



Sveriges
Kommuner
och Landsting

Cirkulärnr: 09:2
Diariernr: 09/0052
Handläggare: Ulf Palm
Avdelning: Avdelningen för juridik
Datum: 2009-01-09
Mottagare: Kommuner
Landsting/regioner
Kommunala bolag
Kommundirektörer
Landstingsdirektörer
Upphandlingsansvariga i kommuner och landsting
Rubrik: Undantaget vid offentlig upphandling i LOU/LUF som avser fastighet, byggnad m.m. gäller bara "befintliga byggnader" och inte byggnader som ska uppföras



CIRKULÄR 09:2

Kommuner
Landsting/regioner
Kommunala bolag
Kommundirektörer
Landstingsdirektörer
Upphandlingsansvariga i
kommuner och landsting

Undantaget vid offentlig upphandling i LOU/LUF som avser fastighet, byggnad m.m. gäller bara "befintliga byggnader" och inte byggnader som ska uppföras

Sveriges Kommuner och Landsting (SKL) har den senaste tiden stött på ett flertal fall där kommuner förbundet sig att senare förvärva eller hyra byggnad/anläggning som ännu inte har varit uppförd utan att tillämpa lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Eftersom det inte är ovanligt att kommuner träffar denna typ av avtal följer här en redovisning av gällande rätt och rättspraxis på området.

LOU gäller när bl.a. kommunala myndigheter och de flesta kommunala bolag upphandlar byggentreprenader, varor, tjänster och byggkoncessioner. LOU gäller dock inte för kontrakt som bl.a. avser förvärv av fastighet, arrenderätt, hyresrätt, bostadsrätt, tomträtt eller någon annan rättighet till fastighet, t.ex. byggnad (1 kap. 6 § punkten 1 LOU). En motsvarande bestämmelse finns i 1 kap. 19 § punkten 1 lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transport och posttjänster (LUF). LOU/LUF gäller dock vid finansiella tjänster med anledning av kontrakt som avser förvärv av fastighet och ovan nämnda rättigheter. En motsvarande bestämmelse när det gäller fastighet och nyttjanderätt till byggnad m.m. fanns också i 5 kap. 1 § punkten 1 i gamla LOU.

Noterbart i detta sammanhang är att den svenska lagtexten inte överensstämmer helt med ordalydelsen i EG-direktiven på upphandlingsområdet. När det gäller undantaget för byggnader anges i direktivtexten uttryckligen "*befintliga byggnader*". Icke befintliga byggnader omfattas således inte av undantaget.

Enligt förarbetena till LOU (prop. 2006/07:128, s. 290) ansågs det oklart vad som menades med undantaget för befintliga byggnader och därför användes inte samma begrepp som i upphandlingsdirektiven. Samtidigt sägs att förvärv av en

befintlig byggnad, oavsett om förvärvet sker med eller utan marken, är enligt bestämmelsen förvärv av fastighet och omfattas således av undantaget.

Frågan vad som gäller vid hyra/nyttjanderätt av byggnad som ännu inte har uppförts uppmärksammades redan 1994 i Sverige. Ett byggföretag erbjöd en kommun att uppföra en brandstation på mark som byggföretaget disponerade för att därefter överlåta fastigheten till kommunen. Ärendet anmäldes till EFTA:s övervakningsorgan ESA som är motsvarigheten till EG-kommissionen inom EU, varefter byggföretaget drog tillbaka sitt erbjudande. Ärendet fick viss uppmärksamhet och dåvarande Nämnde för offentlig upphandling (NOU) skrev i nou-info april-94 följande.

”Undantaget i 5 kap 1 § 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.”

NOU har därefter vid ett flertal tillfällen upprepat att undantaget i 5 kap. 1 § LOU (nuvarande 1 kap. 6 § nya LOU) inte gäller köp eller nyttjande av byggnader som inte är uppförda.

Kammarrätten i Göteborg fann i en dom 1999-10-08, mål nr 3859-1999, att en kommun brutit mot LOU genom att teckna ett hyresavtal med en hyrestid på 10 år avseende en simanläggning som skulle uppföras. Hyran skulle beräknas i form av en årlig amortering på 1 miljon kronor på ett lån som kommunen lämnat för bygget. Kammarrätten skrev bl.a. att kommunen var så involverad och aktivt deltagande i det aktuella projektet att simhallen fick anses komma att uppföras enligt kommunens krav och att avtalet därför skulle upphandlas enligt bestämmelserna i LOU.

I ett annat fall som anmäldes till EG-kommissionen hade en kommun år 2000 undertecknat två ramavtal med ett byggföretag enligt vilket kommunen bl.a. förbundit sig att hyra en fotbollsarena, en friidrottsarena och en speedwaybana under 25 år som byggföretaget skulle uppföra. Vid hyrestiden slut skulle kommunen ha betalt cirka 178 miljoner kronor.

EG-kommissionen fann i ett s.k. motiverat yttrande 2003-07-09 att avtalen stred mot direktiv 93/37/EEG (tilldelning av kontrakt för bygg- och anläggningsarbeten). Svenska regeringen medgav att avtalet vad gäller byggandet av arenorna stred mot upphandlingsreglerna. Eftersom arbetena på de tre arenorna var i allt väsentligt genomförda ansåg EG-kommissionen att det inte var möjligt att vidta några åtgärder avseende arenorna. Efter att kommunen och byggföretaget hade

kommit överens om vissa ändringar i avtalen som innebar att arbeten som ännu inte var påbörjade skulle upphandlas i konkurrens enligt LOU avskrev EG-kommissionen ärendet. EG-kommissionen har annars möjlighet att ansöka om stämman mot medlemslandet hos EG-domstolen för fördragsbrott med höga böter som följd vid en fällande dom.

Det är således uppenbart att den typ av hyresavtal/nyttjanderätter som avser byggnader, oftast specialbyggnader, som inte är ”befintliga byggnader” och som inte kommer till stånd utan att kommunen förbinder sig att antingen förvärva eller nyttja byggnaden/anläggningen och därmed står för hela eller delar av kostnaderna för bygget ska upphandlas i konkurrens enligt LOU/LUF.

De numera allt vanligare PPP/OPS-projekten (offentlig-privat samverkan) omfattas också som regel av LOU/LUF. Konkurrensverket har i en promemoria 2008-10-24 ”OPS Offentlig-privat samverkan” som finns på verkets hemsida, www.kkv.se under ”Upphandling”, konstaterat att förfarandet inte ska undantas från upphandlingsreglerna.

I svenska exploateringsavtal föreskrivs dessutom ofta att exploatören ska avstå mark som behövs för allmän plats samt att exploatören ska utföra och bekosta anläggandet av gator och vägar samt anordningar för vatten och avlopp, vilka efter färdigställandet ska överlåtas till kommunen. Även i dessa fall handlar det som regel om en upphandling enligt LOU/LUF (se cirkulär 2003:109 på SKL:s hemsida, www.skl.se).

Kommande ändringar i LOU/LUF när det gäller brott mot upphandlingsreglerna

I syfte att förebygga allvarliga överträdelser, bl.a. otillåtna direktupphandlingar, har Europaparlamentet och Europeiska unionens råd beslutat om vissa ändringar i rådets rättsmedelsdirektiv 89/665/EEG och 92/13/EEG. Ändringarna ska vara genomförda i nationell lag senast den 20 december 2009. Ändringarna innebär bl.a. att ett avtal som bygger på en otillåten direktupphandling ska kunna förklaras ogiltigt. Ogiltigheten är inte beroende av avtalsparternas onda eller goda tro. Även en godtroende leverantör kan således råka ut för att ett avtal om upphandling blir ogiltigt.

Om en återgång av avtalet inte är möjlig, t.ex. på grund av att ett bygge redan är slutfört, ska medlemsländerna införa alternativa sanktioner i form av bl.a. avgifter. Nivån på avgifterna bestämmer medlemsländerna själva. Avgifterna ska dock vara effektiva, proportionella och avskräckande, vilket innebär att det kan bli fråga om ganska höga avgifter.

I Sverige finns också ett förslag på att Konkurrensverket ska kunna väcka talan vid domstol om s.k. marknadsskadeavgift vid t.ex. otillåtna direktupphandlingar med ikraftträdande samtidigt som ändringarna i rättsmedelsdirektiven genomförs.

En departementspromemoria är under utarbetande i finansdepartementet som bl.a. kommer att behandla ändringarna i rättsmedelsdirektiven och ett eventuellt införande av marknadsskadeavgift vid allvarliga brott mot LOU/LUF. Ändringarna kommer troligen att gälla från och med den 1 januari 2010, om de genomförs.

Frågor med anledning av detta cirkulär besvaras av förbundsjurist Ulf Palm, tfn. 08-452 79 81 eller 070-671 81 56.

Sveriges Kommuner och Landsting
Avdelningen för juridik

Hans Ekman

Ulf Palm