domstolar har "snävat in" utrymmet ytterligare genom att i princip helt ta bort den upphandlande myndighetens möjlighet till inflytande över planering och projektering (se Kammarrätten i Göteborg, mål nr. 4397-18 och Förvaltningsrätten i Växjö, mål nr. 3697-16).

#### **1.2 Risker med en otillåten direktupphandling**

Om ett kontrakt anses upphandlingspliktigt, och ingen annonserad upphandling enligt LOU genomförts, har kontraktet slutits genom otillåten direktupphandling om kontraktets värde överstiger direktupphandlingsgränsen. Detta kan få följande konsekvenser.

#### **1.3 Upphandlingssskadeavgift**

Konkurrensverket kan ansöka om upphandlingssskadeavgift vid förvaltningsrätten. Enligt LOU får allmän förvaltningsdomstol besluta att en upphandlande myndighet ska betala upphandlingssskadeavgift bland annat om upphandlande myndigheten har slutit kontrakt med en leverantör utan föregående annonsering (dvs. genom otillåten direktupphandling). Upphandlingssskadeavgiften kan uppgå till mellan 10 000 kronor som

lägst och 10 000 000 kronor som högst men får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde. Ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ges in inom ett (1) år från det att kontraktet slöts.

#### **1.4 Ogiltighet och skadestånd**

Enligt LOU kan en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada ansöka om överprövning av kontraktets giltighet vid förvaltningsrätten om exempelvis ett kontrakt har slutits genom otillåten direktupphandling. En sådan ansökan om överprövning ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex (6) månader från det att kontraktet ingicks.

En leverantör kan också ansöka om stämning och yrka skadestånd på grund av överträdelsen av LOU. En skadeståndstalan ska väckas inom ett (1) år från att överträdelsen gjordes.

#### **1.5 Sammanfattande slutsats avseende upphandlingsplikt**

Om en upphandlande myndighet konstaterar att ett hyresavtal riskerar omfattas av upphandlingsplikt behöver myndigheten säkerställa att upphandlingsplikten fullgörs. Detta kan antingen göras genom (i) att myndigheten tillsammans med hyresvärden upphandlar byggentreprenaden separat eller (ii) att myndigheten upphandlar hyresvärden genom en så kallad hyresvärdsupphandling. Dessa alternativ redogörs för i upprättad PM.