

SOI Årskonferens 2022

Hyresundantagets utmaningar

- Gränsdragning hyra/byggentreprenad



Carin Carlsson
Upphandlingsråd



Therése Westermark
Enhetschef

Lokal: Lilla Salen



“Konkurrensverket ska arbeta för en effektiv konkurrens i privat och offentlig verksamhet till nytta för konsumenterna och en effektiv offentlig upphandling till nytta för det allmänna och marknadens aktörer”

Axplock "hyresundantaget"

Lokalanpassning gav böter

Nynäshamns kommuns anpassning av en lokal var så omfattande att den borde upphandlats som byggentreprenad. Nu tvingas kommunen böta 1,5 miljoner kronor i upphandlingsskadeavgift.

Boden riskerar 7 mkr i böter

Bodens upplägg avseende Medborgarhuset är ett byggentreprenadkontrakt som borde ha upphandlats. Det menar Konkurrensverket som yrkar på 7 miljoner kronor i upphandlingsskadeavgift.

| 2021-09-10



Norrköping – Vill bötfälla Migrationsverket

PUBLICERAD 17 JUNI 2011

Migrationsverket bör åläggas att betala 5,5 miljoner kronor i böter för en otillåten upphandling, anser Konkurrensverket (KKV).

Orsaken är att Migrationsverket byggde ett förvar i Åstorp, utan att arbetet konkurrensetsattes genom annonsering.

Slutsumman för bygget landade på närmare 60 miljoner kronor.

Angående förordning (1993:528) om statliga myndigheters lokalförsörjning

Konkurrensverket ska enligt 2 § förordning (2007:1117) med instruktion för Konkurrensverket se till att de regelverk och rutiner verket disponerar över är kostnadseffektiva och enkla för medborgare och företag. I 4 § i samma förordning anges bl.a. att Konkurrensverket ska lämna förslag till regelreformer och uppmärksamma hinder mot en effektiv offentlig upphandling. Med anledning av detta vill Konkurrensverket härmed påtala följande.

Samarbete med fastighetsbolag var otillåten direktupphandling

Det var en otillåten direktupphandling när Domstolsverket ingick ett samarbete med ett fastighetsbolag om att bygga en ny domstolsbyggnad i Jönköping som myndigheten sedan skulle hyra. Samarbetet skulle ha annonserats enligt upphandlingsreglerna. Det anser Konkurrensverket som nu riktar kritik mot Domstolsverket.



Fallgropar vid
entreprenadupphandlingar

Lokalanskaffningar – identifierade utmaningar

- › Behov av investeringar i nybyggnation av verksamhetsspecifika lokaler, inte minst för statliga myndigheter som inte får lov att äga sina verksamhetslokaler
- › Eftersatt underhåll inom kommunsektorn av samhällsbyggnader (skola/vård/omsorg) vilket kräver omfattande investeringar inom överskådlig tid
- › Hyresundantagets tillämpningsområde är en omdebatterad fråga och doktrinen är splittrad

Huvudregeln – 1 kap. 2 § LOU

”Denna lag gäller för upphandling som genomförs av en upphandlande myndighet (offentlig upphandling). Med upphandling avses de åtgärder som vidtas i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggentreprenader genom tilldelning av kontrakt.”

Allt ska upphandlas om inget undantag är tillämpligt.

Byggentreprenadkontrakt - 1 kap. 9 § LOU

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,*
- 2. avser utförande eller både projektering och utförande av ett byggnadsverk, eller*
- 3. innebär att ett byggnadsverk realiseras, enligt krav som ställs upp av en upphandlande myndighet som utövar ett avgörande inflytande över typen av byggnadsverk eller över projekteringen*

Med byggnadsverk avses det samlade resultatet av bygg- och anläggningsarbeten, om resultatet självständigt fyller en teknisk eller ekonomisk funktion (1 kap. 10 § LOU)

Hyresundantaget – 3 kap. 19 § LOU

*”Denna lag gäller inte för kontrakt som avser **förvärv** av fastighet, arrenderätt, **hyresrätt**, bostadsrätt, tomträtt, servitutsrätt eller någon annan rätt till fastighet.*

Med fastighet avses här det som enligt jordabalken utgör eller tillhör en fastighet. Det som gäller för fastighet gäller också för befintlig byggnad som tillhör någon annan än ägaren till jorden liksom sådana tillbehör till byggnaden som avses i 2 kap. 2 och 3 §§ jordabalken, om de tillhör byggnadens ägare.”

Nybyggnation, om- och tillbyggnader

- » *”Om ett kontrakt som avser byggentreprenad i form av uppförande av byggnadsverk även innefattar hyra av lokalerna ska kontraktet behandlas som ett byggentreprenadkontrakt om det huvudsakliga syftet med kontraktet inte är hyresdelen utan att uppföra byggnaderna. Ett avtal som i huvudsak syftar till uppförandet av ett byggnadsverk som motsvarar de behov som den upphandlande myndigheten har angett är ett byggentreprenadkontrakt som inte omfattas av undantaget för hyra av fastighet (se EU-domstolens dom Impresa Pizzarotti, C-213/13).”*
- » *”En upphandlande myndighet kan stå inför situationen att den ska hyra en fastighet med befintliga lokaler, och i samband med det bygga om lokalerna för att anpassa dem för sin verksamhet. Detta är ett blandat kontrakt, en tjänst (hyreskontraktet) och en byggentreprenad. Båda delarna faller in under lagen – den ena delen (hyreskontraktet) är dock undantagen genom en uttrycklig undantagsbestämmelse. Kontraktet utgör en odelbar enhet eftersom delarna är beroende av varandra (jämför EU-domstolens analys i mål C-536/07, p. 28).”*

Lagrådsremiss Nytt regelverk om upphandling av den 4 juni 2015, s. 813-814. Se även prop. 2015/16:195, s. 946.

Vilken del av det blandade kontraktet styr?

*”Frågan är vilken del av det blandade kontraktet som ska vara styrande – ska kontraktet undantas från upphandling, eller ska det upphandlas som ett byggentreprenadkontrakt? Om byggentreprenaden vid en helhetsbedömning av omständigheterna är av underordnad betydelse i förhållande till hyresdelen och en följd av, eller ett komplement till denna, och det huvudsakliga syftet med kontraktet är att hyra fastigheten kan kontraktet behandlas som ett hyreskontrakt. Om det huvudsakliga syftet med kontraktet däremot måste bedömas vara att utföra en byggentreprenad, **ska kontraktet upphandlas i sin helhet.**”*

Lagrådsremiss Nytt regelverk om upphandling av den 4 juni 2015, s. 814 samt prop. 2015/16:195, s. 946.

EU-domstolen (i urval)

- C-331/92 (Gestión Hotelera)
- C-16/98 (Kommissionen mot Frankrike)
- C-399/98 (La Scala)
- C-220/05 (Jean Auroux)
- C-536/07 (Kommissionen mot Tyskland)
- C-451/08 (Helmut Müller)
- C-213/13 (Impresa Pizzarotti)
- C-537/19 (Wiener Wohnen)

C-537/19 Wiener Wohnen

- Hyresundantaget kan gälla även för ännu icke uppförda byggnader
- Väsentligt inflytande?
- Marknadsmässiga villkor?
- Bevisbördans placering

Hyresgäst eller beställare av verksamhetsspecifika lokaler?





Bodens kommun, ansökan om upphandlingsskadeavgift, Konkurrensverkets dnr 551/2021, mål nr 1638-21 (förvaltningsrätten i Luleå) – dom meddelad den 30 mars 2022

- » Kommunhuset i centrala Boden var i akut behov av renoveringar till följd av eftersatt underhåll
- » SLB-upplägg
- » 31 MSEK försäljningspris
- » 69 MSEK investeringsåtagande
- » 35 årigt hyresavtal/ 5 % beräknat på SBB:s investeringskostnad om 100 MSEK
- » Huvudsakligt syfte?



Nynäshamns kommun, ansökan om upphandlingsskadeavgift, Konkurrensverkets dnr 374/2020, mål nr 13760-20 (förvaltningsrätten i Stockholm), dom meddelad 210126 – ej överklagad

- Nytecknande av hyresavtal som förutsatte en ombyggnation av befintlig byggnad från hotell- och konferensverksamhet till gruppbostad. Avtalsvärdet uppgick till drygt 17 MSEK (beräknat på en hyrestid om 15 år), 44,2 % av avtalets totala värde utgjorde ersättning för ombyggnationen.
- Kommunen ansåg att hyresundantaget var tillämpligt och att de byggentreprenadarbeten som aktualiserades var att betrakta som sedvanliga hyresgäst Anpassningar.
- Förvaltningsrätten ansåg att det var fråga om ett blandat kontrakt enligt 2 kap. 1 § 1 st LOU – kontraktets huvudföremål skulle därför vara avgörande för hur avtalet (i sin helhet) skulle bedömas.
- Domstolen ansåg att kontraktsföremålet skulle anses utgöra ett byggentreprenadkontrakt eftersom de åtgärder som vidtagits för kommunens räkning var för omfattande för en sedvanlig hyresgäst Anpassning.
- Domstolen uttalade att drygt 55 procent av avtalets totala värde utgjorde hyra inte var tillräckligt för att avtalet skulle klassificeras som ett hyreskontrakt.

Myter (1/3)

”I det s.k. Botryggmålet ansåg förvaltningsrätten att det var förenligt med LOU att kommunen direkttilldelade bl.a. projekteringstjänsterna till den framtida hyresvärden.”

→Läs domen (igen) mål nr 7960-15, förvaltningsrätten i Linköping

Myter (2/3)

”Det är bättre att hyra än att äga eftersom leasingavgifter till följd av investeringar inte belastar balansräkningen.”

→ RKR (Rådet för Kommunal Redovisning) uppdaterade och förtydligade sina rekommendationer i december 2020 (RKR Idéskrift, Redovisning av leasing- och hyresavtal)

Myter (3/3)

"Kommuninvest tillämpar lånetak varför det är svårt att låna pengar för mindre bemedlade kommuner."

→ Kommuninvest april 2021: **"Nej, det finns inga tak"** (Att äga eller hyra sina verksamhetslokaler – hur ser kalkylerna ut i kommunsektorn?, Kommuninvest Fokusrapport 2021)

På gång

- Konkurrensverket./. Bodens kommun ansökan om upphandlingsskadeavgift, förvaltningsrätten i Luleå mål nr 1638-21 – dom meddelad den 30 mars 2022
- Domstolsverket ./.. Konkurrensverket angående tillsyn över offentlig upphandling, förvaltningsrätten i Stockholm mål nr 3522-21 – skriftväxling pågår
- Skanska Sverige AB ./.. Polismyndigheten ansökan om överprövning av upphandling, förvaltningsrätten i Stockholm mål nr 11877—11878-21 (dom 211125), PT Kammarrätten i Stockholm mål nr 9369-70-21 – skriftväxling pågår

En effektivare upphandlingstillsyn

Ds 2022:5

Publicerad 22 mars 2022



I promemorian lämnas förslag som syftar till en effektivare tillsyn. En effektiv tillsyn bidrar till att höja kvaliteten i den offentliga upphandlingen och säkerställa att skattepengar används på ett ansvarsfullt sätt.

Avslutande reflektioner

- Byggentreprenadkontrakt i LOU:s mening är mer omfattande än vad som avses med byggentreprenad enligt standardavtalen.
- Behov av klargörande praxis för att tydliggöra gränsdragningen mellan hyra och byggentreprenad och tillåtligheten i olika typer av upplägg.
- Konkurrensverket avser att driva ytterligare åtgärder och fortsatt föra dialog med upphandlande myndigheter och leverantörer.



Kontakt



Carin Carlsson

08-700 16 52

carin.carlsson@kkv.se



Therése Westermark

08-700 16 77

therese.westermark@kkv.se

Telefon

Växel: 08-700 16 00

E-post

konkurrensverket@kkv.se

Tipsa oss

E-post: tipsa@kkv.se

Brev: 103 85 Stockholm

Visselblåsartjänst

<https://report.whistleb.com/sv/portal/konkurrensverket>

Lästips!

Ulf Vannebäck,
Juridiska
institutionen,
Umeå Universitet
2019



UMEÅ UNIVERSITET

Rätten, marknaden och
marken

Statsstöd och upphandling vid
markexploatering

Följ oss



@KKVse



Konkurrensverket



Konkurrensverket



Konkurrensverket



konkurrensverket.se/konkurrenten



konkurrensverket.se/nyhetsbrev