

PM 2 2008-09-05 SLUTLIG BEDÖMNING

**Fråga om snedvridning av konkurrensen genom direktupphandling i strid mot bestämmelserna om offentlig upphandling (förtäckt byggtreprenad).**

*Staten genom Försäkringskassan har tecknat avtal med en kommun innefattande att kommunen skall låta uppföra och till Försäkringskassan hyra ut ett kontorshotell som för närvarande endast finns på planeringsstadiet. Någon konkurrensupphandling har inte genomförts.*

Försäkringskassan (lokalkontoret i Östersund) har med Bollnäs kommun den 8 och 16 februari 2008 tecknat ett som "HYRESKONTRAKT för lokal" rubricerat kontrakt innefattande avtal om lokalhyra för kontorsändamål.

Hyresupplåtelsen omfattar 2.000 kvadratmeter lokalyta i ett ännu inte uppfört kontorshotell på fastigheten Bollnäs Heden 4:115 under perioden den 1 november 2008 till och med den 31 oktober 2014 med ett års ömsesidig uppsägningstid och förlängning i perioder om tre år åt gången vid utebliven uppsägning (6+3+3...år).

Hyra skall enligt avtalet utgå med 2,3 miljoner kronor per år jämte uppräknings enligt löpande förändringar av konsumentprisindex, med oktober månad 2008 som basår. Av hyreskontraktet framgår vidare under punkten "Övriga avtalsvillkor" bland annat följande:

"Byggnaden uppförs med Försäkringskassans lokalprogram 20070531 som bas. Byggnaden utformas i princip enligt skiss upprättad av Lannås Konsult AB 2007-10-11, men med öppna landskap. Samråd sker mellan arkitekt och hyresgäst. Byggnaden förbereds för fortsatt utbyggnad. Hyreskostnaden är preliminär i avvaktan på slutlig kostnad, men parterna är överens om att årshyran är ett takpris"

Någon konkurrensupphandling av det aktuella "hyreskontraktet" eller av de byggtreprenadsarbeten som fordras för byggnadens ("kontorshotell") uppförande har såvitt upplysts aldrig genomförts. Försäkringskassan har i skrivelse till Konkurrenskommissionen angivit följande "Ovannämnda hyreskontrakt avser förhyrning av kontorslokal. I enlighet med vad som framgår av 1 kapitlet 6 § p 1 lag (2007:1091) om offentlig upphandling omfattas kontraktet således inte av lagen".<sup>1</sup>

Kontraktets s.k. upphandlingsvärde som fastighetsanknuten tjänst eller finansiell tjänst kan med ledning av gällande beräkningsbestämmelser<sup>2</sup> uppskattas till minst 20,7 miljoner kronor.<sup>3</sup> Som byggtreprenad kan upphandlingsvärdet uppskattas till c:a 30 miljoner kronor (se KKO 08-009).

### Gällande rätt

Offentlig upphandling som påbörjas efter den 1 januari 2008 regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU. Lagen bygger i angivet avseende på Europeiska rådets och parlamentets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet).

Bestämmelserna är, såvitt några i lagen eller direktivet införda undantag inte anger motsatsen, tillämpliga på samtliga kontrakt med ekonomiska villkor som avser byggtreprenader, varor eller tjänster och som ingås av s.k. *upphandlande myndigheter*<sup>4</sup>. Av bilaga IV till det klassiska upphandlingsdirektivet framgår att Försäkringskassan utgör en sådan central statlig myndighet som är underkastad direktivets, och därmed upphandlingslagens, bestämmelser.

<sup>1</sup> Försäkringskassan, huvudkontoret, skrivelse den 29 februari 2008 till Konkurrenskommissionen (dnr. 1052-2008).

<sup>2</sup> Enligt 3 kap. 11 § första stycket punkten 2 LOU skall upphandlingsvärdet av ett tjänstekontrakt när det gäller banktjänster och andra finansiella tjänster beräknas med utgångspunkt i det samlade värdet av arvoden, provisioner, ränta och andra former av ersättning. Enligt 3 kap. 3 § samma lag skall options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats.

<sup>3</sup> Beräkningen har utförts med utgångspunkt i avtalad årshyra under kontraktets löptid (6 x 2,3 mkr = 13,8 mkr) med tillägg för en förlängningsperiod på 3 år (3 x 2,3 mkr = 6,9 mkr) Sammanlagt: 13,8 mkr + 6,9 mkr = 20,7 mkr.

<sup>4</sup> Se 2 kap. 19 § (och 2 kap. 12 §) LOU.

Tillsynsmyndighet för offentlig upphandling var tidigare Nämnden för offentlig upphandling (NOU), numera utövas tillsynen av Konkurrensverket.<sup>5</sup>

Hur upphandling skall genomföras inom den s.k. klassiska sektorn<sup>6</sup> regleras för samtliga fall. Kontrakt avseende upplåtelse (hyra) av icke redan befintliga byggnader, där motparten, utan att vara ett bygg- eller entreprenadföretag, skall låta uppföra den aktuella byggnaden samt upplåta denna helt eller delvis till den upphandlande enheten utgör antingen finansiella tjänster (kategori 6)<sup>7</sup>, eller fastighetsanknutna tjänster (kategori 14)<sup>8</sup> vilka båda utgör A-tjänster enligt bilaga 2 till LOU. Om den upphandlande myndigheten är en statlig civil myndighet och upphandlingsvärdet överstiger vid tidpunkten gällande tröskelvärde, för nävarande 133.000 euro eller 1.233.901 kronor<sup>9</sup>, skall upphandlingen i sådant fall handläggas enligt de av EG-direktiv styrda bestämmelser som finns införda i 1 – 14 kap. LOU, som regel genom *öppen upphandling* eller *selektiv upphandling*.<sup>10</sup>

Hade motparten däremot varit ett bygg- eller entreprenadföretag som själv skall utföra arbetet med att uppföra den aktuella byggnaden skulle avtalet däremot utgjort ett byggentreprenadkontrakt. I sådant fall uppgår tröskelvärdet till 5.150.000 euro eller 47.778.869 svenska kronor, och upphandlingen skulle genomföras enligt de nationella bestämmelser som införts i 15 kap. LOU, normalt som *förenklad upphandling* eller som *urvalsupphandling*.<sup>11</sup>

Enligt 1 kap. 9 § LOU gäller som huvudregel att all upphandling skall genomföras på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt med iakttagande av principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Upphandling skall således ske genom ett effektivt konkurrensutnyttjande varvid tänkbara leverantörer skall behandlas utan ovidkommande hänsyn. Därtill hör att anskaffning skall ske under öppna, dokumenterade och förutsebara former som medför lika behandling (se nedan om EG-fördraget). Lagens bestämmelser medför att skattebetalarna skyddas mot onödigt höga kostnader och motverkar även korrupcion i offentlig sektor.

Av 2 kap. 13 § LOU framgår att med *offentlig upphandling* avses de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela ett kontrakt avseende varor, tjänster eller byggentreprenader. Med *kontrakt* avses vidare enligt 2 kap. 10 § LOU ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som (1) sluts mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer, (2) avser utförande av byggentreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster, och (3) undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur.

<sup>5</sup> Från och med den första september 2007 övergick tillsynsansvaret över den offentliga upphandlingen till Konkurrensverket.

<sup>6</sup> Med "klassiska sektorn" avses upphandling av varor, tjänster eller byggentreprenader som inte omfattas av lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster – LUF.

<sup>7</sup> Tjänstekategorin "finansiella tjänster", kategori 6, innefattar A-tjänster enligt bilaga 2 till LOU. Kategorin omfattar bl.a. "investeringstjänster" med CPV-nummer från CPV 66100000-1 till 66430000-3 samt från CPV 67110000-1 till CPV 67262000-1. Från tillämpningen skall enligt vad som särskilt anges i bilaga 2 undantas tjänster som avser "...förvärv eller hyra, oavsett finansieringsvillkor, av mark, *befintliga* byggnader eller annan fast egendom eller som avser rättigheter till sådan egendom". (KKO:s kursivering). Tjänster som avser förvärv eller hyra, oavsett finansieringsvillkor, av byggnader som bara finns på riktning (icke befintliga byggnader) omfattas således av tjänstekategoriens tillämpning. Även finansiella tjänster som tillhandahålls samtidigt med, före eller efter köpe- eller hyreskontraktet, oberoende av form, skall enligt bilagan 2 omfattas av lagens och direktivets tillämpning. Regleringen i bilaga 2 till LOU motsvarar vad som föreskrivs enligt bilaga 3 till det klassiska upphandlingsdirektivet.

<sup>8</sup> Tjänstekategorin "fastighetsstädning och fastighetsförvaltning", kategori 14, innefattar A-tjänster enligt bilaga 2 till LOU. Kategorin omfattar bl.a. "fastighetsförvaltning" med CPV-nummer från CPV 70300000-4 till CPV70340000-6, däribland "uthyrning eller försäljning av byggnad" (CPV 70310000) samt "tjänster för lokalhus" (CPV 70332000). Regleringen i bilaga 2 till LOU motsvarar vad som föreskrivs enligt bilaga 3 till det klassiska upphandlingsdirektivet.

<sup>9</sup> Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärden* fastställs av EG-kommissionen och tillkännages enligt 3 kap. 1 § LOU löpande av regeringen i Svensk författningssamling, angivet till exakt belopp i euro och svenska kronor. Tröskelvärdet för upphandling av A-tjänster inom den klassiska sektorn uppgår, om den upphandlande myndigheten är en central civil statlig myndighet (se Bilaga IV till det klassiska upphandlingsdirektivet) till 133 000 euro eller 1 233 901 svenska kronor. Motsvarande tröskelvärde för upphandling av byggentreprenadarbeten uppgår inom den klassiska sektorn till 5.150.000 euro eller 47.778.869 svenska kronor. se vidare Europeiska kommissionens förordning (1422/2007/EG) av den 4 december 2007 om ändring av europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG avseende de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden samt regeringens tillkännagivande (2008:32) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

<sup>10</sup> Se 4 kap. 1 § LOU.

<sup>11</sup> Se 15 kap 3 § första stycket LOU.

Avtal om hyra innefattar per definition ekonomiska villkor och skall således som regel upphandlas med iakttagande av lagens allmänna föreskrifter om bl.a. öppenhet och likabehandling.<sup>12</sup>

Från denna huvudregel stadgas emellertid undantag vid hyra av fast egendom. Det s.k. hyresundantaget, som finns införd i 1 kap. 6 § första stycket 1 LOU, avser enligt ordalydelsen ”*förvärv av fastighet, arrenderätt, hyresrätt, bostadsrätt, tomträtt, servitutsrätt eller någon annan rättighet till fastighet*”. Bestämmelsen bygger på artikel 16 a i klassiska upphandlingsdirektivet, varigenom aktuellt undantag omfattar ”*förvärv eller hyra, oavsett finansieringsform, av mark, befintliga byggnader eller annan fast egendom eller rättigheter till sådan egendom*”. (KKO:s markering med understruken text). I lagförarbetena till LOU anförde regeringen bl.a. följande:

Förvärv av en befintlig byggnad, oavsett om förvärvet sker med eller utan marken, är enligt den föreslagna paragrafen förvärv av fastighet. Sannolikt avses ett fall, som berörs i anslutning till definitionen av byggentreprenadkontrakt i 2 kap. 3 §. Det kan, som [Upphandlingsutredningen] anfört, vara fråga om en myndighet som behöver lokaler och som i stället för att låta uppföra en byggnad på egen mark låter ett byggföretag uppföra en byggnad efter myndighetens anvisningar på mark som inte ägs av myndigheten för att sedan förvärva fastigheten med den uppförda byggnaden. Det kan också, som utredningen anfört, vara fråga om en myndighet som avser att hyra lokaler och som i stället för att först göra det och sedan låta bygga om dem uppdrar åt fastighetsägaren att låta utföra ombyggnaden efter myndighetens anvisningar och sedan hyra lokalerna.

Regeringen ansluter sig till utredningens bedömning att definitionen av byggentreprenadkontrakt leder till att de fall som nu beskrivits blir att anse som byggentreprenader och därför omfattas av lagens bestämmelser om offentlig upphandling och att det faktum att direktivet använder uttrycket ”befintlig” byggnad i artikel 16 syftar till att klargöra att undantaget inte omfattar byggentreprenadkontrakt. Undantaget i paragrafens första stycke punkt 1 skall således inte omfatta byggentreprenadkontrakt.<sup>13</sup>

Kontrakt avseende hyra som avser icke *befintlig* byggnad, d.v.s. byggnad som endast befinner sig på ett planeringsstadium eller är under uppförande, faller således utanför det s.k. hyresundantagets tillämpningsområde. Dyliga kontrakt skall istället, beroende på förhållandena i det enskilda fallet, handläggas enligt regelverket för upphandling av byggentreprenader eller av tjänster enligt LOU.

Någon möjlighet för en upphandlande myndighet att utanför LOU:s eller det klassiska upphandlingsdirektivets tillämpning avtala om att hyra en byggnad som vid tillfället enbart befinner sig på ett ritnings- eller planeringsstadium föreligger således inte.<sup>14</sup>

Det aktuella regelverket anknyter till äldre bestämmelser i 1994 års LOU jämte det tidigare s.k. tjänsteupphandlingsdirektivet (92/50/EEG).<sup>15</sup> I den tillsynspraxis som utvecklats av den tidigare

<sup>12</sup> Jfr 3 kap. 9 § LOU.

<sup>13</sup> Se prop. 2006/07:128, del 1, s. 290 ff.

<sup>14</sup> Vid en konflikt avseende tolkningen av nationella bestämmelser och bindande EG-direktiv skall nämligen direktivens avfattning enligt EG-domstolens praxis ges företräde framför däremot stridande nationella bestämmelser i det fall en avvikelse innebär att en direktivbestämmelse ger en enskild en rättighet och denna rättighet beskärs genom en nationell lagstiftning (Se EG-domstolens dom den 5 februari 1963 i mål C-26/62, *van Gend en Loos*, REG 1963, s. 1 samt den dom den 9 mars 1978 C-106/77, *Simmmenthal*, REG 1978, s. 629. Se även RÅ 1996 ref.50 med Regeringsrättens avgörande i mål nr. 2803-95 - Buss i Uppland.

<sup>15</sup> Se undantagsbestämmelsen, som tidigare fanns införd genom 5 kap. 1 § 2 st. 1 p. Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – G-LOU och undantog kontrakt avseende ”*anskaffning av eller nyttjanderätt till byggnad*”. Till grund för undantaget låg artikel 1 (a) punkten (iii) i det dåvarande, av Europeiska gemenskapernas ministerråd utfärdade direktivet 92/50/EG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster (tjänsteupphandlingsdirektivet). Den aktuella direktivtexten undantog: ”*förvärv eller hyra, oavsett finansieringsform, av mark befintliga byggnader eller annan fast egendom eller rättigheter till sådan, dock skall varje form av kontrakt om finansiella tjänster som sluts samtidigt med, före eller efter förvärvs- eller hyreskontraktet omfattas av detta direktiv*”. I bestämmelsens engelska avfattning användes uttrycket ”*existing building*”. I Upphandlingsutredningens (SOU 2005:22, s. 244 f.) förslag till nu gällande lag om offentlig upphandling (2007 års lag) framgår att begreppet ”fastighet” som vid bl.a. hyra skall undantas från lagens tillämpning anknyter till jordabalksdefinitionen av vad som utgör fastighet och fastighetstillhörighet (1 kap. 1 § samt 2 kap. JB). Definitionen föreslogs därutöver utökas till att omfatta ”*befintliga byggnader som tillhör annan än ägaren till jorden*” (3 kap. 4 § författningsförslaget). Av specialmotiveringen till den föreslagna bestämmelsen framgår att ”*Det är oklart vad som i [direktivtexten] avses med undantaget för ’befintliga byggnader’*. Förvärv av en befintlig byggnad, oavsett om förvärvet sker med eller utan marken, är enligt den föreslagna paragrafen förvärv av fastighet. Sannolikt avses [i direktivtexten] ett fall, som berörs i anslutning till definitionen av byggentreprenadkontrakt i 2 kap. 4 §. Det kan vara fråga om en myndighet som behöver lokaler och som i stället för att låta uppföra en byggnad på egen mark låter ett byggföretag uppföra en byggnad efter myndighetens anvisningar på mark som inte ägs av myndigheten för att sedan förvärva fastigheten med den uppförda byggnaden. Det kan också vara fråga om en myndighet som avser att hyra lokaler och som i stället för att först göra det och sedan låta bygga om dem uppdrar åt fastighetsägaren att låta utföra ombyggnaden efter myndighetens anvisningar och sedan hyra lokalerna. Enligt utredningens mening leder definitionen av byggentreprenadkontrakt till att de fall som nu beskrivits blir att anse som byggentreprenader och därför omfattade av lagens bestämmelser om offentlig upphandling. Det faktum att direktivet använder uttrycket ’befintlig’

Nämnden för offentlig upphandling har upphandlingsskyldighet ansetts föreligga i fråga om ett renodlat hyresavtal avseende ett polishus i Hässleholm. Även om den aktuella byggnaden inte kunde anses uppförd på anvisning av polismyndigheten bedömdes hyresavtalet ändå falla utanför det s.k. hyresundantagets tillämpningsområde eftersom vid tidpunkten för avtalets undertecknande den aktuella byggnaden inte förelåg annat än på planeringsstadiet.<sup>16</sup>

Länsförsäkringar Göinge (ömsesidigt försäkringsbolag) hade utan föregående upphandling i konkurrens med andra företag fått i uppdrag att för Hässleholms kommuns räkning låta byggföretaget NCC uppföra en byggnad som delvis skulle utnyttjas som polishus. Av utredningen i ärendet framkom att polismyndigheten inte hade avsett att hyra hela byggnaden och att den aktuella huskroppen inte syntes ha planerats särskilt för polismyndighetens behov i sådan utsträckning att byggnaden kunde anses ha uppförts enligt myndighetens krav. Anskaffningen skulle således inte anses som en byggentreprenad. Polismyndigheten hade emellertid slutit avtalet om hyra innan det funnits någon befintlig byggnad. Undantaget i (dåvarande) LOU ansågs således inte tillämpligt utan lokalanskaffningen skulle ha upphandlats i konkurrens på marknaden.

Såväl den svenska undantagsbestämmelsen i nuvarande 1 kap. 6 § LOU som dess motsvarighet i artikel 16 klassiska upphandlingsdirektivet föreskriver samma reglering avseende hyra och övriga nyttjandeformer till fast egendom som avseende förvärv av sådan egendom. Förekommande begränsningar i undantagets tillämpning kan avseende rena hyresavtal således bedömas analogt med vad som gäller för kombinerade hyres- och förvärvsavtal (optionsavtal).

Hyra av byggnad som bara finns på planeringsstadiet har i flera andra fall bedömts av den tidigare Nämnden för offentlig upphandling (NOU).

I NOU:s årssammanställning för 1993-95, sid. 49 ff. refereras ett ärende angående en kommuns (Karlstad) upphandling av brandstationsbyggnad, vilken vid upphandlingstillfället inte existerade annat än i planer och ritningar. Ett anbud hade lämnats av ett byggföretag med erbjudande om att till kommunen överlåta den planerade byggnaden när den var färdiguppförd. Priset var fastställt mellan parterna. Kommunen ansåg att avtalet inte innefattade någon entreprenad utan fastighetsköp och att undantag från G-LOU därför förelåg. Nämndens uppfattning var emellertid att avtalet mellan kommunen och byggföretaget innefattade en entreprenadupphandling, eftersom brandstationsbyggnaden inte var uppförd när anbudet lämnades. EFTA:s dåvarande övervakningsmyndighet (ESA) intresserade sig för ärendet och begärde information från den svenska regeringen. Leverantören återkallade senare sitt anbud och avtalet fullgjordes aldrig.

I ärendet NOU 65/99-21 behandlades Ett kommunalt företags (Lilla Edets Industri & Fastighets AB:s - LEIFAB) planerade köp av industrihall som enbart fanns på ritning. Ett privat byggföretag hade utan föregående upphandling i konkurrens med andra företag fått i uppdrag att för LEIFAB:s räkning uppföra en industrihallsbyggnad. Efter genomgång av ärendet angav nämnden att om ett bolag vill arrendera mark av en upphandlande myndighet för att bygga för en kunds räkning och avsikten är att byggnaden skall kvarstå i bolagets ägo blir det fråga om ett avtal som omfattas av undantaget i (dåvarande) 5 kap. 1 § 2 st. 1 p. G-LOU. Om avsikten däremot är att bolaget skall uppföra byggnaden för att därefter sälja densamma till den upphandlande myndigheten eller om bolaget får option om en sådan försäljning blir det fråga om ett byggentreprenadavtal som skall upphandlas.

I ärendet NOU 2002/0203-29 behandlades en kommuns (Eskilstuna) försäljning av mark till ett privat byggföretag, mot att företaget skulle uppföra tre idrottsarenor som kommunen åtog sig att hyra i minst 25 år. Detta uppmärksammades bland annat av EG-kommissionen, som angav att avtalen mellan kommunen och byggföretaget strider mot (det vid tidpunkten gällande) bygg- och anläggningsupphandlingsdirektivet (93/37/EEG) i de delar som avtalen innebär dels att byggföretaget skall uppföra idrottsanläggningar som kommunen utfäster sig att hyra, dels att byggföretaget skall anlägga gator, allmänna platser och VA-anordningar. I ett yttrande till regeringen, vilken hade att besvara vissa frågor från EG-kommissionen i anledning av förfarandet, anförde NOU att avtalen mellan kommun och byggföretaget angående vägar, allmänna platser och VA i väsentliga avseenden påminner om den situation som var aktuell i EG-domstolens avgörande i det s.k. La Scala-målet (se nedan). I båda fall innebär avtalen att exploatören befrias från offentligrättsliga avgifter till en kommun mot att han uppför anläggningar som kommunen annars skulle ha låtit uppföra i egen regi. NOU instämde i EG-kommissionens uppfattning att tilldelningen av kontrakten angående anläggande av gator, allmänna platser och VA-anordningar borde ha skett

---

*byggnad i artikel 16 syftar enligt utredningens mening till att klargöra att undantaget inte omfattar byggentreprenadkontrakt*” (KKO:s markering med understruken text.

<sup>16</sup> Se Nämnden för offentlig upphandling (NOU) – Dnr. NOU 1999/0188-29.

enligt byggdirektivets bestämmelser. Efter att kommunen genomfört vissa förändringar i avtalskonstruktionen med byggföretaget, avskrevs ärendet av EG-kommissionen, och gick således aldrig vidare till EG-domstolen.

Vidare förtjänar från svensk nationell rättspraxis nämnas följande två avgöranden:<sup>17</sup>

(1) Kammarrätten i Göteborg hade att bedöma en serie överenskommelser där en kommun (Torsby) hade beslutat ingå avtal om hyra och option på senare förvärv av en simhall som enbart fanns på ritning. Någon upphandling genomfördes aldrig. Kommunen skulle inte lämna uppdraget att uppföra simhallen direkt till det berörda byggföretaget utan överenskommelsen arrangerades genom en ideell förening kallad "Team Torsby", vilken skulle lämna byggföretaget i uppdrag att uppföra simhallen och i sin tur sedan hyra ut denna till kommunen. Så småningom (efter 10 år) skulle kommunen förvärva simhallen i sin helhet från föreningen.

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) yttrande i målet att uppförandet av en byggnad efter beställarens riktlinjer skall vara att anse som en byggtreprenad. Byggnader som är av speciell karaktär såsom värmeverk, skola, sjukhus, brandstation eller liknande får enligt nämnden presumeras vara planerade för den upphandlande myndighetens räkning.<sup>18</sup> Sådana specialbyggnader som en upphandlande myndighet typiskt sett är ålagd att tillhandahålla faller således utanför undantagsbestämmelsens tillämpningsområde och skall upphandlas som byggtreprenader. Är det däremot fråga om byggnader som vem som helst kan tänkas köpa och som inte planerats för den upphandlande myndigheten menar nämnden att sannolikt undantaget i (dåvarande) 5 kap. 1 § 2 st. 1 p. G-LOU kan användas redan före byggnationen. Även uppförandet av byggnader som har ett allmänt intresse, såtillvida att även andra skulle kunna tänkas visa intresse köpa dem, skall upphandlas enligt lag under förutsättning att de planeras för den upphandlande myndigheten eller uppförts enligt myndighetens krav och önskemål.<sup>19</sup>

Kammarrätten, som i sina domskäl utgick från NOU:s yttrande, konstaterade bl.a. att definitionen av byggtreprenad (public works contracts) enligt gällande gemenskapsrättsliga direktiv<sup>20</sup> inkluderar även sådana situationer där en leverantör för upphandlande myndighets räkning och enligt dennas anvisningar låter någon uppföra en byggnad på mark som inte ägs av myndigheten och förbinder sig att överlåta eller hyra ut marken och byggnaden till myndigheten vid ett senare tillfälle. Kammarrätten fann därvid att de aktuella avtalen mellan kommunen och föreningen Team Torsby omfattades av definitionen byggtreprenad enligt gällande gemenskapsrättsliga direktiv samt förordnade att upphandlingen skulle göras om. Domen har vunnit laga kraft.<sup>21</sup>

(2) Länsrätten i Värmlands län hade att bedöma en serie överenskommelser där en kommun (Karlstad) hade beslutat ingå avtal med ett privat byggföretag om försäljning av kommunal fastighet samt att kommunen skulle hyra och senare eventuellt förvärva en på fastigheten belägen byggnad som för kommunens specifika behov avsågs byggas om till idrottshall men där ombyggnaden vid beslutstillfället endast var på planeringsstadiet.

Länsrätten konstaterade i ett interimistiskt avgörande att fråga var om ett avtalskomplex för vilket det förelåg sannolika skäl för att lagen om offentlig upphandling skulle bli tillämplig samt meddelade interimistiskt förbud för kommunen att träffa avtal eller på annat sätt fastställa något som rör ombyggnaden av fastigheten. Kommunen upphävde senare sitt beslut och sålde den aktuella fastigheten till en helt annan aktör, utan att avtalet även innefattade någon entreprenad eller hyresöverenskommelse. Målet avskrevs därefter från länsrättens vidare handläggning.<sup>22</sup>

Inte heller gemenskapsrätten medger undantag i angivet avseende. När en upphandlande myndighet uppdrar åt någon annan att utföra en byggtreprenad, skall enligt EG-kommissionens riktlinjer<sup>23</sup> detta anses utgöra ett offentligt upphandlingskontrakt som skall underkastas ett offentligt upphandlingsförfarande. Förfarandet skall enligt EG-domstolens praxis genomföras

<sup>17</sup> Båda fallen hade föregåtts av bedömning i Konkurrenskommissionen, se KKO 99-039 samt KKO 00-069.

<sup>18</sup> Enligt fastighetstaxeringslagen (1979:1152) - FTL beskattas fastigheter bland annat med ledning av på fastigheten uppförda byggnaders användningsområde, där t.ex. "industribyggnader" och "specialbyggnader" utgör skilda kategorier. Till kategorin "specialbyggnader" räknas bland annat sport- och idrottsanläggningar, skolbyggnader samt byggnader för kulturellt ändamål såsom bl.a. teater, biograf m.m., vilka är skattebefriade (2 kap. 2 § FTL).

<sup>19</sup> Sammanfattningen av nämndens yttrande är hämtad från Kammarrätten i Göteborg, reciten i mål nummer 3859-1999, Tommy Åhlfelt Bygg AB mot Torsby kommun (se fotnot 13).

<sup>20</sup> Europeiska rådets tidigare direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av kontrakt vid offentlig upphandling av tjänster, varor samt bygg- och anläggningsarbeten (bygg-och anläggningsupphandlingsdirektivet) – numera ersatt genom det klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG).

<sup>21</sup> Kammarrätten i Göteborg, dom den 8 oktober i mål 3859-1999 (se fotnot 11).

<sup>22</sup> Länsrätten i Värmlands län, beslut den 11 december 200 samt den 18 november 2002 i mål 1876-00.

<sup>23</sup> Se EG-kommissionen, "Guide to the Community rules on open government procurement", (87/C 358/01) "Vademecum" s. 27.

oberoende om finansieringen sker med hjälp av myndighetens eget kapital, genom lånat kapital eller helt eller delvis finansieras av leverantören.<sup>24</sup>

Föreligger inte något i lagen särskilt angivet undantag skall LOU tillämpas på samtliga avtal avseende köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggtreprenader eller tjänster. Lagens och direktivets här redovisade bestämmelser är tvingande för de upphandlande myndigheterna. Bestämmelserna behöver emellertid, enligt 1 kap. 7 § LOU, inte tillämpas vid upphandling av tjänster från en annan upphandlande myndighet som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt (s.k. rättsligt monopol) på att utföra dessa. Den omständligheten att en upphandlande myndighet tror sig veta att enbart viss leverantör rent faktiskt kan komma ifråga för leverans av vissa tjänster (s.k. faktiska ensamsituationer) medför däremot inte undantag från huvudregeln att upphandling i enlighet med lagens bestämmelser ändå måste genomföras.<sup>25</sup>

Oberoende av kontraktsvärdet föreligger det som regel en obligatorisk skyldighet för upphandlande myndigheter att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag samt genom annons offentliggöra sina upphandlingar.

Samtliga från den upphandlande enheten fristående juridiska personer som tillhandahåller den aktuella typen av tjänster ("leverantörer") skall därvid lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud ("anbudsansökan").

Under följande förutsättningar föreligger enligt 4 kap. 5 § LOU eller 15 kap. 5 § LOU undantag från denna skyldighet:

- om arbetena av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan utföras av endast en viss leverantör,
- om det är absolut nödvändigt att genomföra upphandlingen, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller kan hänföras till den upphandlande myndigheten, gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid ett annonserat förfarande,
- om upphandlingen gäller tillägsarbeten av den ursprungliga leverantören som inte omfattas av det först avsedda projektet eller av en föregående upphandling, men som på grund av oförutsedda omständigheter blivit nödvändiga för arbetets utförande, under förutsättning att tillägsarbetena inte utan tekniska eller ekonomiska olägenheter kan skiljas från det ursprungliga upphandlingskontraktet, eller att tillägsarbetena är absolut nödvändiga för att byggtreprenaden skall kunna slutföras, eller
- om upphandlingen gäller nya arbeten som består enbart av en upprepning av arbeten ingående i ett projekt som tidigare varit föremål för öppen eller selektiv upphandling och arbetena tilldelas samma leverantör som tidigare fått upphandlingskontraktet, om dessa nya arbeten beställs inom tre år efter det att det ursprungliga kontraktet slöts och värdet av de nya arbetena ingått i tröskelvärdeberäkningen och annonserats i samband med det ursprungliga projektet.

<sup>24</sup> Se EG-domstolens dom av den 12 juli 2001 i mål C-399/98, *la Scala*, REG 2001, s. I-5409. Domstolen hade att bedöma ett större byggnadsprojekt där en kommun (Milano) utan föregående upphandlingsförfarande hade tilldelat ett allmännyttigt entreprenadkontrakt till ett byggkonsortium, mot att konsortiet skulle få avräkna vissa stadsplaneringsavgifter det annars vore skyldigt att erlägga. Möjligheten att sluta ett sådant avtal reglerades i nationell (Italiensk) lagstiftning. Fråga uppkom bl.a. huruvida detta kontrakt innehöll "ekonomiska villkor" enligt definitionen i (då gällande) artikel 1 (a) bygg och anläggningsdirektivet (93/37/EEG)<sup>29</sup>. EG-domstolen uttalade att den nationella domstolen redan gjort bedömningen att konsortiet mottog vederlag genom att stadsplaneavgiften avräknades och att denna tolkning garanterade direktivets ändamålsenliga verkan. Mot denna bakgrund fann EG-domstolen att avtalet innehöll ekonomiska villkor. Upphandlingsskyldighet förelåg därmed.

<sup>25</sup> EG-domstolens dom den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28-01, *Kommissionen mot Tyskland*, REG 2003 s. I- 3609. Målen gällde bl.a. fråga om upphandling av omhändertagande av avfall. Central rättsfråga i målen utgjorde huruvida en upphandlande enhet kan lägga sin subjektiva uppfattning att inga andra leverantörer rent faktiskt kan komma ifråga till grund för att underlåta infordran av anbud i konkurrens på den allmänna marknaden. Förbundsrepubliken Tyskland medgav att de i EG:s upphandlingsdirektiv stadgade villkoren för att underlåta anbudsinfördran från flera företag inte hade uppfyllts, men hänvisade till att den valda leverantören rent faktiskt var det enda företag som i praktiken kunde tilldelas kontraktet och att en ny upphandling inte skulle ändra detta förhållande (se punkten 57).

Domstolen, som emellertid inte fann att detta kunde utgöra tillräckligt skäl för att underlåta upphandling i konkurrens på den allmänna marknaden, uttalade bl.a. att ett förfarande som används på grund av att det föreligger skäl för undantag (i målet var det ett tekniskt skäl som åberopades) måste vara förenligt med de grundläggande principerna i gemenskapsrätten, särskilt icke-diskrimineringsprincipen och att "risken för att denna princip åsidosätts är särskilt hög när en upphandlande myndighet beslutar att en viss upphandling inte skall ske i konkurrens" (se punkterna 62 och 63). Förbundsrepubliken Tyskland fälldes således av EG-domstolen för att ha åsidosatt EG:s upphandlingsdirektiv 92/35/EEG (tjänstephuphandlingsdirektivet). Efter domstolens avgörande har Europeiska kommissionen inlett ett nytt förfarande gentemot Förbundsrepubliken Tyskland i syfte att även tvinga fram omedelbart upphörande av de avtal som tecknats i den kritiserade upphandlingen (Se EG-kommissionen pressmeddelande den 25 oktober 2004- IP/04/1294 jfr även pressmeddelande den 31 mars 2004 – IP/04/428).

Direktupphandling kan enligt 15 kap. 3 § LOU vidare tillämpas om upphandlingens värde understiger gällande tröskelvärde och det föreligger synnerliga skäl, såsom exempelvis lågt värde<sup>26</sup> eller synnerlig brådska som inte kan hänföras till den upphandlande myndigheten.

Någon möjlighet att under andra förutsättningar upphandla entreprenadarbeten direkt från en viss leverantör föreligger däremot inte.

Vid fall av otillåten direkttilldelning, d.v.s. där ett kontrakt utan lagligen grundade skäl har tecknats direkt med viss leverantör, kan övriga leverantörer med stöd av 16 kap. 2 § LOU väcka talan om s.k. överprövning i allmän förvaltningsdomstol (länsrätt) i syfte att tvinga fram ett korrekt upphandlingsförfarande. Av 16 kap. 1 § LOU framgår att andra upphandlingar än (lagligt motiverade) direktupphandlingar kan överprövas fram till den tidpunkt då det (1) föreligger ett kontrakt grundat på en lagligen genomförd upphandling samt (2) tio dagar har förflutit från det att ett meddelande om tilldelningsbeslut enligt 9 kap. 9 § LOU har lämnats.

I enlighet med Regeringsrättens praxis i det s.k. Ryanairmålet (RÅ 2005 ref. 10) skall ett ställningstagande från en upphandlande myndighet att vid sidan av ett offentligt upphandlingsförfarande anlita en viss leverantör kunna överprövas i domstol utan begränsning av den omständigheten att avtal redan föreligger. Förekomsten av befintligt avtal hindrar således inte att överprövning ändå kan ske.

Enligt EG-Romfördraget gäller vidare en allmän princip om likabehandling. Fördraget har genom 2 § lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen, giltighet som svensk lag. Inför Sveriges medlemskap i den Europeiska unionen uttalade regeringen (se prop. 1994/95:1 sid. 478) att *"Den i Romfördraget centrala likabehandlingsprincipen återfinns bl.a. i artikel 6 om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet. Andra uttryckliga likabehandlingsprinciper återfinns i artikel 40 tredje stycket i Romfördraget angående likabehandling mellan producenter och konsumenter inom den gemensamma jordbrukspolitiken samt i artikel 119 i Romfördraget när det gäller lika lön för kvinnor och män. EG-domstolen har dock slagit fast att det inom gemenskapsrätten gäller en allmän likabehandlingsprincip, utöver de uttryckliga bestämmelser som återfinns i fördragen"*. Den allmänna likabehandlingsprincipen får förstås så att en medlemsstats myndigheter inte får särbehandla eller otillbörligt gynna vissa, t.ex. inhemska, leverantörer framför andra vid bland annat handel inom den offentliga sektorn.

### Yttrande

Försäkringskassan har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anfört följande. Försäkringskassan har haft svårt att finna lämpliga centralt belägna lokaler i Bollnäs med omnejd. Efter kontakt med Bollnäs kommun bedömdes det lämpligt att kommunen tillhandahåller Försäkringskassan med aktuella lokaler i ett hyresavtal, vilket uppfattades vara undantaget från lagen om offentlig upphandling. Försäkringskassan vill särskilt framhålla att det lokalprogram som ska ligga till grund för byggnationen är av sådan art att det inte kan anses gå utöver en sedvanlig hyresgästpassning av kommersiella lokaler. Vidare är den aktuella byggnaden inte av sådan speciell karaktär som exempelvis värmekraftverk, skolor, sjukhus etc. Konkurrensutsättning har vidare kommit att ske i ett senare skede genom att Bollnäs kommun har upphandlat själva byggnadens uppförande i ett offentligt upphandlingsförfarande.

<sup>26</sup> Som riktvärde för ett sådant *lågt värde* under vilket ett mer formaliserat upphandlingsförfarande inte behöver genomföras, utan direktupphandling istället kan tillämpas, har Nämnden för offentlig upphandling (NOU) för en normal upphandlande enhets upphandling av varor angivit en generell övre gräns motsvarande ett (1) basbelopp (numera: "prisbasbelopp") enligt 1 kap. 6 § lagen (1962:381) om allmän försäkring. Vid tidpunkten för den nu aktuella upphandlingen uppgick gällande prisbasbelopp till c:a 39.300 kronor (Se vidare Nämnden för offentlig upphandling, NOU-info, årsammanställningen för år 1993-95, sid. 57. Senare har avgivits ett utredningsförslag (SOU 2006:28) om att inskriva *fasta riktvärden för direktupphandling* tio respektive tjugo procent av tröskelvärdet för varor och tjänster (f.n. ger detta riktvärdena 123.390 respektive 246.780 kronor för statliga myndigheter och 191.115 respektive 382.230 kronor för övriga upphandlande myndigheter / enheter inom den klassiska sektorn). Förslaget har ännu inte lett till någon lagstiftning.

Mot denna bakgrund är det enligt Försäkringskassan svårt att se att någon potentiell leverantör ska kunna anses lida skada. Avslutningsvis framhåller Försäkringskassan att Konkurrenskommissionen genom sin skrivelse och sin rättsliga analys har uppmärksammat myndigheten på det ”oklara rättsläge” som råder avseende förhyrning av lokaler som kräver om eller nybyggnation. Myndigheten kommer att utarbeta kompletterande riktlinjer för sin lokalförsörjningsfunktion för att undvika att ånyo hamna i sådana situationer där myndighetens agerande kan ifrågasättas.

### Bedömning

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp som uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att blanda samman myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen.

Försäkringskassan är en sådan central statlig myndighet som omfattas av bestämmelserna om offentlig upphandling.

Av utredningen i ärendet framgår att Försäkringskassan har tecknat ett som ”HYRESKONTRAKT” rubricerat avtal med innebörden att Bollnäs kommun enligt Försäkringskassans anvisningar skall uppföra eller låta uppföra en nybyggnad av ett kontorshotell, omfattande minst 2.000 kvadratmeter lokalyta, vilken skall hyras ut till Försäkringskassan under en period av åtminstone sex år fram i tiden.

Det aktuella hyreskontraktet har undertecknats den 8 och 16 februari 2008 och kontraktsteckandet har inte föregåtts av någon tidigare utlyst offentlig upphandling. Förfarandet får därmed anses påbörjat så att bestämmelserna i det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG) jämte 2007 års lag om offentlig upphandling skall tillämpas.

Som huvudregel omfattar förekommande upphandlingsskyldighet samtliga åtgärder som vidtas av upphandlande myndigheter i syfte att tilldela en eller flera leverantörer ”kontrakt med ekonomiska villkor” avseende varor, tjänster eller byggentreprenader. Med ”kontrakt med ekonomiska villkor” avses enligt huvudregeln även hyresavtal. Kontrakt som innefattar överenskommelse om hyra av fast egendom har undantagit från huvudregeln om upphandling. Som framgår av redovisningen ovan omfattar det s.k. ”hyresundantaget” emellertid enbart hyra av *befintliga* byggnader. Kontrakt om hyra eller annan nyttjanderätt till byggnader som *fortfarande befinner sig på ett planeringsstadium eller som är under uppförande* faller enligt ett uttryckligt stadgande i lagen och det bakomliggande EG-direktivet utanför det s.k. hyresundantagets tillämpningsområde. Någon sådan oklarhet avseende rättsläget som Försäkringskassan har hänvisat till föreligger således inte på det aktuella området.

Av det nu aktuella hyreskontraktet mellan Försäkringskassan och Bollnäs kommun framgår att detta avser upplåtelse av lokaler i en byggnad som ännu inte har uppförts utan vid tidpunkten fortfarande var på ett rent planeringsstadium. Den aktuella byggnaden skall vidare komma att uppföras på initiativ av Försäkringskassan, med utgångspunkt i myndighetens lokalprogram och enligt dess särskilda anvisningar. Byggnaden hade aldrig kommit att uppföras utan uppdrag från Försäkringskassan och någon annan hyresgäst vid sidan om Försäkringskassan kommer såvitt hittills visats inte att inrymmas i byggnaden. Denna är således uteslutande uppförd för Försäkringskassans behov och intressen. Till skillnad från vad Försäkringskassan har yttrat i skrivelse till Konkurrenskommissionen kan det s.k. hyresundantaget därför inte göras gällande i det aktuella fallet. Detta skulle strida mot det klassiska upphandlingsdirektivet som uttryckligt begränsar möjligheten till undantag till redan befintliga byggnader.

Anskaffningen skall följaktligen genomföras genom ett offentligt upphandlingsförfarande.

Hyreskontraktet innefattar vidare en ren lokalupplåtelse, utan inslag av option eller annan liknande rätt för Försäkringskassan att senare förvärva den upplåtna byggnaden. Kontraktet skall av detta skäl, i enlighet med NOU:s tidigare bedömning avseende ett polishus i Hässleholm, i första hand bedömas som en tjänst och inte som en byggentreprenad. Närmast till hand är i detta fall



fastighetsanknutna tjänster (kategori 14) eller finansiella tjänster (kategori 6), vilka båda utgör A-tjänster enligt bilaga 2 till LOU. Vad Försäkringskassan har uppgivit om att själva byggtreprenadarbetena senare har kommit att upphandlas av Bollnäs kommun saknar av detta skäl betydelse för bedömning om överträdelse har skett i ärendet.

Eftersom kontraktets upphandlingsvärde med ledning av gällande bestämmelser kan uppskattas väsentligt överstiga gällande tröskelvärde för statliga myndigheters upphandling av A-tjänster skall upphandlingen genomföras enligt lagens på EG-direktiv grundade bestämmelser. Någon lagstadgad ensamrätt som medför att endast Bollnäs kommun kan komma ifråga för att tillhandahålla aktuella lokaler åt Försäkringskassan föreligger inte och det finns på den allmänna marknaden flera privata företag, såväl rena byggföretag som finansiella företag, som borde kunna komma ifråga för anbuds-givning.

Synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte har kunnat förutses och inte heller beror på Försäkringskassan har inte ens påstås föreligga. Någon tidigare konkurrensupphandling har inte genomförts, varför det aktuella hyreskontraktet innefattar vare sig tilläggsbeställningar eller upprepningsarbeten. Det är heller inte så att den aktuella lokalupplåtelsen av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan tillhandahållas endast av Bollnäs kommun.

Mot bakgrund av att lokalhyreskontrakt som avser annat än redan befintliga byggnader måste underkastas ett offentligt upphandlingsförfarande enligt huvudregeln i LOU och inget av lagens eller direktivets undantag är tillämpligt i det aktuella fallet skulle det aktuella kontraktet mellan Staten, genom Försäkringskassan och Bollnäs kommun ha upphandlats med iakttagande av gällande förfarandebestämmelser.

Avtalet har således kommit till i strid mot bestämmelserna om offentlig upphandling. Konkurrensen har därmed snedvridits samtidigt som förtroendet för Försäkringskassan som upphandlare har undergrävts. På grund av det icke obetydliga värde som avtalet omfattar, samt med beaktande av att Sverige tidigare har fått kritik för en liknande överträdelse, medför förfarandet även risk för att Sverige kan komma att stämmas inför EG-domstolen för fördragsbrott.