



UNIVERSITY OF GOTHENBURG  
SCHOOL OF BUSINESS, ECONOMICS AND LAW

## **Förtäckt byggtreprenad eller särskilt undantag?**

---

Om gränsdragningen mellan upphandlingsskyldigheten vid köp av byggtreprenad och undantaget i LOU vid köp eller hyra av byggnad

2010

Författare: Maria von Knorring  
Examensarbete 30 hp  
Jur. kand-programmet

*Offentlig upphandling*

Juridiska institutionen, Handelshögskolan vid Göteborgs Universitet

Handledare  
Filip Bladini

# Innehållsförteckning

## 1. Inledning

1.1 Introduktion.....	4
1.2 Bakgrund .....	5
1.3 Syfte och frågeställningar.....	8
1.4 Metod och material.....	9
1.5 Avgränsning.....	9
1.6 Disposition.....	10

## AVDELNING I

### 2. Gällande rätt

2.1 Upphandlingslagstiftningens syfte .....	11
2.2 Upphandlingsdirektiven och LOU; tolkning och tillämpning.....	12
2.3 Lag om offentlig upphandling.....	13
2.3.1 Definitionen av byggentreprenadkontrakt.....	14
2.3.2 Undantag vid köp eller hyra av byggnad .....	15

## AVDELNING II

### 3 Undantagets tillämplighet

3.1 Inledning.....	17
3.2 <i>Kan undantaget vid köp eller hyra av byggnad tillämpas redan under byggtiden?</i> .....	18

## AVDELNING III

### 4. Byggentreprenad, oavsett affärs- och kontraktsupplägg

4.1 Uppmärksammade typer av kontraktsförhållanden.....	23
4.2 Kontraktets faktiska syfte.....	24

## AVDELNING IV

### 5. När anses en byggnad "skräddarsydd" för den upphandlande myndigheten?

5.1 Specialbyggnader .....	26
5.2 Byggnader av kommersiellt värde.....	27
5.3 Kort om "om- och tillbyggnadsfallet" .....	31

## **AVDELNING V**

### **6. Diskussion och slutsats**

6.1 Huvudsakliga aspekter vid gränsdragning .....	33
6.1.1 Avslutande förtydligande .....	36
6.2 En tydligare gränsdragning.....	37

### **7. Käll- och litteraturförteckning .....**

**39**

### **8. Rättsfallsförteckning .....**

**41**

# 1. Inledning

## 1.1 Introduktion

Statliga och kommunala myndigheters köp av byggtreprenad representerar ofta stora ekonomiska värden och upphandlingsförfarandena är inte sällan föremål för tvister och offentlig debatt. Upphandlingslagstiftningen syftar till att verka för en effektiv och sund konkurrens och upphandlande myndigheter är skyldiga att tillämpa lagstiftningen vid köp av byggtreprenad. Lagstiftningen har genomgått förändring och är idag vid sidan av den nationella lagstiftningen även EU-rättsligt reglerad. Inte sällan är byggtreprenad föremål för gränsöverskridande handel, inte minst på grund av det stora antalet tjänster som är kopplade till arbetet och därmed stora ekonomiska värden.

Statliga eller kommunala myndigheters köp eller hyra av byggnader sker däremot i regel på ett nationellt, regionalt eller lokalt plan och det råder sällan någon större konkurrens vad gäller sådan egendom, ofta på grund av byggnadernas speciella karaktär. Planerar statliga eller kommunala myndigheter byggtreprenad, d.v.s. uppförande av byggnader på mark, blir dock själva byggverksamheten i sig föremål för konkurrens.

Den lagstadgade skyldigheten för myndigheter att offentligt upphandla byggtreprenadkontrakt regleras i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) samt i bakomliggande EU-direktiv 2004/18/EG. På motsvarande sätt undantas köp eller hyra av byggnader från upphandlingsskyldigheten, genom en särskild undantagsbestämmelse i LOU samt i direktivet.

Gränsdragningen mellan vilka kontrakt som ska upphandlas enligt reglerna för upphandling av byggtreprenad, respektive vilka kontrakt som med stöd av undantaget inte behöver upphandlas har visat sig vara oklar.

Gränsdragningsproblematiken har resulterat i överträdelser av gällande rätt. Upphandlande myndigheter har med stöd av undantagsbestämmelsen försökt kringgå upphandlingsskyldigheten vid köp av entreprenad.<sup>1</sup> Förfarandet benämns i vissa sammanhang som ”förtäckt byggtreprenad”, vilket ger uttryck för att någon form av uppsåtligt handlande

---

<sup>1</sup> Se bl.a. Sveriges Kommuner och Landstings (SKL:s) cirkulär 09:02

förekommer. Som exempel kan nämnas ett ärende som år 2000 anmäldes till EU-kommissionen. En svensk kommun hade undertecknat två ramavtal med ett byggföretag enligt vilka kommunen förbundit sig att, under 25 års tid, hyra tre idrottsarenor som byggföretaget skulle uppföra. Vid hyrestidens utgång skulle kommunen ha betalt ca 178 miljoner kronor. Med stöd av LOU:s undantag vid hyra av byggnad fann kommunen, trots att arenorna vid upphandlingstillfället alltså inte existerade, att någon offentlig upphandling inte behövde föregå kontraktstilldelningen. EU-kommissionen fann i ett s.k. motiverat yttrande att avtalen stred mot upphandlingslagstiftningen.

Det finns klara nackdelar med ett sådant förtäckt handlande. Köpen blir mer slutna och risken för bristande konkurrens och godtycklighet ökar därmed påtagligt. Upphandlingsreglerna vid fastighetsköp och lokalhyra är samtidigt snåriga, varför det inte kan uteslutas att vissa överträdelser grundar sig i okunskap om gällande rätt.

Uppsatsen syftar främst till att klargöra rättsläget vad gäller gränsdragningen mellan bestämmelserna. Vidare att mot bakgrund av detta utröna om eventuella brister förekommer i svensk upphandlingslagstiftning som försvårar gränsdragningen. Slutligen syftar uppsatsen till att ta ställning till om viss lagändring är nödvändig i syfte att uppnå ett förtydligande av bestämmelserna.

## **1.2 Bakgrund**

Upphandlande myndigheter är skyldiga att tillämpa LOU vid köp av byggentreprenad (jmf 2 kap. 3 §). Det finns dock ett särskilt undantag från upphandlingsskyldigheten vid köp eller hyra av byggnader i LOU (1 kap. 6 §). Det kan uppfattas som naturligt att även köp eller hyra av byggnader, som existerar i planer och ritningar eller som är under uppförande också omfattas av undantagsbestämmelsen. Uppfattningen förekommer inte sällan bland upphandlande myndigheter.<sup>2</sup>

Enligt EU-direktiv 2004/18/EG, som ligger till grund för den svenska upphandlingslagstiftningen (LOU), omfattar undantagsbestämmelsen dock endast ”befintliga byggnader”, d.v.s. redan färdigställda byggnader. Direktivets artikel 16 anger tydligt att så är fallet;” This Directive shall not apply to public contracts for the acquisition or rental of *existing buildings*” (författarens kursivering). I det svenska undantaget för köp eller hyra av

---

<sup>2</sup> Se bl.a. SKL:s cirkulär 09:02

byggnad saknas däremot begreppet ”befintlig byggnad”, såsom det kommer till uttryck i direktivet (jmf 1 kap. 6 § LOU). Varför man i svensk upphandlingslagstiftning har valt att inte införliva begreppet, motiveras inte i förarbetena till LOU. Däremot betonas att begreppet uppfattas som oklart. Samtidigt framhåller man i förarbetena att begreppet ”befintlig byggnad” i direktivet ”syftar till att klargöra att undantaget från upphandlingsskyldighet vid köp eller hyra av byggnader inte omfattar byggentreprenad.”

Mot bakgrund av det ovanstående följer då frågan vad som gäller när upphandlande myndigheter ska köpa eller hyra byggnader som ännu inte är färdigställda. Omfattar undantagsbestämmelsen i 1 kap. 6 § LOU enbart färdigställda byggnader eller kan undantaget tillämpas redan under tiden för byggnadens uppförande?

Det kan i vilket fall konstateras att byggnader som ”skräddarsys” för upphandlande myndigheter alltid ska upphandlas i enlighet med LOU:s regler för upphandling av byggentreprenad. Med byggentreprenadkontrakt avses nämligen kontrakt som ”... medför att en byggnad realiserar, oavsett hur kontraktet utformas, enligt krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten” (se 2 kap. 3 § LOU). Frågan som naturligen följer är: när anses en byggnad vara uppförd i enlighet med den upphandlande myndighetens krav? LOU:s definition av byggentreprenadkontrakt i 2 kap. 3 § lämnar i sin utformning frågan obesvarad. Inte heller ger rätts- eller tillsynspraxis, som på området är tunn, något tillfredställande svar.

Att byggnader som är av uppenbar speciell karaktär, såsom värmekraftverk, skolor, sjukhus eller brandstationer, i regel uppförs efter utförliga anvisningar från den upphandlande myndigheten är relativt självklart. Sådana ”specialbyggnader” ska därför alltid upphandlas i enlighet med LOU:s bestämmelser om byggentreprenad. LOU:s definition av byggentreprenadkontrakt omfattar dock inte enbart sådana specialbyggnader utan *alla* byggnader som uppförs i enlighet med myndighetens anvisningar, således även byggnader som har ett kommersiellt värde. Även byggnader som andra aktörer kan tänkas ha ett intresse av (m.a.o. byggnader som ”vem som helst” kan tänkas köpa) ska alltså upphandlas enligt LOU:s regler för upphandling av byggentreprenad, förutsatt att byggnaden ifråga uppförs i enlighet med myndighetens krav och önskemål.

Frågan som följer är vad som gäller i det fall en upphandlande myndighet avser att köpa eller hyra en kommersiell byggnad, som inte är färdigställd vid tidpunkten för kontraktet och som inte uppförs i enlighet med myndighetens krav. Låt säga att en upphandlande myndighet är i

behov av att hyra en kontorsbyggnad. Någon färdigställd byggnad med lämplig lokalisering för verksamheten finns inte tillgänglig. Myndigheten antar därför en byggentreprenörs erbjudande om att uppföra en byggnad på egen mark för att sedan hyra ut den till myndigheten. Entreprenören presenterar en av honom fastställd byggnadsspecificering, vilken myndigheten finner tillfredställande och därför accepterar. Förhyrningen föregås inte av ett offentligt upphandlingsförfarande. Skulle den upphandlande myndigheten ha upphandlat förhyrningen i enlighet med LOU:s regler för upphandling av byggentreprenad?

Det kan ifrågasättas om definitionen av byggentreprenadkontrakt i LOU är uppfylld i och med att myndigheten enbart accepterar en av entreprenören självständigt fastställd byggnadsspecifikation, alltså trots att myndigheten inte lämnar några som helst specifika krav på byggnadens utformning. Detta torde dock vara en alltför strikt tolkning av definitionen. Snarare torde det vara så att entreprenadupphandlingsreglerna inte är tillämpliga på den nämnda situationen. Samtidigt mot bakgrund av EU-rätten omfattar ju undantaget vid hyra av byggnad endast *färdigställda* byggnader, vilket inte är fallet här. Så vilka upphandlingsregler ska den upphandlande myndigheten tillämpa?

Enligt LOU ska kontrakt som inte omfattas av byggentreprenadupphandlingsreglerna och inte heller varuupphandlingsreglerna, i vilket fall upphandlas enligt reglerna för upphandling av tjänst (2 kap. 18 § LOU). De sist nämnda bestämmelserna fungerar således som en typ av restpost. En korrekt tillämpning av LOU innebär alltså att den upphandlande myndigheten inför förhyrningen av den icke färdigställda bygganden, i vilket fall skulle ha tillämpat reglerna för upphandling av tjänst. Det kan dock ifrågasättas om tjänstupphandlingsreglerna verkligen är lämpade för den aktuella förhyrningen eller liknande kontraktssituationer. Om förhyrningen överhuvudtaget ska omfattas av upphandlingsskyldigheten, torde snarare entreprenadupphandlingsreglerna vara klart bäst lämpade. Som tidigare konstaterats uppfyller förhyrningen dock inte definitionen av byggentreprenad (2 kap. 3 § LOU), varför dessa regler alltså inte är tillämpliga. Frågan som följer är därför om man oavsiktligt utelämnat sådana kontraktssituationer från tillämpningen av undantaget vid köp eller hyra av byggnad. Kan undantaget, under vissa förutsättningar, de facto tillämpas redan innan eller under tiden för byggnadens uppförande?

Om denna fråga besvaras jakande, kan av ovanstående följande slutsats dras. Upphandlande myndigheters köp eller hyra av färdigställda byggnader, undantas från upphandlingsskyldighet. Likaså undantas byggnader som ännu inte är uppförda eller som är

under uppförande, men som inte planeras för den upphandlande myndigheten eller uppförs i enlighet med dennes krav och anvisningar. Om däremot byggnaden ”skräddarsys” för den upphandlande myndigheten, ska LOU tillämpas.

Den således *avgörande frågan* för en gränsdragning mellan upphandlingsskyldigheten vid byggtreprenad och undantagsbestämmelsen i 1 kap. 6 § LOU är om bygganden ifråga omfattas av definitionen av byggtreprenad (2 kap. 3 § LOU), m.a.o. om byggnaden uppförs ”enligt krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten” eller inte. Som tidigare har konstaterats är det oklart vad som avses med lydelsen.

Sammantaget kan konstateras att det finns skäl för såväl upphandlande, liksom byggtreprenörer, att noga överväga om ett avtal om köp eller hyra av en ännu inte färdigställd byggnad omfattas av LOU:s upphandlingsregler eller inte.

### **1.3 Syfte och frågeställningar**

Syftet med uppsatsen är att utreda vilka aspekter som påverkar gränsdragningen mellan definitionen av byggtreprenadkontrakt i LOU (2 kap. 3 §) och undantaget från lagens tillämpning vid köp eller hyra av byggnad (1 kap. 6 §). Vidare att mot bakgrund av detta utröna om eventuella brister förekommer i svensk upphandlingslagstiftning som försvårar gränsdragningen. Slutligen syftar uppsatsen till att ta ställning till om viss lagändring är nödvändig i syfte att uppnå ett förtydligande av bestämmelserna.

*En första fråga* att utreda blir, med hänvisning till uppsatsens bakgrund, om LOU:s undantag vid köp eller hyra kan tillämpas redan innan eller under tiden för byggnadens uppförande? Besvaras denna fråga jakande kommer den tillsynes avgörande frågan för en gränsdragning mellan upphandlingsskyldigheten vid byggtreprenad och undantagsbestämmelsen, vara om byggnaden ifråga uppförs ”enligt krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten”. Med andra ord, om kontraktet i LOU:s mening utgör ett byggtreprenadkontrakt eller inte (jmf 2 kap. 3 § LOU).

*En andra fråga* att utreda blir därmed vad som avses med lydelsen ”enligt krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten”. När anses en byggnad ”skräddarsydd” för den upphandlande myndigheten? Som tidigare betonats är detta oklart. Lydelsen i sin utformning lämnar bl.a. följande frågor obesvarade.



- Vilka krav (d.v.s. kravens beskaffenhet och omfattning) på byggnaden erfordras av den upphandlande myndigheten för att definitionen av byggtreprenadkontrakt ska anses vara uppfylld?
- Medför en upphandlande myndighets ”rena accept” av en byggnadsspecifikation, uteslutande fastställd av entreprenören, att definitionen av byggtreprenadkontrakt är uppfylld? Det vill säga, trots att myndigheten inte avser att lämna några som helst specifika krav på byggnadens utformning.

Definitionen av byggtreprenadkontrakt har visserligen behandlats i såväl nationell som unionsrättslig praxis, dock är praxisen tunn.

#### **1.4 Metod och material**

Den klassiska rättsdogmatiska metoden tillämpas i uppsatsen rättsligt utredande delar. Lag (2007:1091) om offentlig upphandling, liksom förarbetena till lagen samt rättspraxis utgör centrala källor. Domstolsavgörandena på området är få, varför NOU:s (Nämnden för Offentlig Upphandling) och KKV:s (Konkurrensverkets) tillsynspraxis har använts.

Gränsdragningsproblematiken har inte behandlats särskilt mycket i doktrinen. Professor Sue Arrowsmith:s *The Law on Public and Utilities Procurement*, är därför särskilt upplysande på området. Likaså har SKL:s skrivelser, bl.a. cirkulär 09:02, givit en god vägledning.

Det unionsrättsliga regelverket är av central betydelse på området. Framställningen präglas till stor del av detta. Uppdelning mellan svensk rätt och unionsrätt görs i delar där så krävs men behandlas övervägande i ett sammanhang.

#### **1.5 Avgränsning**

Av för uppsatsen relevant upphandlingslag är lag 2007:1091 om offentlig upphandling, d.v.s. reglerna för offentlig upphandling inom klassisk sektor. Försörjningssektorn lämnas utanför uppsatsen.

Gränsdragningen mellan arrende eller hyra å ena sidan och anskaffande av tjänster och varor å andra sidan, lämnas vidare utanför uppsatsen (jfr 1 kap. 6 § LOU). Gränsdragningsproblematiken finner dessutom viss anslutning till s.k. PPP/OPS-projekt (offentlig-privat samverkan) och exploateringsavtal. Problematiken behandlas inte i uppsatsen.

## **1.6 Disposition**

Uppsatsen är uppdelad i fem avdelningar. Den första sätter gränsdragningsproblematiken i en rättslig kontext, utifrån gällande nationell rätt och EU-rätt. Den andra avdelningen behandlar uppsatsen första frågeställning, nämligen huruvida det är möjligt att tillämpa undantaget från upphandlingsskyldighet vid köp eller hyra av byggnad redan innan eller under tiden för byggnadens uppförande (jmf 1 kap. 6 § LOU).

Den tredje och fjärde avdelningen tar fokus på definitionen av byggentreprenadkontrakt (jmf 2 kap. 3 § LOU). Den tredje redogör för avtalskonstruktioner som omfattas av definitionen och betydelsen av avtalets huvudsakliga syfte. I uppsatsen fjärde avdelningen behandlas sedan innebörden av lydelsen ”enligt krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten” utifrån rätts- och tillsynspraxis. Uppsatsen avslutas i avdelning fem med diskussion och slutsats.

# AVDELNING I

## 2. Gällande rätt

Den 1 januari 2008 ersattes 1992 års lag om offentlig upphandling av ny upphandlingslagstiftning (2007:1091). De nya reglerna har genomförts i nära anslutning till Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska direktivet). Direktivet är resultatet av en sammanföring av bl.a. för denna uppsats relevanta direktiv 93/37/EEG (byggdirektivet) och 92/50/EEG (tjänstedirektivet). 1992 års LOU ska dock fortfarande tillämpas på upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet av 2007 års lag.

LOU bygger på EU-direktiven i de delar som gäller upphandling över tröskelvärdena.<sup>3</sup> Delar av lagen som gäller för upphandling under dessa värden samt upphandlingar av bl.a. B-tjänster, oavsett värde, styrs dock av samma grundläggande principer (se nedan) men omfattas av svenska nationella regler (jfr 15 kap. LOU).

### 2.1 Upphandlingslagstiftningens syfte

Syftet med upphandlingslagstiftningen är att motverka dels risken för att nationella anbudsgivare/sökanden ges företräde när upphandlande myndigheter tilldelar kontrakt, dels risken för att myndigheter styrs av andra hänsyn än ekonomiska. Med andra ord syftar lagstiftningen till att ”säkra en sund konkurrens”.<sup>4</sup> Regelverket utgör primärt ett instrument för att förhindra otillbörlig användning av skattemedel inom offentlig sektor (exempelvis genom att motverka korrupcion).<sup>5</sup> Anbud/ansökningar ska behandlas utan ovidkommande hänsyn och anskaffning ska ske under öppna, dokumenterade och förutsebara former.

Syftet med offentliga upphandlingskontrakt för byggtreprenad i sig är att uppnå etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster vad gäller sådana arbeten<sup>6</sup> och att främja en effektiv konkurrens.<sup>7</sup>

---

<sup>3</sup> Se 3 kap. 1 § LOU samt tillkännagivande (2008:32) av tröskelvärdena vid offentlig upphandling

<sup>4</sup> Se EU-domstolens dom bl.a. i mål C-18/01 *Korhonen m.fl.* punkt 52 samt C-470/99 *Universale-Bau m.fl.* punkt 52

<sup>5</sup> Se bl.a. Pedersen *Upphandlingsrättens grunder* s. 29

<sup>6</sup> Andra skälet direktiv 93/37/EEG

<sup>7</sup> Tionde skälet direktiv 93/37/EEG

Sammanfattat utgör upphandlingslagstiftningen alltså ett av många instrument som ska förverkliga den inre marknaden och reflektera Fördraget om Europeiska unionens (FEU:s) ”fyra friheter” (d.v.s. fri rörlighet av varor, personer, kapital och tjänster).<sup>8</sup>

Det bör noteras att den upphandlingsrättsliga regleringen inte i första hand syftar till att öka upphandlande myndigheters möjligheter att åstadkomma ”bra affärer”; ett korrekt användande av lagstiftningen och en sund konkurrens kan samtidigt leda till ett sådant resultat. Engelskt uttryckt ”value for money”.<sup>9</sup>

## 2.2 Upphandlingsdirektiven och LOU; tolkning och tillämpning

Den svenska upphandlingslagstiftningen ska tolkas och tillämpas i enlighet med EU-rättens (FEU och upphandlingsdirektiven) syfte och lydelse samt i ljuset av EU-domstolens praxis (jfr konformitetsprincipen). All offentlig upphandling ska således genomsyras av EU-rättsliga grundprinciper, oavsett skede i upphandlingsprocessen. Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt (jmf principen om icke-diskriminering). Samtliga leverantörer ska därmed ges lika förutsättningar för anbudsdeltagande. På motsvarande sätt får vissa leverantörer eller grupper av leverantörer inte ensidigt gynnas. Principen om icke-diskriminering (se Andra delen, artikel 18 FEU, jfr 1 kap. 9 § LOU) har således ett nära samband med upphandlingslagstiftningens – LOU samt upphandlingsdirektivens – ändamålsenliga verkan, d.v.s. att säkra en effektiv konkurrens.

Upphandlingen ska därutöver genomföras med iakttagande av principerna om förutsebarhet, öppenhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Samtliga principer ska tillämpas gentemot alla leverantörer.<sup>10</sup> Även om någon uttrycklig hänvisning till reglerna om offentlig upphandling inte förekommer i FEU, finns således ett nära sakligt samband med fördragets konkurrensregler.

Enligt fast praxis ska begreppet ”offentligt byggtreprenadkontrakt” i den mening som avses i byggdirektiv 93/37/EEG (nu ersatt av klassiska direktivet 2004/18/EG) ges en unionsrättslig tolkning.<sup>11</sup> Begreppet ska följaktligen tolkas bl.a. mot bakgrund av direktivets syfte (se ovan p. 2.1).

---

<sup>8</sup> Se bl.a. EU-domstolens dom C-26/03 *Stadt Halle* punkt 44

<sup>9</sup> Se bl.a. Pedersen *Upphandlingsrättens grunder* s. 30f

<sup>10</sup> Se bl.a. KKV:s *Åtgärder för en bättre konkurrens* s. 80

<sup>11</sup> EU-domstolens dom i mål C-220/05 *Auroux* punkt 40

## 2.3 Lag om offentlig upphandling

Enligt LOU är upphandlande myndigheter skyldiga att tillämpa lagens regler vid upphandling av bl.a. byggtreprenader och tjänster (jfr 1 kap. 2 § LOU). Med upphandlande myndighet avses bland annat statliga eller kommunal myndigheter.<sup>12</sup>

Med *kontrakt* som avser bl.a. köp av byggtreprenad åsyftas enligt LOU ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som sluts mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer, samt undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur.<sup>13</sup> Uttrycket ”avtal med ekonomiska” villkor ska enligt EU-kommissionen ges en vid tolkning.<sup>14</sup> Begreppet omfattar enligt kommissionen ”såväl alla former av ersättning som kan kvantifieras i pengar och som en upphandlande myndighet åtar sig att betala till en leverantör, som alla olika sätt på vilka leverantören i utbyte mot ersättning kan åta sig att bl.a. utföra byggtreprenadarbeten för den upphandlande myndighetens räkning”. Detta kan bekräftas av EU-domstolen bl.a. i det s.k. La Scala-målet.<sup>15</sup> Varje form av ersättning från den upphandlande myndigheten, oavsett formen för betalning (såsom kontant betalning eller exempelvis genom att efterskänka vissa avgifter) ska anses utgöra vederlag för utfört entreprenadarbete.

Med *entreprenör* och *tjänsteleverantör* avses i sin tur varje fysisk eller juridisk person, offentlig enhet eller grupp av sådana personer och/eller organ som på marknaden erbjuder sig att utföra byggtreprenader och/eller tillhandahåller byggtreprenader eller tjänster.<sup>16</sup>

Såsom huvudregel ska vid en offentlig upphandling ett s.k. öppet eller selektivt förfarande användas, vilket innebär att alla intresserade leverantörer får möjlighet att lämna anbud respektive ansöka om att lämna anbud.<sup>17</sup> En s.k. förhandlad upphandling utan föregående annonsering är ett undantagsförfarande och får endast användas vid vissa i lagen angivna situationer.<sup>18</sup> Undantagen är emellertid avsedda att tillämpas restriktivt.<sup>19</sup>

---

<sup>12</sup> Med myndighet jämställs beslutande församlingar i kommuner och landsting och andra offentligt styrda organ samt sammanslutningar/församlingar av sådana myndigheter och organ. Ett statligt/kommunalt ägt bolag kan vara en upphandlande myndighet i lagens mening (2 kap. 19 § LOU)

<sup>13</sup> 2 kap. 10 § LOU

<sup>14</sup> Se bl.a. EU-kommissionen *Guide to the Community rules on public works contracts* s. 12

<sup>15</sup> EU-domstolens dom i mål C-399/98 *La Scala*

<sup>16</sup> Avdelning 1: artikel 1 punkt 8 direktiv 2004/18/EG

<sup>17</sup> 4 kap. 1 § LOU

<sup>18</sup> 4 kap. 5 § LOU

<sup>19</sup> EU-domstolens dom i förenade målen C-20/01 samt C-28/01 *Bockhorn och Braunschweig* punkt 58

### 2.3.1 Definitionen av byggtreprenadkontrakt

Definitionen av byggtreprenadkontrakt kan delas in i två kategorier (se nedan). Kontrakt avseende byggtreprenad hänförligt till första kategorin är tack vare förteckningen (bilaga 1) relativt lätt att identifiera och behandlas inte vidare.<sup>20</sup> Den andra kategorin är dock något oklar. Med *byggtreprenadkontrakt* avses enligt 2 kap. 3 § p. 2 LOU kontrakt som:

1. avser utförande eller både projektering och utförande av arbete som är hänförligt till en verksamhet som anges i bilaga 1<sup>21</sup> (kategori 1), eller
2. medför att ett byggnadsverk realiserar, oavsett hur kontraktet utformas, enligt krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten (kategori 2).

Motsvarande bestämmelse i bakomliggande direktiv 2004/18/EG återfinns i artikel 1 punkten 2 b) enligt följande: ”*a work, or the realization, by whatever means, of a work corresponding to the requirements specified by the contracting authority.*”

Det krävs alltså att två villkor är uppfyllda för att ett byggtreprenadkontrakt (enligt kategori 2) ska anses föreligga. Det ska förekomma ett ”byggnadsverk” som uppförs ”enligt krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten”. Med begreppet ”byggnadsverk” avses enligt 2 kap. 3 § andra stycket LOU ”det samlade resultatet av bygg- och anläggningsarbeten, om resultat självständigt kan utgöra en teknisk eller ekonomisk funktion.” Begreppet är delvis ottydligt. Att färdigställda byggnader omfattas, såsom en teater eller ett statshus, kan tyckas rimligt. Andra situationer kan skapa större oklarhet.<sup>22</sup> Det kan dock noteras att begreppet byggnadsverk överensstämmer med det samlingsbegrepp som används i lagen (1994:847) om tekniska egenskapskrav på byggnadsverk, varmed avses *byggnader* och *andra anläggningar*.<sup>23</sup> Slutligen ska alltså byggnaden komma att uppföras i ”enligt krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten”. Innebörden av lydelsen behandlas utifrån rätts- och tillsynspraxis mer ingående i avdelning IV.

---

<sup>20</sup> Se bl.a. Pedersen *Upphandlingens grunder* s. 39

<sup>21</sup> Förteckningen (Bilaga 1) omfattar bl.a. mark- och grundarbeten, rivning av hus, bygg- och anläggningsarbeten, uppföranden av hus och andra byggnadsverk etc.

<sup>22</sup> Något som utgör en beståndsdel i ett byggnadsverk, t.ex. ett fundament till en bro, kan i sig svårigen betraktas som ett byggnadsverk (Arrowsmith *The Law of Public and Utilities Procurement* s. 301)

<sup>23</sup> 1 kap. 1 §

### 2.3.2 Undantag vid köp eller hyra av byggnad

Inledningsvis ska konstateras att undantag från den direktivbaserade och i svensk lag stadgade upphandlingsskyldigheten endast ske med stöd av lag. Undantag från normal konkurrensutsättning ska tolkas restriktivt och det är den som avser att åberopa en undantagsbestämmelse som har bevisbördan för att det föreligger sådana motiverande omständigheter som kan rättfärdiga att undantag görs.<sup>24</sup>

Av 1 kap. 6 § första stycket p. 1 LOU följer:

*”denna lag gäller inte kontrakt som avser förvärv av fastighet, arrenderätt, hyresrätt, bostadsrätt, tomträtt, servitutsrätt eller någon annan rätt till fastighet, dock gäller lagen för upphandling av finansiella tjänster med anledning av kontrakt som avses i denna punkt.”*<sup>25</sup>

Med begreppet ”fastighet” avses enligt paragrafens andra stycke *”det som enligt jordabalken (1970:994) utgör eller tillhör en fastighet”*<sup>26</sup>, liksom befintlig byggnad som tillhör någon annan än ägaren till jorden.<sup>27</sup> Detsamma gäller sådana tillbehör som avses i 2 kap. 2 och 3 § § jordabalken, om de tillhör byggnadens ägare.”<sup>28</sup>

Motsvarigheten till undantagsbestämmelsen i direktiv 2004/18/EG återfinns i artikel 16 a)<sup>29</sup> och lyder: “This Directive shall not apply to public service contracts for the acquisition or rental, by whatever financial means, of land, *existing buildings* (författarens markering) or other immovable property or concerning rights thereon...”

Enligt direktivet omfattar undantaget vid köp eller hyra av byggnaden alltså endast vid tiden för kontraktet *befintliga byggnader* (engelsk avfattning “existing building), m.a.o. färdigställda byggnader. Begreppet ”befintlig byggnad” saknas däremot i den svenska

---

<sup>24</sup> EU-domstolens dom i förenade målen C-20/01 samt C-28/01 *Bockhorn och Braunschweig*, se även mål C-458/03 *Parking Brixen* samt C-199/85 *Kommissionen mot Italien*

<sup>25</sup> Undantaget omfattar inte kringtjänster, dock sådana som typiskt sett sammanhänger med fastighetsöverlåtelsen (exempelvis fastighetsunderhåll, uppvärmning m.m.)

<sup>26</sup> Enligt jordabalken (JB) är fast egendom jord. Denna är indelad i fastigheter (1 kap. 1 § JB). Till fastighet hör byggnad, ledning, stängsel och annan anläggning som anbragts i eller ovan jord för stadigvarande bruk, på rot stående träd och andra växter samt naturlig gödsel (2 kap. 1 § JB)

<sup>27</sup> Byggnad som tillhör någon annan än ägaren till jorden hör enligt jordabalken inte till fastighet. Även byggnad på annans mark, som enligt jordabalken är lös egendom, bör enligt LOU anses som fastighet. Detta tillägg är således föranlett av att sådana byggnader enligt jordabalken normalt utgör lös egendom. Prop. 2006/07:128 s. 290

<sup>28</sup> Till byggnad hör fast inredning m.m. (2 kap. 2 § JB). Till fastighet hör vidare s.k. industritillbehör (2 kap. 3 § JB)

<sup>29</sup> Undantaget påträffas i 1992 års LOU under 5 kap. – upphandling av tjänster (1 §). Jfr artikel 1 a) iii) direktiv 92/50/EEG

undantagsbestämmelsen såsom det kommer till uttryck i direktivet.<sup>30</sup> I förarbetena till LOU framgår uttryckligen att begreppet ”befintlig byggnad” i direktivet uppfattas som oklart; ”Det är oklart vad som i artikeln avses med undantaget för befintlig byggnad”.<sup>31</sup> Samtidigt framhåller man i förarbetena att ”befintlig byggnad” i direktivet ”syftar till att klargöra att undantaget från upphandlingsskyldighet vid köp eller hyra av byggnader inte omfattar byggentreprenad.”<sup>32</sup> Enligt förarbetena ska följande två situationer bli att anse som byggentreprenader och därmed upphandlas enligt LOU:s regler för upphandling av byggentreprenad.<sup>33</sup>

1. 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 köpa fastigheten med den uppförda byggnaden
2. 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 (det s.k. ”om – och tillbyggnadsfallet”)

---

<sup>30</sup> Med undantag för att begreppet nämns i anslutning till förklaringen av i sin tur begreppet ”fastighet” i 1 kap. 6 § andra stycket LOU, förekommer det alltså inte i paragrafens inledande stycke

<sup>31</sup> Prop. 2006/07:128 s. 290

<sup>32</sup> Ibid.

<sup>33</sup> Ibid. s. 290



## AVDELNING II

### 3 Undantagets tillämplighet

#### 3.1 Inledning

En tillsynes inte ovanlig uppfattningen bland somliga upphandlande myndigheter är att undantaget vid köp eller hyra av byggnad i LOU (1 kap. 6 §) kan tillämpas även vid köp eller hyra av ”icke befintliga byggnader”, d.v.s. byggnader som endast existerar i planer/ritningar eller som är under uppförande.<sup>34</sup> I samband med ett ärende som år 1994 anmäldes till EFTA:s dåvarande övervakningsmyndighet ESA<sup>35</sup> publicerade NOU<sup>36</sup> ett i sammanhanget intressant uttalande:

*”Undantaget i 5 kap 1 § [gamla] LOU (nu 1 kap. 6 § LOU) avser endast färdiga byggnader. Däremot är uppförandet av en byggnad efter beställarens riktlinjer att anse som en entreprenad. Detta blir särskilt tydligt när byggnaderna är av särskild karaktär såsom värmekraftverk, skola, sjukhus, brandstation eller liknande. Är det däremot fråga om byggnader som vem som helst kan tänkas köpa och som inte planeras för den upphandlande enhetens behov kan sannolikt undantaget användas redan under byggtiden.”*

Med detta vill NOU dock inte säga att det enbart är byggnader som en myndighet enligt lag är ålagd att tillhandahålla som faller utanför undantagsbestämmelsen. Även byggnader av kommersiellt värde ska offentligt upphandlas, under förutsättning de uppförs enligt myndighetens krav och önskemål.<sup>37</sup>

Enligt NOU kan alltså undantaget vid köp eller hyra av byggnad i 1 kap. 6 § LOU sannolikt tillämpas redan under byggtiden, förutsatta att ”vems som helst” kan tänkas köpa byggnaden och byggnaden inte planeras för den upphandlande myndigheten. Både domstol och tillsynsmyndighet (d.v.s. NOU och senare KKV) har i sina domar och beslut sedermera

---

<sup>34</sup> Se bl.a. SKL:s cirkulär 09:02

<sup>35</sup> Motsvarigheten till EU-kommissionen inom EU

<sup>36</sup> NOU:s verksamhet fördes år 2007 över på Konkurrensverket (KKV). Ärendet publicerades av NOU i Årssammanställning för 1993-95, sid 49 ff., 11.3 ”Köp av byggnad som endast finns på ritning”. Ett byggföretag hade erbjudit en kommun att uppföra en brandstation på mark som byggföretaget disponerade för att därefter överlåta fastigheten till kommunen. Med stöd av LOU:s undantag vid köp eller hyra av fastighet fann kommunen, trots att byggnationen vid upphandlingstillfället således inte existerade, att någon offentlig upphandling inte behövde föregå förvärvet. Byggföretaget återkallade sedermera sitt anbud

<sup>37</sup> Se bl.a. NOU yttrande den 26 augusti 1999 i Kamrarrättens i Göteborg mål nr. 3859-1999 dnr 1999/0145-22

hänvisat till uttalandet.<sup>38</sup> Samtidigt synes uttalandet i första anblick stå i strid med vad som uttryckligen stadgas i bakomliggande EU-direktiv, nämligen att undantaget vid köp eller hyra av byggnad enbart omfattar vid tidpunkten för kontraktet färdigställda byggnader. En sådan slutsats torde dock vara alltför enkel. Efterföljande avsnitt ställer NOU:s uttalande i en rättslig kontext.

### **3.2 Kan undantaget vid köp eller hyra av byggnad tillämpas redan under byggtiden?**

För att kunna besvara frågan måste inledningsvis undantagets tillämplighet i relation till övriga bestämmelser i LOU förklaras. Kontrakt som inte avser byggtreprenad och inte heller varor, ska enligt LOU i vilket fall upphandlas i enlighet med reglerna för upphandling av tjänst (se 1 kap. 18 §). Undantaget i 1 kap. 6 § LOU vid köp eller hyra av byggnad i sin tur har sin huvudsakliga tillämplighet på vilka kontrakt som ska omfattas respektive inte omfattas av tjänsteupphandlingsreglerna.<sup>39</sup>

Det kan förekomma fall då en upphandlande myndighet helt enkelt accepterar en av entreprenören föreslagen lösning på byggnad, m.a.o. lämnar myndigheten inte några som helst specifika krav på byggnadens utformning. I andra fall kan det istället förekomma förhandling mellan myndigheten och entreprenören om byggnadens utseende/inredning, omfattning eller standard etc.<sup>40</sup> Det första fallet torde i LOU:s mening inte innebära att en byggnad uppförs ”i enlighet med krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten” (2 kap. 3 §). Ett sådant kontrakt torde alltså inte betraktas som ett byggtreprenadkontrakt i LOU:s mening. Eftersom byggnaden inte är ”befintlig” vid tidpunkten för kontraktet, faller ett sådant kontrakt inte heller in under undantaget vid köp eller hyra av byggnad (1 kap. 6 § LOU). Mot bakgrund av EU-rätten omfattar ju undantaget endast ”befintliga byggnader” (d.v.s. färdigställda). Kontraktet ska därför i vilket fall upphandlas i enlighet med LOU:s tjänsteupphandlingsregler.

Det kan visserligen ifrågasättas huruvida definitionen av byggtreprenadkontrakt i 2 kap. 3 § LOU är uppfylld trots att den upphandlande myndigheten inte avser att lämna några som helst

---

<sup>38</sup> Se bland fler Kammarrätten i Göteborg *Lars Linnersten ./. Region Skåne* mål nr 7477-08, samt KKV *Kristinehamns kommuns nyttjanderättsavtal med Kunskapsporten Kristinehamn AB* 2009-09-09 dnr 128/2009

<sup>39</sup> De kontrakt som i EU-direktivets artikel 16 undantas från upphandlingsplikten, behandlas samtliga som ”tjänstkontrakt” (se ovan: ”*This Directive shall not apply to public service contracts for...*”), vilket alltså beror på att tjänstkontrakt utgör en typ av restpost. Undantag från upphandlingslagstiftningens tillämpning medges även vid bl.a. anskaffning, utveckling, produktion av programmaterial avsett för radio/TV-program, skiljemamma- och förlikningsuppdrag, forskning och utvecklingstjänster m.m. (jfr 1 kap. 6 § LOU)

<sup>40</sup> Arrowsmith *The Law of Public and Utilities Procurement* s. 305

specifika krav i anslutning till byggprojektet. Med andra ord, då myndigheten helt enkelt accepterar en av uteslutande entreprenören fastställd byggnadsspecifikation. Ett tillsynsärende, behandlat av NOU år 2000<sup>41</sup>, angående polismyndighetens hyra av lokaler i Hässleholm kan exemplifiera problematiken. Omständigheter i ärendet var följande:

Ett byggföretag fick i uppdrag av Länsförsäkringar att uppföra en byggnad i Hässleholm, avsedd att delvis uthyras till polismyndigheten. Länsförsäkringar presenterade ritningar på byggnaden och erbjöd sedvanlig hyresgäst Anpassning. Polismyndigheten inledde sedermera förhandlingar om ytbehov, hyresgäst Anpassning och villkor i ett kommande hyresavtal (avsett att löpa under sex år). När polismyndighetens behov av lokalerna sedermera upphörde skulle bl.a. fyra arrester och vapenrum återställas till motsvarande standard som förrådsutrymme. Lokalerna var efter myndighetens avflyttning avsedda för butiksändamål.

NOU ansåg att det sammantaget inte var visat att polismyndighetens anskaffning av lokalerna omfattades av definitionen av byggtreprenadkontrakt (2 kap. 3 § LOU). Någon anledning att anta att myndigheten haft för avsikt att ”på vilket sätt som helst”<sup>42</sup> låta uppföra en byggnad som uppfyller dennes krav framkom enligt nämnden inte. I denna bemärkelse beaktades bl.a. att den aktuella huskroppen inte synes ha planerats särskilt för myndighetens behov. Inte heller de projekterade lokalerna synes ha anpassats till myndighetens behov i sådan utsträckning, att byggnaden fick anses komma att uppföras enligt myndighetens krav. Att polismyndigheten haft för avsikt att sluta ett rent hyresavtal med lämplig hyresvärd, utan någon koppling till avtal om byggtreprenad, kunde därför antas.

Samtidigt ska LOU:s definition av byggtreprenadkontrakt ges en vid tolkning (jfr avdelning III p. 4). Lagtexten som tar fokus på lydelsen ”enligt krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten” utan att nämna något om myndighetens ”input” synes dessutom inta en vid tillämpning. Enbart det faktum att den upphandlande myndigheten förväntar sig att en detaljerad byggnadsspecifikation inkluderas i kontraktet, kan därför möjligen i sig medföra att kontraktet faller in under entreprenadupphandlingsreglerna. Detta torde dock vara en alltför strikt tolkning av lydelsen. Uppfattningen finner stöd i ett av EU-domstolen nyligen meddelat förhandsavgörande.<sup>43</sup> EU-domstolen hade just att ta ställning till huruvida kravet

---

<sup>41</sup> Arrowsmith *The Law of Public and Utilities Procurement* s. 305

<sup>42</sup> Med ”på vilket sätt som helst” torde NOU syfta på lydelsen ”oavsett hur kontraktet utformas” i 2 kap. 3 § LOU. Under avdelning III, p. 4 behandlas lydelsens innebörd

<sup>43</sup> Mål C-451/08, angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 234 EG, framställd av Tyskland. Dom meddelad den 25 mars 2010

avseende ”behov som den upphandlande myndigheten har specificerat” är uppfylld endast på grund av den omständighet att en myndighet undersöker vissa byggnadsplaner som presenteras för den.<sup>44</sup> Enligt EU- domstolen krävs, för att en upphandlande myndighet ska anses specificerat sina behov i den mening som avses i direktivet, att myndigheten har vidtagit åtgärder för att specificera byggtreprenad eller åtminstone för att utöva ett bestämmande inflytande på dess projektering.

Det kan alltså konstateras att den upphandlande myndighetens ”rena accept” av en av entreprenören föreslagen lösning på byggnad av ”kommersiellt värde”, sannolikt inte betraktas så att myndighetens specifika krav därmed tillgodoses. En sådan byggnad anses således inte uppföras ”enligt krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten” och köpet eller förhyrningen av byggnaden omfattas inte av reglerna för byggtreprenad (jmf 2 kap. 3 § LOU).

För att knyta an till inledande stycken medför rättsläget således att en upphandlande myndighet vid köp eller hyra av en ”kommersiell byggnad” där entreprenörens byggnadsförslag i sin helhet godtas, i vilket fall ska tillämpa reglerna för upphandling av tjänst. Enligt Sue Arrowsmith<sup>45</sup> kan tjänsteupphandlingsreglernas tillämplighet på den aktuella kontraktssituationen ifrågasättas; “... this was probably not intended – if such a contract is covered at all, it is the works rules that are appropriate”. Om kontraktssituationen överhuvudtaget ska omfattas av upphandlingslagstiftningen är det, enligt Arrowsmith, alltså reglerna för upphandling av byggtreprenad som är lämpliga (regler som alltså inte är tillämpliga på det aktuella fallet). Enligt Arrowsmith är det därför sannolikt att undantagsbestämmelsen vid köp eller hyra av byggnad inte enbart omfattar *vid tidpunkten för kontraktet* ”befintliga byggnader” utan även byggnader som de facto existerar *vid tidpunkten för överföringen*, så att sådana kontraktssituationer istället kan undantas från upphandlingslagstiftningen i sin helhet.<sup>46</sup> Enligt Arrowsmith bör alltså undantagsbestämmelsen i vissa fall kunna tillämpas redan under byggtiden, m.a.o. då byggnaden inte uppförs i enlighet med myndighetens specifika krav (och således inte utgör byggtreprenad i LOU:s mening).

---

<sup>44</sup> Se artikel 1. 2 b direktiv 2004/18/EG

<sup>45</sup> Arrowsmith *The Law of Public and Utilities Procurement* s. 305

<sup>46</sup> Ibid. s. 360 not 33. Därmed åsyftat tidpunkten då byggnad de facto är färdigställd, m.a.o. slutbesiktigad och möjlig att tillträda

Arrowsmith:s resonemanget ökar därmed förståelsen för hur man i förarbetena till LOU tolkar begreppet ”befintlig byggnad”, nämligen att begreppet helt enkelt ”*syftar till att klargöra att undantaget inte omfattar byggentreprenadkontrakt*”.<sup>47</sup> Resonemanget ligger också väl i linje med NOU:s uttalande publicerade i nou-info april 1994, nämligen att undantaget kan tillämpas redan under byggtiden, förutsatt att ”vem som helst” kan tänkas köpa byggnaden och den inte planeras för den upphandlande myndigheten.

Mot bakgrund av ovanstående kan således konstateras att den avgörande frågan för en gränsdragning mellan upphandlingsskyldigheten vid köp av byggentreprenad och undantaget vid köp eller hyra av byggnad, kommer att vara om bygganden ifråga omfattas av definitionen av byggentreprenad i LOU.<sup>48</sup> Med andra ord, om byggnaden anses uppförd ”*enligt krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten*” (2 kap. 3 § LOU).

---

<sup>47</sup> Prop. 2006/07:128 s. 291

<sup>48</sup> Se Magasinet FastighetsSverige #5/september 2007 *Advokaten har ordet* s. 58 samt 59

## AVDELNING III

### 4. Byggtreprenad, oavsett affärs- och kontraktsupplägg

Uppförs en byggnad i enlighet med en upphandlande myndighets krav och önskemål omfattas köpet eller förhyrningen av byggnaden, oavsett hur kontraktet utformas (engelsk avfattning ”by whatever means”), av LOU:s definition av byggtreprenadkontrakt i 2 kap. 3 §. Alla typer av kontrakt, oavsett affärs- och kontraktsupplägg mellan parterna, kan med andra ord omfattas av LOU:s regler för upphandling av byggtreprenad.

Begreppet ”oavsett hur kontraktet utformas” införlivades i LOU:s 2 kap. 3 paragraf först genom implementeringen av det klassiska direktivet (2004/18/EG). Detta trots att begreppet togs in i den unionsrättsliga definitionen av byggtreprenadkontrakt redan genom direktiv 89/440/EEG.<sup>49</sup> I ingressen till direktivet anges att *”innehörden av offentliga bygg- och anläggningsarbeten bör anges tydligt, så att man i synnerhet tar hänsyn till nya former av sådana kontrakt.”*<sup>50</sup>

Enligt EU-kommissionens Guide to Community rules on public work contracts<sup>51</sup> syftar begreppet ”by whatever means” till att förtydliga att alla nya former av kontrakt, oavsett om de åtföljs av andra arbeten (såsom att arrangera finansiering, köpa mark och utforma projektet etc.), faller inom definitionen av byggtreprenadkontrakt. Tillämpningsområdet av det klassiska direktivet (2004/18/EG) ska enligt kommissionen vara det vidast möjliga (”as wide as possible”) i syfte att fånga in hela det spektrum av kontraktsförhållanden som skulle kunna övervägas av upphandlande myndigheter för att tillgodose deras särskilda behov.<sup>52</sup>

Denna innebörd understryks av NOU i ett nyhetsbrev från oktober 1997<sup>53</sup>, samtidigt som nämnden påtalar att en upphandlande myndighet inte genom ”olika arrangemang” (t.ex. genom att uppdra åt konsult/ombud att sköta upphandlingen m.fl. uppgifter samt sluta avtal med en entreprenör) kan frånhända sig ansvaret för att upphandlingen genomförs enligt gällande regler.

---

<sup>49</sup> Direktivet föregicks av det första byggdirektivet 71/305/EEG, efterföljt av direktiv 37/93/EEG samt slutligen nu gällande direktiv 2004/18/EG

<sup>50</sup> P. 8

<sup>51</sup> EU-kommissionen *Guide to the community rules on Public works contracts* s. 12. Kommissionen anger själv att Guiden inte har ”legal value” och inte nödvändigtvis representerar den officiella ståndpunkten

<sup>52</sup> EU-kommissionen *Guide to the community rules on Public works contracts* s. 12

<sup>53</sup> s. 6

#### 4.1 Uppmärksammade typer av kontraktsförhållanden

Definitionen av byggentreprenadkontrakt och specifikt lydelsen ”realisation av byggnadsverk enligt krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten” aktualiserar framförallt två typer av kontraktsförhållanden (se nedan) som omfattas av entreprenadupphandlingsreglerna. Lydelsen införlivades först i byggdirektiv 89/440/EEG och senare i svensk upphandlingslagstiftning (2 kap. 3 § LOU).<sup>54</sup>

*Det första kontaktsförhållandet* är då en upphandlande myndighet, i stället för att uppdra åt en leverantör att uppföra en byggnad på myndighetens mark, väljer att träffa avtal med entreprenören om att denne skall uppföra byggnaden på egen mark enligt myndighetens önskemål för att därefter överlåta eller hyra ut fastigheten till myndigheten.<sup>55</sup> Det har således inte någon betydelse om den upphandlande myndigheten slutligen ska äga byggnadsverket eller inte. Även hyra av en byggnad, som uppförs enligt upphandlande myndighetens önskemål, kan omfattas av definitionen av ”byggentreprenadkontrakt”.

*Det andra kontraktsförhållandet* som omfattas av byggentreprenadupphandlingsreglerna är då en upphandlande myndighet uppdrar åt en mellanhand (en entreprenör, ett företag eller en konsult), att i sin tur till en tredje part tilldela ett byggentreprenadkontrakt.<sup>56</sup> Den upphandlande myndighetens uppdrag åt mellanhanden skulle, om situationen inte omfattades av reglerna för upphandling av byggentreprenad, annars betraktas som en tjänsteupphandling. Uppdraget som sådant avser ju enbart tillhandahållande av tjänst. Uppdragstagaren ska således vid köp av entreprenadarbeten från tredje part tillämpa ett upphandlingsförfarande i enlighet med LOU. Det åvilar alltså uppdragstagaren, liksom myndigheten, en upphandlingsskyldighet.

Resonemanget innebär inte att en kontraktstilldelad byggentreprenör ska upphandla sina underentreprenörer. Denne ska naturligen svara för tillhandahållandet av byggnadsarbetet men själva utförandet, hela eller delar av det, kan mycket väl genomföras av underleverantörer.<sup>57</sup> Detta förutsätter att den upphandlande myndigheten har upphandlat hela entreprenaden, inklusive eventuella delentreprenader, i en upphandling.

---

<sup>54</sup> Se Arrowsmith *The Law of Public and Utilities Procurement* s. 303

<sup>55</sup> Ibid. s. 298. Se även Arrowsmith *The Law of Public and Utilities Procurement* s. 303

<sup>56</sup> Prop. 2006/07:128 s. 298. Se även Arrowsmith *The Law of Public and Utilities Procurement* s. 303

<sup>57</sup> Se bl.a. EU-domstolens dom i mål nr C-389/92 *Ballast Nedam Groep*

## 4.2 Kontraktets faktiska syfte

Enbart kontraktets rubricering såsom ”köpeavtal” eller ”hyresavtal”, med hänvisning till att avtalsförhållandet innehåller ett visst inslag av ett rent köp eller en ren förhyrning av byggnaden, frångår således inte den upphandlande myndigheten ansvaret att genomföra upphandlingen enligt reglerna för upphandling av byggtreprenad.

AV EU-domstolens dom i det s.k. La Scala-målet<sup>58</sup> framgår att alla avtal som omfattas av gemenskapsrättens tillämpningsområde ska upphandlas och det är inte beteckningen på avtalet i sig som är viktig utan innebörden i funktionella termer. Bedömningen om en avtalskonstruktion avser ett rent köp- eller hyresförhållande alternativt är föremål för en entreprenadupphandling i LOU:s mening, ska alltså urskiljas ur det föreliggande faktiska förhållandet.<sup>59</sup> Det är således avtalets verkliga syfte som ska ligga till grund för bedömningen, alltså oavsett avtalets rubricering.

Att så är fallet understryker EU-domstolen i mål C-536/07<sup>60</sup> som relativt nyligen avgjordes. Avgörandet är det som från unionsrättsligt håll ger störst vägledning. I målet var fråga om att KölnMesse, ett privaträttsligt bolag som till övervägande del ägs av staden Köln, sålt en fastighet till det privata investment bolaget GKM-GbR för uppförande av fyra mässhallar. GKM-GbR och staden Köln ingick ett hyresavtal rörande fastigheten samt de fyra mässhallar som skulle uppföras på den (huvudkontraktet). Genom huvudkontraktet upplät GKM-GbR nyttjanderätten till marken och till de byggnader som skulle uppföras därpå, till staden Köln för en period om 30 år. Hyra skulle erläggas med 1,725 miljoner euro per månad, totalt ungefär 600 miljoner euro. Enligt kontraktet åtog sig GKM-GbR att uppföra byggnader till åtminstone normalstandard, enligt givna anvisningar beträffande storlek, typ och egenskaper och ställa dessa till stadens Köln förfogande. Byggnadskostnaderna uppgick till 235 miljoner euro. Staden Köln upplät i sin tur nyttjanderätten till de fyra mässhallarna till KölnMesse. Staden Köln gav i avtalet KölnMesse fulla befogenheter att utöva samtliga deras rättsligheter och uppfylla samtliga skyldigheter i förhållande till GKM-GbR.

Efter att ha konstaterat att det avtal som är aktuellt i målet är slutet mellan staden Köln och GKM-GbR gör EU-domstolen en bedömning av transaktionens rättsliga kvalificering för att kunna avgöra om transaktionen utgör ett byggtreprenadkontrakt eller är en hyra av

---

<sup>58</sup> EU-domstolens dom mål C-399/98 *La Scala*

<sup>59</sup> Se bl.a. EU-domstolens dom i mål C-399/98 *La Scala* samt C-412/04 *kommissionen mot Italien*

<sup>60</sup> *Kommissionen mot Tyskland*. Dom meddelad den 29 oktober 2009



fastighet. EU-domstolen hänvisar till artikel 1 a i direktiv 93/37/EG och framhåller att det centrala kriteriet är att ett byggnadsverk uppförs enligt krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten, oavsett på vilket sätt utförandet sker.

Huvudkontraktet i det aktuella målet betecknades som ”hyresavtal”. EU-domstolen konstaterade att avtalet innehåller inslag som rör uthyrning, men att uppförandet av den aktuella byggnaden inte påbörjats vid tidpunkten då avtalet slöts. Det omedelbara syftet med kontraktet kunde därför inte vara uthyrning av byggnader. Enligt EU-domstolen kunde det främsta syftet med kontraktet logiskt sett bara vara uppförandet av mässhallar som sedan skulle ställas till staden Kölns förfogande, genom ett avtalsförhållande som betecknades som ”hyresavtal”. EU-domstolen konstaterar att huvudkontraktets syfte var uppförandet av mässhallarna enligt de detaljerade specifikationer som staden Köln lämnat i huvudkontraktet. Dessa specifikationer, vilka gav en detaljerad beskrivning av de byggnader som skulle uppföras, deras egenskaper och utrustning, gick enligt domstolen mycket längre än en hyresgästs vanliga krav på en nybyggd byggnad.

EU-domstolen framhöll vidare att storleken på ersättningen inte är avgörande för kvalificeringen av avtalet. Det hade, enligt domstolen, således begränsad betydelse att hyran i slutändan skulle komma att uppgå till ett betydligt högre belopp än kostanden för att uppföra byggnadsverken. Enligt domstolen hade KölnMesses möjlighet eller skyldighet att återköpa de uppförda byggnaderna inte någon betydelse för bedömningen. Det aktuella avtalet kvalificerades därför av EU-domstolen som ett offentligt byggentreprenadkontrakt och kontraktstilldelningen skulle därmed ha föregåtts av en offentlig upphandling.

## AVDELNING IV

### 5. När anses en byggnad "skräddarsydd" för den upphandlande myndigheten?

Det centrala kriteriet för att avgöra om ett kontrakt rättsligt ska kvalificeras som ett byggentreprenadkontrakt eller som köp eller hyra av byggnad är, som EU-domstolen i mål C-536/07 understryker, om byggnaden uppförs "enligt krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten" – oavsett kontraktets rubricering. Vad som avses med lydelsen är dock något oklart. Vilka krav (d.v.s. kravens beskaffenhet och omfattning) erfordras av den upphandlande myndigheten för att byggnaden ska anses "skräddarsydd" för myndigheten?

För att få ett grepp om lydelsens innebörd utgår jag i det följande från den rätts- och tillsynspraxis som föreligger på området. Som tidigare noterats är rättspraxisen tunn. En särskilt bra vägledning ger två domstolsavgöranden, mål 3859-1999 samt 7477-08, meddelade av kammarrätten i Göteborg år 1999 respektive 2009.

#### 5.1 Specialbyggnader

Byggnader som på ett uppenbart sätt måste specialanpassas på grund av deras specifika karaktär, uppförs rimligen efter utförliga anvisningar från den som ska nyttja byggnaden. Just på grund av byggnadernas särart saknar de ofta ett kommersiellt värde av större betydelse. Det framstår högst osannolikt att en entreprenör på spekulation skulle uppföra sådana byggnader. Initiativet till byggnationerna torde istället, i de allra flesta fall, ligga på den upphandlande myndighetens – "beställarens" – bord. Sammantaget bör det med stor sannolikhet därför kunna presumeras att specialbyggnader uppförs "enligt krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten" och därmed alltid omfattas av reglerna i LOU för upphandling av byggentreprenad (2 kap. 3 § LOU).

Huruvida en byggnad ska betraktas som en "specialbyggnad" synes vara avhängigt ett antal aspekter. Det finns skäl att anta att byggnaden uppförs enligt myndighetens krav och specifikationer eller planeras för myndigheten, om en nyttjanderätt eller äganderättsövergång utgör en nödvändig förutsättning därför. Att byggnaden också, i sin helhet eller till övervägande del, är avsedd att finansieras med offentliga medel ger än mer stöd för en sådan bedömning.

Exempel på ”specialbyggnad” återfinns i fastighetstaxeringslagen (1979:1152)<sup>61</sup>, varmed sådan bl.a. avses försvarsbyggnad, vårdbyggnad samt skolbyggnad etc. Även kriminalvårdsanstalt utgör ett sådant exempel. NOU granskade<sup>62</sup> år 2006 ett av kriminalvården planerat köp av en kriminalvårdsanstalt, beräknad till ett värde om 400 miljoner kronor. Ett byggföretag skulle enligt avtal med kriminalvården uppföra en kriminalvårdanstalt på mark i kommunens (Östersunds) ägo, för att sedan hyra ut byggnaden till kriminalvården och dess verksamhet. Anstalten var enligt NOU ostridigt avsedd att täcka ett specifikt behov, bl.a. vad avser antalet häktesplatser som skulle tillgodoses samt i övrigt uppfylla en lång rad av olika miljö- och säkerhetsmässiga krav. På grund av kriminalvårdsanstalters synnerligen speciella karaktär och det faktum att byggnadens alternativa användningsområde rimligen kunde antas så gott som obefintlig, fann nämnden det ställt utom allt rimligt tvivel att byggnaden var avsedd att uppföras i enlighet med kriminalvårdens krav och specifikationer.

## 5.2 Byggnader av kommersiellt värde

Som tidigare har betonats är det inte enbart byggnader av uppenbart speciell karaktär som kan anses falla in under LOU:s definition av ”byggtrepreneurkontrakt” (2 kap. 3 § LOU). Detta gäller *alla* byggnader, alltså även byggnader som har ett ”kommersiellt intresse”, förutsatt att byggnaden uppförs enligt myndighetens krav och önskemål.

Regeringsrätten fann i RÅ 2004 ref 48<sup>63</sup> att LOU:s regler för upphandling av byggtrepreneur var tillämpliga på en upphandling av ett byggprojekt (idrottsanläggning) på grund av att den kontrakterande kommunen:

- (1) utövat ett väsentligt inflytande över projektet när det gällde upphandling, genomförande och avslutande,
- (2) hade bidragit med mer än hälften av kostnaden, samt
- (3) hade för avsikt att efter färdigställande och slutbesiktning köpa anläggningen jämte mark

Dessa bedömningsaspekter är återkommande i den praxis som föreligger på området. Kammarrätten i Göteborg i mål 3859/1999<sup>64</sup> att bedöma en serie överenskommelser där liknande omständigheter förelåg:

---

<sup>61</sup> 2 kap. 2 §

<sup>62</sup> NOU *Kriminalvårdens uppgivna avtal med Brinova 173 angående en ny kriminalvårdsanstalt i Östersund* 2007-11-16 dnr 2006/0152-29

<sup>63</sup> RÅ 2004 ref 48 *Skanska Sverige AB ./.* Karlskrona kommun mål nr 2721-04

En kommun (Torsby) ingick ett avtal om hyra av en simhall, och en option på senare köp av denna inkluderades. Simhallen existerade inte vid tiden överenskommelsen. Kommunen upplät ett markområde avsett för simhallens lokalisering, till en ideell förening på orten (kallad "Team Torsby"). Byggnationen skulle finansieras genom att förening upptog lån från kommunen om 20 miljoner kronor, samt i övrigt av bidrag på sammanlagt 12 miljoner kronor. Kommunen förband sig att hyra simhallen av föreningen, från och med dagen för färdigställandet och tio år framöver. Hyresersättningen utgjordes av en årlig amortering på lånet om en miljon kronor jämte ränta. Efter hyresutgången skulle kommunen lösa ut simhallen med dess inventarier för tio miljoner kronor. Betalningen innebar att föreningens resterande skuld till kommunen, om tio miljoner kronor, avskrevs. Någon offentlig upphandling föregick inte kontraktstilldelningen.

Definitionen av byggtreprenadkontrakt var enligt kammarrätten uppfylld (2 kap. 3 § LOU) och kontraktstilldelningen utgjorde därmed en otillåten direktupphandling (jfr 16 kap. 2 § LOU). Avtalet var alltså inte föremål för undantaget i 1 kap. 6 § LOU utan skulle ha upphandlats offentligt.

NOU, som lämnade ett yttrande i målet<sup>65</sup>, fann omständigheterna att avtalet mellan parterna innebar uppförande av en simhall, vilken avsågs att hyras av kommunen, varefter kommunen avsåg att överta anläggningen, i sig utgöra tillräcklig grund för att simhallen fick anses komma att uppföras enligt kommunens krav, d.v.s. definitionen av byggtreprenadkontrakt var därmed uppfylld (2 kap. 3 § LOU).

Det var alltså avtalets innehåll och utformning som fick ligga till grund för bedömningen av det verkliga kontraktsförhållandet mellan parterna, oavsett rubriceringen av kontraktet ifråga. Liknande omständigheter förelåg i följande avgörande:

Med beslut i september 2009 underkände KKV<sup>66</sup> en avtalskonstruktion mellan en kommun (Kristinehamn) och ett fastighetsföretag (KunskapsPorten Kristinehamn AB), rubricerat "avtal avseende nyttjanderätt till badhus". Av avtalet framkom att fastighetsföretaget (KunskapsPorten) för kommunens räkning skulle låta uppföra en simhall, för att mellan

---

<sup>64</sup> Kammarrätten i Göteborg *Tommy Ålfelt Bygg AB ./. Torsby kommun* mål nr 3859-99 avgörandedatum 1999-12-08

<sup>65</sup> NOU yttrande den 26 augusti 1999 i *Kammarrättens i Göteborg* mål nr 3859-1999 dnr 1999/0145-22

<sup>66</sup> Konkurrensverket *Kristinehamns kommuns nyttjanderättsavtal med Kunskapsporten Kristinehamn AB* 2009-09-09 dnr 128/2009

perioden 2008-2032 hyra ut densamma till kommunen. Det framkom även att kommunen skulle ersätta KunskapsPorten med en fast kostnad om 7,5 miljoner kronor per år. Kommunen har emellertid ingen möjlighet att frånträda avtalet förrän tidigast år 2031. Ingen offentlig anbudsinfordran föregick kontraktstilldelningen.

Med beaktande av bl.a. kommunens instruktioner om den närmare utformningen av badhuset bedömde KKV att byggnationen hade planerats för och var avsedd att uppföras enligt kommunens krav och specifikationer. Det inflytande som kommunen haft inför uppförandet av badhuset fick anses gå utöver vad som en hyresgäst normalt sett har i ett hyresförhållande, samt att det fick hållas för visst att badhuset inte hade uppförts om kommunen förlagt verksamheten till andra lokaler.

Definitionen av byggtreprenadkontrakt var enligt KKV därmed uppfylld (2 kap. 3 § LOU) och kontraktstilldelning skulle följaktligen ha föregåtts av ett offentligt upphandlingsförfarande enligt LOU:s regler för upphandling av byggtreprenad. Avtalet var således inte föremål för undantaget i 1 kap. 6 § LOU.

Notera att ersättningsmodellen mellan parterna, enligt KKV, gav stöd för bedömningen. Kostnaderna för uppförandet av badhuset motsvarade mer än hälften av den totala ersättningen som kommunen förbundit sig att erlægga. Den månadsvisa betalningen från kommunen till KunskapsPorten fick därför till sin huvuddel betraktas som avbetalning för kostnader för uppförandet av badhuset.

Följande avgörande är från svenskt håll det tidigaste på området. Kammarrätten i Göteborg meddelade i februari 2009 dom i mål nr 7477-08<sup>67</sup>, angående Region Skånes (Regionen) anskaffning av nytt kontorshus. På grundval av följande avtalsvillkor mellan Regionen och byggföretaget Wihlborgs fastigheter AB (Wihlborg) fann kammarrätten att det aktuella kontorshuset var avsett att uppföras enligt Regionens krav och specifikationer:

Wihlborgs ska genomföra projekteringen av byggnaden i samråd med Regionen. Under projekteringsfasen ska Wihlborgs och Regionen ha samrådsmöten med två veckors intervall, om inte parterna särskilt kommer överens om något annat. Under byggnadens uppförande ska Wihlborgs bereda Regionen möjlighet att delta vid byggmöten etc. Regionens önskemål om byggnadens utformning ska tillgodoses i största möjliga utsträckning. Wihlborgs ska vid

---

<sup>67</sup> Kammarrätten i Göteborg *Lars Linnersten ./. Region Skåne* mål nr 7477-08 avgörandedatum 2009-02-27

tecknandet av entreprenadavtal för uppförande av byggnaden tillse att entreprenören åläggs att uppföra byggnaden i enlighet med vad som överenskommits mellan parterna.

Definitionen av byggentreprenadkontrakt var enligt kammarrätten därmed uppfylld (2 kap. 3 § LOU) och kontraktstilldelning utgjorde en otillåten direktupphandling (jfr 16 kap. 2 § LOU). Avtalet var således inte föremål för undantaget i 1 kap. 6 § LOU.

Talan i målet avvisades dock av talerättsskäl. Rätt att föra talan i överprövningsmål ankommer enbart leverantörer. Klaganden, som i detta fall var en privatperson, saknade således talerätt. Kammarrättens domskäl är dock utförliga och behandlar mer än bara talerätsfrågan.

*Sammantaget kan följande konstateras.* Om den upphandlande myndigheten påverkar byggnadens utformning under planeringsfasen och/eller under byggnationstiden (såsom genom samråds- och byggmöten), torde bygganden svårligen kunna betraktas som annat än uppförd enligt myndighetens krav och specifikationer. I mål C-536/07 (redogjort för under avdelning III, p. 4.2) hade den upphandlande myndigheten lämnat en detaljerad beskrivning beträffande byggnadens storlek, egenskaper och utrustning. Beskrivningar som enligt EU-domstolen fick anses gå mycket längre än en hyresgästs vanliga krav på en nybyggd byggnad.

På motsvarande sätt kan alltså inte krav som en hyresgäst normalt ställer i ett sådant hyresförhållande (krav på ”sedvanlig hyresgästanpassning”), anses innefattas i lydelsen ”enligt krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten” (2 kap. 3 § LOU). Med sedvanlig hyresgästanpassning i denna bemärkelse torde i huvudsak avses önskemål av rent kosmetisk karaktär eller anvisningar som är obetydliga sett till entreprenaden som helhet.<sup>68</sup> Som exempel kan nämnas NOU:s ärendegranskning dnr 1999/0188-29<sup>69</sup> (redogjort för under avdelning II, p. 3.2) där hyresvärden bland annat ställde utrymmen för arrester och vapenrum till polismyndighetens förfogande. När polismyndighetens behov av lokalerna sedermera upphörde skulle utrymmena återställas till sin ursprungliga standard som förrådsutrymme. Hyresförhållandet innehöll inga från i övrigt sedvanliga hyresförhållanden avvikande lösningar.

---

<sup>68</sup> Se Magasinet FastighetsSverige # 5/september 2007 Advokaten har ordet - *Snåriga regler vid fastighetsköp och lokalhyra* (s. 58 -59)

<sup>69</sup> NOU *Fråga om polismyndighetens anskaffning av lokaler i Hässleholm utgör ett hyreskontrakt eller borde ha upphandlats som en byggentreprenad* 2000-09-06 dnr 1999/0188-29

### 5.3 Kort om "om- och tillbyggnadsfallet"

Det s.k. om- och tillbyggnadsfallet berörs (som ovan noterats) i förarbetena till LOU<sup>70</sup>. Av specialmotiveringen till 1 kap. 6 § framgår; *"det kan också vara fråga om en myndighet som avser att hyra lokaler och som istället för att först göra det och sedan låta bygga om dem uppdrar åt fastighetsägaren att låta utföra ombyggnaden efter myndighetens anvisningar och sedan hyr lokalerna."*

Förfarandet är, enligt förarbetena, att betrakta som byggtreprenad i LOU:s mening (2 kap. 3 §). I detta sammanhang förtjänar mål nr 1876-00<sup>71</sup> att framhållas. Bl.a. följande omständigheter förelåg:

Länsrätten i Värmlands län hade att bedöma en serie överenskommelser varvid en kommun (Karlstad) avsåg att ingå avtal med ett privat byggföretag om försäljning av en kommunal fastighet. Därefter skulle kommunen hyra och senare eventuellt köpa en på fastigheten belägen byggnad. Byggnaden avsåg att byggas om för kommunens specifika behov till en idrottshall. Ombyggnationen befann sig dock vid beslutstillfället endast på ett planeringsstadium. Ingen offentlig anbudsinfordran avsågs föregå kontraktstilldelningen.

Länsrätten fann att det förelåg sannolika skäl för att avtalsförhållandet omfattades av LOU (jfr 2 kap. 3 §) och meddelade interimistiskt förbud för kommunen att träffa avtal eller på annat sätt fastställa något som rör ombyggnaden. Kommunen upphävde senare sitt beslut och målet avskrevs därmed för vidare handläggning.

Som tidigare betonats kan rimligen inte en hyresgästs vanliga krav på en byggnad (krav på sedvanlig hyresgästanpassning), innefattas i definitionen av byggtreprenadkontrakt (2 kap. 3 § LOU). Det bör knappast vara möjligt att med stöd av undantaget vid hyra av byggnad i 1 kap. 6 § LOU, d.v.s. med hänvisning till sedvanlig hyresgästanpassning, låta genomföra en omfattande om- eller tillbyggnad och därmed undgå en entreprenadupphandling. En om- eller tillbyggnad som innebär en icke obetydliga specialanpassning, vilka till sin natur kan liknas vid de behov som på motsvarande sätt tillgodoses genom en "specialbyggnad", betraktas högst sannolikt inte som en sedvanlig hyresgästanpassning. Ändamålet med lokalerna och hur

---

<sup>70</sup> Prop. 2006/07:128 s. 290

<sup>71</sup> Länsrätten i Värmlands län, beslut den 11 december 2001 samt den 18 november 2002, mål 1876-00

detta förändras i och med om- och/eller tillbyggnaden kan utgöra en rimlig utgångspunkt för bedömningen.<sup>72</sup>

---

<sup>72</sup> Jfr JB 12 kap. (Hyreslagen) bl.a. 23 §



## AVDELNING V

### 6. Diskussion och slutsats

Det väsentliga för en gränsdragning mellan definitionen av byggentreprenadkontrakt i 2 kap. 3 § LOU och undantaget från lagens tillämpning vid köp eller hyra av byggnad i 1 kap. 6 §, är om den del av kontraktet som avser köpet eller förhyrningen objektivt sett kan anses utgöra det huvudsakliga föremålet för kontraktet. Det faktiska syftet måste alltså klarläggas för att kunna avgöra om det är fråga om undantag eller fråga om en förtäckt byggentreprenad. I denna bedömning har det ingen betydelse hur affärs- eller kontraktsupplägget mellan inblandade parter är utformat eller under vilken kvalificering det rubriceras (såsom ”köpeavtal” eller hyresavtal”). Så länge byggnaden ”skräddarsys” för den upphandlande myndigheten, ska kontraktet upphandlas i enlighet med LOU:s regler för upphandling av byggentreprenad. Detta ligger väl i linje med entreprenadupphandlingsreglernas ändamål, nämligen att främja friheten att tillhandahålla tjänster och en sund konkurrens inom byggentreprenadsektorn.

Med ”skräddarsydd” för myndigheten avses alltså att byggnaden uppförs ”enlighet krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten”. Nedan följer en redogörelse av de slutsatser som kan dras vad gäller lydelsens innebörd, utifrån rätts- och tillsynspraxis.

#### 6.1 Huvudsakliga aspekter vid gränsdragning

##### *Specialbyggnader:*

Byggnader som saknar ett kommersiellt värde av någon betydelse, med andra ord ”specialbyggnader”, uppförs högst sannolikt efter utförliga anvisningar från den upphandlande myndigheten. Det föreligger därför högst troligt en presumtion för att sådana byggnader faller in under definitionen av byggentreprenad och därmed ska upphandlas (2 kap. 3 § LOU). Kontrakt som avser köp eller hyra av vid kontraktstillfället icke färdigställda specialbyggnader kan därför aldrig bli föremål för undantaget i 1 kap. 6 § LOU vid köp eller hyra av byggnad.

Med begreppet ”specialbyggnad” avses i huvudsak en byggnad som i sin *faktiska utformning*:

(1) ostridigt täcker ett specifikt behov (såsom exempelvis särskilda miljö- samt säkerhetsmässiga krav),

(2) saknar alternativa användningsområden (därmed potentiella alternativa köpare eller hyresgäster), samt

(3) kräver en äganderättsövergång eller en nyttjanderätt kopplad till uppförandet (Kan det hållas för visst att en byggnad överhuvudtaget inte kommer att uppföras, om det inte dessförinnan står klart att byggnaden kommer att köpas eller hyras av det allmänna, finns det emellertid skäl att anta att byggnaden planeras för och uppförs ”på beställning” av den upphandlande myndigheten).

Att byggnaden dessutom helt eller delvis finansieras genom allmänna medel understryker än mer den upphandlande myndighetens deltagande i byggprojektet, oavsett det finansiella upplägget mellan myndigheten och entreprenören.

#### *Kommersiella byggnader:*

Är däremot byggnaden av kommersiellt värde (d.v.s. mer ”neutral” i sin utformning och användning) så måste man, till skillnad från specialbyggnader där man presumerar att byggnaden uppförs efter myndighetens anvisningar, istället göra en bedömning av kravens beskaffenhet och omfattning. Är kraven så specifika att definitionen av byggentreprenad därmed uppfylls, ska kontraktet upphandlas eller tvärtom. Vad gäller denna del kan följande konstateras.

Krav och anvisningar som går längre än en hyresgästs vanliga krav på en nyuppförd byggnad, faller in under lydelsen ”enligt krav som ställs upp av den upphandlade myndigheten” (2 kap. 3 § LOU). Genomförs projekteringen av byggnaden i samråd med den upphandlande myndighet och/eller om myndigheten bereds möjlighet att under projekteringen/uppförandet påverka byggnadens utformning (såsom utseende/inredning, omfattning eller standard), torde det huvudsakliga föremålet för kontraktet svårligen kunna betraktas som annat än byggentreprenad enligt LOU (2 kap. 3 §). Det kan inte anses som sedvanligt att en hyresgäst är så pass involverad i uppförandet. En byggnad bör däremot inte anses såsom ”skräddarsydd” för den upphandlande myndigheten enbart på grund av det faktum att myndigheten lämnar rent kosmetiska anvisningar eller andra önskemål som är obetydliga sett till entreprenaden som helhet. Som exempel kan nämnas att vissa lokalutrymmen skall utformas på visst sätt.

Likaså faller inte krav som en hyresgäst normalt ställer vid en förhyrning av hela eller delar av en befintlig byggnad (se avdelning IV, p. 5.3 "om- och tillbyggnadsfallet") in under definition av byggentreprenadkontrakt i LOU. En omfattande om- och/eller tillbyggnad enligt myndighetens instruktioner däremot, kan svårligen undantas från upphandlingsskyldigheten med stöd av undantaget i 1 kap. 6 § LOU. Ett omfattande om- och/eller tillbygge vars resultat kan liknas vid de behov som tillgodoses genom en specialbyggnad, genomförs med stor sannolikt i samråd med den upphandlande myndigheten. Förekommer dessutom tydliga kompensationer för utfört arbete (såsom i form av "hyreshöjning"), förstärks detta intryck ytterligare. Ändamålet med lokalerna och hur detta ändamål förändras i och med om- och/eller tillbyggnaden kan utgöra en rimlig utgångspunkt för bedömningen huruvida anvisningarna ska anses sedvanliga.

Slutligen kan konstateras att när det gäller ett rent köp av en befintlig byggnad på villkor att investeringar ska göras i upprustningen av byggnaden, utan att myndigheten därmed specificerar krav beträffande upprustningen, så blir det inte fråga om ett byggentreprenadkontrakt.<sup>73</sup>

#### *Den upphandlande myndighetens roll som finansiär:*

Den upphandlande myndighetens roll som finansiär till hela eller delar av byggnaden, oavsett det finansiella upplägget mellan parterna, (som ovan noterats) understryker myndighetens aktiva deltagande i byggprojektet. Motsvarar summan för den totala hyresersättningen hela eller delar av totalkostanden för byggnationen, i ett förvisso rubricerat "hyresavtal" men som faktiskt avser köp av byggentreprenad, bör ersättningen rimligen kunna betraktas som en avbetalning för byggentreprenadarbetet. Hyresbetalningen utgör m.a.o. i realiteten finansiering för uppförande av byggnaden och den därmed förenade hyresperioden kan förklaras av finansieringstekniska skäl. En sådan slutsats torde inte påverkas av att den totala summan av hyresbetalningarna vida överstiger den totala kostnaden för byggnationen.

Det bör slutligen noteras att definitionen av byggentreprenadkontrakt och lydelsen "enligt krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten", i sin utformning intar en vid tillämpning och ska dessutom ges en vid tolkning. Ur detta perspektiv synes den upphandlande myndighetens "rena accept" av en byggnadsspecifikation, uteslutande fastställd av entreprenören, tillräcklig för att lydelsen ska anses uppfylld. Som tidigare konstaterats är

---

<sup>73</sup> Arrowsmith, 1996 s. 129

detta dock en alltför strikt tolkning. Avser specifikationen en byggnad som är kommersiell till sin karaktär (m.a.o. en byggnad som ”vem som helst” kan tänkas köpa eller hyra), bör det förhållandet att den upphandlande myndigheten godtar entreprenörens byggnadsförslag i sin helhet rimligen inte medföra att byggnaden ifråga anses komma att uppföras enligt myndighetens krav och specifikationer.

### 6.1.1 Avslutande förtydligande

Sammantaget kan mot bakgrund av ovanstående framförallt tre kontraktssituationer urskiljas och vad som gäller för dessa:

- (a) Köp eller hyra av en vid tidpunkten för kontraktet ”icke befintlig” specialbyggnad (se ovan precisering), faller in under definitionen av byggentreprenadkontrakt och ska upphandlas enligt LOU:s regler för upphandling av byggentreprenad (2 kap. 3 §). Ett sådant kontrakt kan aldrig vara föremål för LOU:s undantag vid köp eller hyra av byggnad (1 kap. 6 §).
- (b) Köp eller hyra av en vid tidpunkten för kontraktet ”icke befintlig” byggnad av kommersiellt värde (med vilket avses sådan som inte är att betrakta som en specialbyggnad) i anslutning till vilken den upphandlande myndigheten, under projekteringen och/eller uppförandet, lämnar specifika krav och anvisningar (inom ramen för ovan resonemang) faller in under definitionen av byggentreprenadkontrakt (2 kap. 3 § LOU). Sådana köp eller förhyrningar ska alltså upphandlas enligt LOU:s regler för upphandling av byggentreprenad och kan (liksom ovan) överhuvudtaget inte vara föremål för undantaget i 1 kap. 6 § LOU.
- (c) Köp eller hyra av en vid tidpunkten för kontraktet ”icke befintlig” byggnad av kommersiellt värde, i anslutning till vilken den upphandlande myndigheten inte lämnar några som helst specifika anvisningar eller anvisningar obetydliga sett till entreprenaden som helhet (inom ramen för ovan resonemang), faller utanför definitionen av byggentreprenadkontrakt (2 kap. 3 §). Kontraktet faller däremot in under undantaget vid köp eller hyra av byggnad i 1 kap. 6 § LOU (Jfr avdelning 3, p. 4.1).

*Sammanfattningsvis* kan konstateras att gränsdragningen mellan LOU:s definition av byggentreprenadkontrakt och lagens undantag vid köp eller hyra av fastighet, till sitt yttersta, är beroende av omständigheterna i det enskilda fallet. Ju högre grad av specifika krav den upphandlande myndigheten lämnar i anslutning till projekteringen och uppförandet av byggnaden, desto mer talar för att det huvudsakliga föremålet för kontraktet utgör byggentreprenad.

Föreligger således en av omständigheterna att döma sammantaget kontraktuell skyldighet för entreprenören, om än indirekt, att uppföra en byggnad i enlighet med den upphandlande myndighetens anvisningar och således ”på beställning” av densamma, synes karaktären av förfarandet och det huvudsakliga syftet med kontraktet sannolikt avse utförande av byggentreprenad - oavsett avtalskonstruktion och kontraktsrubricering.

## **6.2 En tydligare gränsdragning**

Gränsdragningen mellan definitionen av byggentreprenadkontrakt enligt LOU (2 kap. 3 §) och lagens undantag från upphandlingskyldighet vid köp eller hyra av byggnad (1 kap. 6 §) bör inte på några villkor öppna för att med en komplex avtalskonstruktion eller en kontraktsrubricering kunna dölja identiteten av det verkliga kontraktets föremål – utförande av byggentreprenad. Inte minst med tanke på det stora ekonomiska värde byggentreprenader ofta representerar.

Sådana förfaranden kan resultera i överträdelser av gällande rätt och riskerar att äventyra upphandlingsdirektivens ändamålsenliga verkan. Förfaranden som är förenade med otillräcklig transparens genom upphandlingsprocessen, godtycklighet och bristande konkurrens leder ofta till att skattebetalarna får betala ett högre pris.

Upphandlingslagstiftningen upplevs generellt av upphandlande myndigheter, liksom av leverantörer, medföra rigida anbudsprocesser och därmed begränsa förutsättningarna för flexibla affärer. Vid upphandling av i sin tur komplexa föremål, såsom byggentreprenader till sin natur kan förefalla, förstärks naturligen denna uppfattning. Upphandlande myndigheter kan därför finna det motiverat, om så synes upphandlingsrättsligt oförhindrat att minska de formella processerna vid sina köp.

Det kan tyckas naturligt att undantaget i LOU vid köp eller hyra av byggnad i sin utformning, på grund av att begreppet ”befintlig byggnad” saknas, även omfattar byggnader som existerar

i planer/ritning eller som är under ett uppförande. I konsekvens med det bakomliggande EU-direktivet är så dock inte fallet. Förvisso bör undantaget och det i direktivet hänvisade begreppet ”befintlig byggnad” kunna ges en annorlunda tolkning i vissa situationer (se situation C under p. 6.1.1). En sannolikt dock inte så vanligt förekommande situation. I övrigt synes undantaget strikt omfatta ”vid tidpunkten för kontraktet färdigställda byggnader”.

Att undantaget idag ges en annorlunda tolkning bland somliga upphandlande myndigheter är uppenbart. Om så sker uppsåtligen kan visserligen inte ges något svar på, dock ger gränsdragningens komplexitet fog för uppfattningen att det inte kan uteslutas att flertalet förekomna överträdelser grundar sig i okunskap om gällande rätt (kriminalvårdens anskaffning av kriminalvårdsanstalt i Östersund, dnr 2006/0152-29, synes vara ett tydligt sådant exempel).

Förvisso torde en införlivning av begreppet ”befintlig byggnad” i svensk rätt inte medföra ett förändrat rättsläge. Begreppet klargör icke desto mindre att LOU:s undantag vid köp eller hyra av byggnad inte omfattar byggtreprenadkontrakt. Det bör dock vara angeläget, mot bakgrund av det värde byggtreprenader ofta representerar, att förtydliga undantagets reella syfte och tillämplighet och därmed åstadkomma en mer distinkt gräns i förhållande till LOU:s regler för upphandling av byggtreprenad. I denna bemärkelse synes begreppet ”befintlig byggnad” utgöra en viktig komponent.

Att lagstiftaren avstått en införlivning av begreppet i svensk rätt framstår därför som svårbegripligt och något inkonsekvent. Att dessutom uppvisa en viss grad av osäkerhet kring begreppets innebörd i förarbetena till lagen förstärker detta intryck. Alltjämt sedan 1992 års LOU har det ständigt hänvisats till detta inslag i förarbetena, både i rätts- och tillsynspraxis.

Nya rättsmedel på upphandlingsområdet kan eventuellt förväntas i juni 2010 (se ändringsdirektivet 2007/66/EG). Om ändringsförslaget<sup>74</sup> antas kommer KKV att erhålla kompetensen att ogiltigförklara bl.a. otillåtna direktupphandlingar och hos domstol ansöka om påförande av sanktionsavgift, s.k. marknadsskadeavgift. En förstärkt tillsyn kommer att försvåra för upphandlande myndigheter att med stöd av LOU:s undantag vid köp eller hyra av byggnad ”trygga” utföranden av byggtreprenad från upphandlingslagstiftningen tillämpning.

---

<sup>74</sup> Nya rättsmedel på upphandlingsområdet m.m., Ds 2009:30

## 7. Käll- och litteraturförteckning

### Offentligt tryck

Proposition 2007/06:128 *Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster*

Tillkännagivande (2008:32) av tröskelvärdena vid offentlig upphandling

Nya rättsmedel på upphandlingsområdet m.m., Ds 2009:30

### Litteratur

Arrowsmith, Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Sweet and Maxwell, London, 2005

Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder*, Jure Förlag AB, Stockholm, 2008

### Tillsynsärenden

KKV *Kristinehamns kommuns nyttjanderättsavtal med Kunskapsporten Kristinehamn AB* 2009-09-09 dnr 128/2009

NOU *Fråga om Haninge kommuns avtal om konferenslokaler med Folkets hus i Haninge omfattas av det s.k. hyresundantaget i LOU* 2007-08-23 dnr 2005/0256-21

NOU *Kriminalvårdens uppgivna avtal med Brinova Nova 173 angående en ny kriminalvårdsanstalt i Östersund* 2007-11-16 dnr 2006/0152-29

NOU *Yttrande i länsrättens mål nr 2044-03* 2004-01-28 dnr 2003/0329-29

NOU *Fråga om polismyndighetens anskaffning av lokaler i Hässleholm utgör ett hyreskontrakt eller borde ha upphandlats som en byggtreprenad* 2000-09-06 dnr 1999/0188-29

NOU *Yttrande den 26 augusti 1999 i Kammarrättens i Göteborg mål nr 3859-1999* dnr 1999/0145-22

### Övrigt

SKL cirkulär 2009:02 *Undantaget vid offentlig upphandling i LOU/LUF som avser fastighet, byggnad m.m. gäller bara "befintliga byggnader" och inte byggnader som ska uppföras* dnr 09/0053

EU- kommissionen *Guide to the community rules on Public works contracts* (1997)

Konkurrensverkets rapportserie: 2008:5 (delrapport 1) *Åtgärder för bättre konkurrens*

NOU nyhetsbrev oktober 1997

NOU info april 1994

NOU Årssammanställning för 1993-95 - 11.3 ”Köp av byggnad som endast finns på ritning”  
(s. 49 ff.)

Magasinet FastighetsSverige # 5/september 2007 Advokaten har ordet - *Snåriga regler vid fastighetsköp och lokalhyra* (s. 58 -59)



## 8. Rättsfallsförteckning

### EU-domstolen:

Mål C-536/07 *Kommissionen mot Tyskland* REG 2009 s. 00000

Mål C-451/08, *angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 234 EG, framställda av Oberlandesgericht Dusseldorf (Tyskland)*, REG 2010 s. 00000

Mål C-412/04 *Kommissionen mot Italien* REG 2008 s. 1-619

Mål C 220/05 *Auroux m.fl. mot Commune de Roanne* REG 2007 s. I 385

Mål C-458/03 *Parking Brixen GmbH mot Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG* REG 2005 s. I-0000

Mål C-26/03 *Stadt Halle och RPL Recyclingpark Lochau GmbH mot Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna* REG 2005 s. I-1

Mål C-20/01 samt C-28/01 *Bockhorn och Braunschweig* REG 2003 s. I- 3609

Mål C-470/99 *Universale-Bau AG m.fl. mot Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH (EBS)* REG 2002 s. I-11617

Mål C-399/98 *Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi m.fl. ./.* *Comune di Milano m.fl.* REG 2001 s. I-5409

Mål C-389/92 *Ballast Nedam Group mot Belgium* [1994] ECR I-1289

Mål C-199/85 *Kommissionen mot Italien* REG 1987 s. 1039

### Svensk domstol:

Kammarrätten i Göteborg *Lars Linnersten ./.* *Region Skåne* mål nr 7477-08 avgörandedatum 2009-02-27

RÅ 2004 ref 48 *Skanska Sverige AB ./.* *Karlskrona kommun* mål nr 2721-04 avgörandedatum 2004-06-17

Länsrätten i Värmlands län, beslut den 11 december 2001 samt den 18 november 2002 i mål 1876-00

Kammarrätten i Göteborg *Tommy Ålfelt Bygg AB ./.* *Torsby kommun* mål nr 3859-99 avgörandedatum 1999-12-08

RÅ 1996 ref 50 *Buss i Uppland Ekonomisk förening ./.* *Upplands Lokaltrafik AB* mål nr 2803-95 avgörandedatum 1996-06-26