

JURIDISKA INSTITUTIONEN  
Stockholms universitet

# Hyresavtal och offentlig upphandling

*Hanna Svensson*

Examensarbete i offentlig rätt, 30 hp  
Examinator: Claes Granmar  
Stockholm, Höstterminen 2016



Stockholms  
universitet

## Abstract

Public procurement regulates how the public sector is to purchase goods, services or works. When a contracting authority is to meet its need of buildings, one option is to rent facilities and buildings. The question arises as to whether such an acquisition should be subject to the procurement rules. This thesis therefore aims to clarify how a lease, where the tenant is a contracting authority, relates to the procurement regulations.

Contracts for lease of property are excluded from the procurement directive, by the exception for acquisition and rental of existing buildings. A contracting authority may therefore rent a facility without a competitive tendering. The exception is only applicable for rental of existing buildings, which refers to buildings that have been built when the contract is signed. Buildings that will be adapted to the tenant prior to occupancy or during the rental period are also considered as existing. Rent of not yet constructed buildings are, however, not covered by the exception, regardless of whether the contracting authority has been involved in the construction or not.

Extensive improvements of an existing building required by a tenant, may demand the contract to be awarded through competitive tendering, even though the exception is applicable. When the adaptations meet the requirements of a public works contract, the contract is likely to be an indivisible mixed contract and the main purpose of the contract will then be decisive for its legal classification. If the construction works are incidental and constitutes customary tenant improvements, the reconstruction will be considered as included in the rental agreement and no procurement is required. If, however, the works go beyond what can be considered a normal adaptation and the works therefore are considered as the main purpose, the entire contract is to be procured as a public works contract.

The use of the negotiated procedure without prior publication of a contract notice is restricted to specific situations, for example when there is no competition due to the protection of exclusive rights. The landlord's status as the owner of the land, and the rights which that entails, can constitute such exclusive right that tenant improvements only can be carried out by a particular contractor – the landlord. That is, only when the landlord both has the power to object to the tenant undertaking reconstruction of the rented facility on its own and chooses to exercise that power, such exclusive right exists and the use of the procedure is justified.

## Sammanfattning

Offentlig upphandling handlar om hur det offentliga ska anskaffa varor, tjänster och byggentreprenader. När en upphandlande myndighet ska täcka sitt lokalbehov är ett alternativ att hyra lokaler. Fråga uppkommer därvid huruvida en sådan anskaffning är upphandlingspliktig. Den här uppsatsen syftar till att klargöra hur hyresavtal, där en upphandlande myndighet är hyresgäst, förhåller sig till upphandlingsregelverket.

Kontrakt om förvärv och hyra av fastighet är undantaget upphandlingsreglerna genom det så kallade hyresundantaget. En upphandlande myndighet kan således teckna ett hyreskontrakt utan att dessförinnan ha konkurrensutsatt anskaffningen. Undantaget är emellertid endast tillämpligt för hyra av befintlig byggnad, med vilket avses vid kontraktstecknandet uppförda byggnader. Även byggnader som ska anpassas åt hyresgästen före inflyttning eller under hyrestiden anses vara befintliga. Hyra av ännu ej uppförda byggnader omfattas däremot inte av undantaget, oberoende av om den upphandlande myndigheten varit inblandad i uppförandet eller inte.

Omfattande hyresgäst Anpassningar av en befintlig byggnad kan innebära att kontraktet ska upphandlas, trots att hyresundantaget är tillämpligt. När anpassningarna uppfyller rekvisiten för ett byggentreprenadkontrakt är det sannolikt fråga om ett odelbart blandat kontrakt. Kontraktets huvudsakliga föremål blir då avgörande för hur kontraktet ska klassificeras. Så länge byggentreprenadarbetena är av underordnad betydelse och utgör sedvanliga hyresgäst Anpassningar anses ombyggnationerna ingå i hyreskontraktet och ingen upphandling behöver ske. Går arbetena däremot utöver vad som kan anses som en sedvanlig anpassning och byggentreprenaden därför anses vara kontraktets huvudsakliga föremål ska istället hela kontraktet upphandlas som ett byggentreprenadkontrakt.

Förhandlat förfarande utan föregående annonsering får endast användas i undantagssituationer, exempelvis när kontraktet på grund av ensamrätt endast kan fullgöras av en enda leverantör. En hyresvärds ställning som fastighetsägare och de rättigheter som därav följer kan utgöra sådan ensamrätt att byggarbetena endast kan fullgöras av en enda leverantör, nämligen hyresvärden. Det förutsätts därvid att hyresvärden både har möjlighet att motsätta sig att hyresgästen på egen hand vidtar förändringsåtgärder i lokalen och att den möjligheten utnyttjas, för att sådan ensamrätt som föranleder undantagsförfarandets tillämpning ska föreligga.

## Innehållsförteckning

<b>Förord .....</b>	<b>5</b>
<b>Förkortningar.....</b>	<b>6</b>
<b>1. Inledning .....</b>	<b>7</b>
1.1 Ämnet.....	7
1.2 Syfte och frågeställningar .....	8
1.3 Avgränsningar.....	9
1.4 Metod och material .....	10
1.5 Disposition .....	13
<b>2. Rättslig bakgrund .....</b>	<b>15</b>
2.1 Regelverket för offentlig upphandling.....	15
2.2 Hyresundantaget .....	16
2.3 Klassificering av kontrakt.....	18
<b>3. Hyresundantagets tillämplighet.....</b>	<b>22</b>
3.1 Hyra av befintlig byggnad .....	22
3.2 Hyra av ej uppförd byggnad .....	23
3.2.1 Uppförande enligt en upphandlande myndighets krav.....	23
3.2.2 Uppförande utan en upphandlande myndighets inblandning.....	25
3.3. Hyreskontrakt utanför hyresundantaget.....	29
3.4 Sammanfattning .....	31
<b>4. Hyresgäst Anpassning av befintliga lokaler .....</b>	<b>32</b>
4.1 Inledning .....	32
4.2 Klassificering av blandade kontrakt.....	34
4.3 Delbart eller odelbart blandat kontrakt .....	35
4.4 Kontraktets huvudsakliga föremål .....	38
4.5 Sammanfattning .....	45
<b>5. Förhandlat förfarande utan föregående annonsering.....</b>	<b>47</b>
5.1 Inledning .....	47
5.2 Öppet, selektivt och förhandlat förfarande .....	48
5.3 Tolkning och tillämpning av undantagen .....	50
5.4 Undantag på grund av tekniska skäl eller ensamrätt.....	51
5.5 Hyresvärdens roll som fastighetsägare .....	54
5.6 Sammanfattning .....	58
<b>6. Nyheter i de nya reglerna .....</b>	<b>60</b>
<b>7. Avslutande reflektioner och slutsatser.....</b>	<b>63</b>
<b>Källförteckning .....</b>	<b>66</b>

## Förord

Jag vill inledningsvis framföra min tacksamhet till ett antal personer som har hjälpt mig under vägen, både under författandet av det här examensarbetet och utbildningen i stort.

Ett stort tack riktas till min familj som ovillkorligt stöttat, uppmuntrat och hjälpt till på alla sätt under hela utbildningen. Utan er hade jag aldrig lyckats!

Tack också till de fantastiska människor jag har haft förmånen att studera och umgås med under utbildningens gång. Tack för ert stöd såväl som ert sällskap. Det har varit ett sant nöje att få dela den här upplevelsen med er.

Sist men inte minst – tack till min handledare Andrea Sundstrand för att du har väglett mig genom uppsatsskrivandet, men även för att du med stort engagemang introducerat mig för rättsområdet.

Näsbypark, december 2016

Hanna Svensson

## Förkortningar

a.a.	Anfört arbete
a.st.	Anfört ställe
Art.	Artikel
Direktiv 2004/18	Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster
Direktiv 2014/24	Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG
EPPPL	European Procurement & Public Private Partnership Law Review
ERT	Europarättslig tidskrift
EU	Europeiska unionen
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
FT	Förvaltningsrättslig tidskrift
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
JB	Jordabalken (1970:944)
LOU	Lag (2007:1091) om offentlig upphandling
LUF	Lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster
LUFS	Lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet
NJA	Nytt juridiskt arkiv
NLOU	Lag (2016:1145) om offentlig upphandling
NOU	Nämnden för offentlig upphandling
P.P.L.R.	Public Procurement Law Review
Prop.	Proposition
SvJT	Svensk Juristtidning
TfR	Tidsskrift for Rettsvitenskap
UrT	Upphandlingsrättslig Tidskrift

# 1. Inledning

## 1.1 Ämnet

Offentlig upphandling handlar om hur det offentliga ska gå till väga för att köpa in varor, tjänster och byggtreprenader.<sup>1</sup> Regelverket härstammar från EU-rätten och syftar till att undanröja hinder för den fria rörligheten genom en marknad med gränsöverskridande handel i öppen konkurrens.<sup>2</sup> I Sverige regleras den offentliga upphandlingen i LOU.<sup>3</sup> Utgångspunkten är att alla åtgärder en upphandlande myndighet<sup>4</sup> vidtar i syfte att tilldela ett kontrakt avseende varor, tjänster eller byggtreprenader omfattas av skyldigheten att upphandla.<sup>5</sup> LOU innehåller emellertid ett antal undantag från upphandlingskyldigheten.<sup>6</sup> Ett sådant är det så kallade *hyresundantaget*, som stadgas i 1 kap. 6 § 1 st. 1 p. och omfattar bland annat hyra och förvärv av fastigheter. Det är således möjligt för en upphandlande myndighet i behov av lokaler att teckna ett hyreskontrakt utan föregående konkurrensutsättning. Tillämpningen av hyresundantaget har emellertid visat sig inte vara så oproblematisk som det vid en första anblick kan verka, särskilt i förhållande till definitionen av upphandlingspliktiga byggtreprenadkontrakt.<sup>7</sup>

Vid ett uppmärksammat lokalbehov finns flera alternativ avseende hur lokalerna ska anskaffas. Det kanske finns inflyttningsklara lokaler som är lämpade för den avsedda verksamheten eller lokaler som skulle kunna passa verksamheten efter viss ombyggnation, eller så måste kanske helt nya byggnader uppföras för att därefter hyras ut. I alla dessa situationer uppkommer samma fråga, nämligen *om anskaffningen ska konkurrensutsättas*. Som det ska visa sig är den frågan inte alltid helt enkel att besvara. Det finns exempelvis olika uppfattningar om vilka hyreskontrakt som omfattas av hyresundantaget, särskilt avseende hyra av byggnad som vid kontraktstecknandet ännu inte har uppförts.<sup>8</sup>

En annan viktig aspekt att ta i beaktande är att hyresavtal även kan innehålla villkor utöver själva nyttjandet, exempelvis att lokalerna ska iordningsställas inför inflyttningen eller att vissa

---

<sup>1</sup> Se Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, s. 1.

<sup>2</sup> Se exempelvis dom av den 3 oktober 2000, University of Cambridge, C-380/98, EU:C:2000:529, punkterna 16–17.

<sup>3</sup> För vissa verksamheter gäller istället LUF eller LUFSS, se Sundstrand, *En introduktion*, s. 59 ff. och 75 ff.

<sup>4</sup> Med begreppet ”upphandlande myndighet” avses de organ som är skyldiga att följa LOU, bland annat statliga och kommunala myndigheter. För en närmare redogörelse för begreppet, se Sundstrand, *En introduktion*, s. 55.

<sup>5</sup> Se 1 kap. 2 § och 2 kap. 13 § LOU.

<sup>6</sup> Se Sundstrand, *En introduktion*, s. 58.

<sup>7</sup> Se Trepte, *Public Procurement in the EU*, s. 245.

<sup>8</sup> Se exempelvis Sundstrand, *Offentliga byggtreprenadkontrakt*, s. 64 ff. och Olsson & Lindberg, *Befintlighetsbegreppet*, passim.

renoveringar och ombyggnationer ska ske under hyrestiden, så kallade *hyresgäst Anpassningar*.<sup>9</sup> I vissa fall kan sådana arbeten utgöra byggtreprenadarbeten och ska därför upphandlas. Det är då fråga om ett blandat kontrakt som består av både upphandlingspliktig byggtreprenad och icke-upphandlingspliktig hyra, vilket under vissa förutsättningar måste upphandlas i sin helhet.<sup>10</sup> Vanliga hyresvillkor kan alltså innebära att kontraktet måste upphandlas, trots att själva uthyrningen är undantagen.

LOU innehåller emellertid ett särskilt undantagsförfarande för tilldelning av kontrakt i situationer där det av olika anledningar, exempelvis tekniska skäl eller ensamrätt, är nödvändigt att tilldela kontraktet till en specifik leverantör.<sup>11</sup> I doktrin har anförts att om- och tillbyggnationer av lokaler endast kan utföras av den som ägaren till fastigheten, i det här fallet hyresvärden, väljer och att undantagsförfarandet därför skulle vara tillämpligt.<sup>12</sup> Huruvida fastighetsägande kan utgöra sådana tekniska skäl eller ensamrätt som motiverar att undantaget tillämpas har ännu inte prövats av domstol och frågan är därför intressant att utreda närmare.<sup>13</sup>

En felbedömning avseende om ett kontrakt ska upphandlas kan leda till att anskaffningen anses som en otillåten direktupphandling.<sup>14</sup> Ingångna avtal kan därmed komma att ogiltigförklaras och upphandlingsskadeavgift kan komma att dömas ut.<sup>15</sup> Det är därför av vikt att reda ut när och hur hyresundantaget kan tillämpas och hur hyresavtal där en upphandlande myndighet är hyresgäst förhåller sig till upphandlingsreglerna i LOU.

## 1.2 Syfte och frågeställningar

Den här uppsatsen syftar till att klargöra hur hyresavtal, där hyresgästen är en upphandlande myndighet, förhåller sig till upphandlingsreglerna i LOU. Avsikten är att fastställa hur ett antal praktiska situationer som uppkommer i samband med upphandlande myndigheters lokalanskaffning ska behandlas upphandlingsrättsligt. Avtal om hyra av fastigheter är undantagna

---

<sup>9</sup> Se Sundstrand, *Offentliga byggtreprenadkontrakt*, s. 67.

<sup>10</sup> Se a.a., s. 68.

<sup>11</sup> Se Sundstrand, *En introduktion*, s. 132 f.

<sup>12</sup> Se Rosén Andersson m.fl., *LOU, en kommentar*, kommentaren till 1 kap. 6 §, under första punkten.

<sup>13</sup> Det kan uppmärksammas att Kungliga Tekniska Högskolan använt sig av undantaget vid tecknande av hyreskontrakt som innehåller byggtreprenad för om- och tillbyggnationer när hyresvärden motsätter sig upphandling. För upphandlingen genomfördes en frivillig förhandsinsyn, TED, Tenders Electronic Daily, meddelande om frivillig förhandsinsyn, 2015-07-16, ”<http://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:248977-2015:TEXT:SV:HTML>”, lydelse 2016-12-16. Se närmare om förhandsinsyn i avsnitt 5.3.

<sup>14</sup> Se Sundstrand, *En introduktion*, s. 222 f.

<sup>15</sup> Se a.a., s. 224 f.



upphandlingsreglerna genom hyresundantaget i 1 kap. 6 § 1 st. 1 p. LOU. Tillämpning av undantaget är dock inte oproblematisk och i uppsatsen ska därför förutsättningarna för dess tillämpning fastställas. Vidare ska analyseras hur ett blandat kontrakt ska behandlas när endast en del av kontraktet är undantaget upphandlingskyldighet och en annan del är upphandlingspliktig. Därtill ska utredas huruvida hyresvärdens roll som fastighetsägare, och de rättigheter som följer därav, kan medföra tillämpning av det förhandlade förfarandet utan föregående annonsering.

För att uppnå ovan angivet syfte kommer följande frågeställningar att behandlas:

1. Under vilka förutsättningar kan hyresundantaget i 1 kap. 6 § LOU tillämpas?
2. Hur sker den rättsliga klassificeringen av ett undantaget hyreskontrakt som även innehåller upphandlingspliktig byggtreprenad i form av hyresgästanpassning?
3. Skulle hyresvärdens ställning som fastighetsägare kunna utgöra sådana tekniska skäl eller sådan ensamrätt som motiverar att förhandlat förfarande utan föregående annonsering används, när ett hyreskontrakt ska upphandlas på grund av omfattande hyresgästanpassningar?

### 1.3 Avgränsningar

Den här uppsatsen syftar inte till att ge läsaren en fullständig genomgång av rättsområdet. Därav följer att någon fördjupad redogörelse av regelverket inte kommer att ges.<sup>16</sup>

Både LUF och LUFS innehåller bestämmelser motsvarande 1 kap. 6 § LOU, varför liknande frågeställningar uppkommer vid upphandlingar enligt de lagarna. Av praktiska skäl behandlas emellertid endast upphandlingar enligt LOU och upphandlingar enligt LUF och LUFS faller därmed helt utanför uppsatsens ram.

Uppsatsens frågeställningar avser att utreda huruvida olika hyreskontrakt ska upphandlas och vilka regler som därvid kommer att gälla. Hur själva upphandlingen därefter kan komma att gå till i praktiken, avseende vem som genomför upphandlingen och huruvida ansvaret för att upphandla enligt LOU eventuellt kan överlåtas på hyresvärdens, är en fråga om upphandlingsplikten fristående fråga. Den frågan ligger även utanför uppsatsens syfte och kommer därför inte att behandlas.

---

<sup>16</sup> För en introduktion till rättsområdet, se Sundstrand, *En introduktion*.

Avseende avsnittet om förhandlat förfarande utan föregående annonsering ska följande sägas. Vad som ska undersökas är de undantag som skulle kunna vara aktuella att tillämpa på grund av partsförhållandet mellan hyresvärd och hyresgäst och omständigheter förknippade med hyreskontrakt som kontraktstyp. Undantag som är motiverade på grund av en viss situation, till exempel synnerlig brådska, kommer därför inte att behandlas.

EU har under 2014 antagit ett antal nya direktiv på upphandlingsområdet, bland annat direktiv 2014/24. Därigenom upphävdes även direktiv 2004/18, vilket ligger till grund för dagens LOU. Det nya direktivets genomförandetid gick ut den 18 april 2016. I skrivande stund har de nya reglerna emellertid ännu inte genomförts i svensk rätt, varför de inte heller kommer att tillämpas för att besvara uppsatsens frågeställningar.<sup>17</sup>

#### 1.4 Metod och material

För att besvara den här uppsatsens frågeställningar och därigenom uppnå syftet har den rättsdogmatiska metoden använts. Det finns många åsikter om vad som karakteriserar en rättsdogmatisk metod, men den generella uppfattningen får sägas vara att metoden syftar till att fastställa gällande rätt.<sup>18</sup> Det huvudsakliga föremålet för den rättsvetenskapliga forskningen utgörs därför av rättsregler.<sup>19</sup> Metoden liknar härvid den som används i den praktiska juridiken. Skillnaden kan emellertid förklaras som att praktiken söker lösningen på ett konkret problem, exempelvis en pågående tvist, medan rättsvetenskaparen söker resultat av mer abstrakt och generell betydelse.<sup>20</sup> En uppgift för rättsdogmatiska arbeten kan således vara att systematisera rätten och framställa rättsordningen som ett enhetligt och sammanhängande system av huvudregler och undantag.<sup>21</sup> För att rättsvetenskaplig forskning ska kunna kontrolleras och ifrågasättas ställer den rättsdogmatiska metoden höga krav på öppenhet och transparens i analysen, vilket bland annat förutsätter att noggranna källhänvisningar görs.<sup>22</sup>

---

<sup>17</sup> Det nya regelverket träder i kraft i svensk rätt den 1 januari 2017.

<sup>18</sup> Se bland annat Sandgren, *Är rättsdogmatiken dogmatisk?*, s. 649 och Sandgren, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*, s. 43.

<sup>19</sup> Se Lavin, *Är den förvaltningsrättsliga forskningen rättsdogmatisk?*, s. 117.

<sup>20</sup> Se a.a., s. 118, Sandgren, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*, s. 43 och Peczenik, *Om den förvaltningsrättsliga forskningen*, s. 42.

<sup>21</sup> Se Peczenik, *Juridikens allmänna läror*, s. 249 f. och Sandgren, *Är rättsdogmatiken dogmatisk?*, s. 649.

<sup>22</sup> Se Kleineman, *Rättsdogmatisk metod*, s. 37.

Utgångspunkten för den rättsdogmatiska metoden är rättskällevärdet, det vill säga principerna för användandet av de allmänt accepterade rättskällorna lag, förarbeten, praxis och doktrin.<sup>23</sup> Vid analysen av rättskällorna är följaktligen lagstiftningen utgångspunkten, men den behöver ofta kompletteras av övriga rättskällor. Den presenterade rangordningen är emellertid inte alltid given, exempelvis blir förarbeten föråldrade med tiden och de kan därmed successivt tappa sin betydelse.<sup>24</sup> De olika rättskällorna får även anses ha olika stor betydelse inom olika rättsområden och deras inbördes förhållande kan därmed skifta.<sup>25</sup>

Många rättsområden är idag starkt influerade av EU-rätt och offentlig upphandling är inget undantag då stora delar av det upphandlingsrättsliga regelverket härstammar från EU-direktiv.<sup>26</sup> EU-rätten har företräde framför nationell rätt och medlemsstaterna är enligt principen om direktivkonform tolkning skyldiga att tolka sina nationella rättsakter i ljuset av EU-rätten.<sup>27</sup> Eftersom EU-rätten följaktligen utgör en integrerad del av den svenska rätten måste även den beaktas vid fastställande av gällande rätt.<sup>28</sup> För att säkerställa en korrekt tillämpning är det därför påkallat att komplettera den juridiska analysen med EU-rättslig metod.<sup>29</sup> För besvarandet av uppsatsens frågeställningar kommer således att användas en kombination av rättsdogmatisk och EU-rättslig metod.

EU-rätten har en annorlunda uppbyggnad och lagstiftningsordning än vår nationella rätt, därav följer också en något annorlunda rättskällevärdet. Inom EU-rätten utgörs de bindande rättskällorna av bland annat primärrätt, rättighetsstadgan, bindande sekundärrätt (förordningar, direktiv och beslut), allmänna rättsprinciper samt EU-domstolens praxis.<sup>30</sup> Förarbeten, generaladvokatens förslag till avgörande och EU-rättslig doktrin anses däremot endast som vägledande källor.<sup>31</sup>

Särskilt utmärkande för EU-rätten är de allmänna rättsprincipernas starka ställning och förhållandet mellan den skrivna rätten och den rätt som skapats genom EU-domstolens praxis.<sup>32</sup> EU-domstolen anses vara den yttersta uttolkaren av unionsrätten, vilket kan förklaras med att

---

<sup>23</sup> Se bland annat Sandgren, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*, s. 43 och Kleineman, *Rättsdogmatisk metod*, s. 21.

<sup>24</sup> Se Bernitz m.fl., *Finna rätt*, s. 33.

<sup>25</sup> Se Warnling-Nerep, *Vad är rätt?*, s. 54.

<sup>26</sup> Se vidare avsnitt 2.

<sup>27</sup> Se Bernitz & Kjellgren, *Europarättens grunder*, s. 99 ff. och 126.

<sup>28</sup> Se Lehrberg, *Praktisk juridisk metod*, s. 111 och Warnling-Nerep, *Vad är rätt*, s. 56.

<sup>29</sup> Se Reichel, *EU-rättslig metod*, s. 110 och Hettne & Otken Eriksson, *EU-rättslig metod*, s. 34.

<sup>30</sup> Se Hettne & Otken Eriksson, a.a., s. 40.

<sup>31</sup> Se Hettne, *Rättsprinciper*, s. 42.

<sup>32</sup> Se a.st.

EU-rättsliga bestämmelser ofta är vaga och kortfattade och därför behöver tolkas och kompletteras med rättspraxis.<sup>33</sup> Så är även fallet med de för det här arbetet relevanta rättsreglerna och EU-domstolens avgöranden kommer därför att tillmätas stor betydelse och ges stort utrymme i uppsatsen. Det kan härvid uppmärksammas att vägledande nationell praxis avseende för uppsatsen relevanta frågor i princip helt saknas. Frågan om exempelvis hyresundantagets tillämplighet har aldrig prövats av HFD och det finns endast ett fåtal kammarrättsavgöranden och tillsynsbeslut. Därtill ska frågor om klassificering av avtal enligt EU-domstolen avgöras enligt unionsrätten.<sup>34</sup> Nationell rättspraxis anses därför vara av begränsat värde för besvarandet av uppsatsens frågeställningar.

Generaladvokatens förslag till avgörande är, som ovan nämnts, ingen bindande rättskälla. Endast i de fall domstolen direkt hänvisar till generaladvokatens argument eller det av domen framgår att resonemanget följer generaladvokatens kan förslaget anses ha direkt värde som rättskälla.<sup>35</sup> Även om en sådan hänvisning inte sker kan det ändå finnas anledning att beakta generaladvokatens förslag eftersom de ofta innehåller en omfattande argumentation, detaljerad redovisning för domstolens rättspraxis på området och skäl för och emot en viss lösning. Där EU-domstolens argumentation eller motivering är knapphändig kommer därför generaladvokatens förslag att beaktas för att öka förståelsen av domstolens avgörande.

Den rättsvetenskapliga doktrinen har något av en särställning i förhållande till de andra rättskällorna genom att vara dels ett hjälpmedel för orientering i övriga rättskällor, dels en självständig rättskälla.<sup>36</sup> Doktrинens betydelse som egen rättskälla är främst beroende av argumentationens förmåga att övertyga och det är därför viktigt att inta ett kritiskt förhållningssätt, särskilt mot auktoritativa författare.<sup>37</sup> EU-rättslig doktrin anses visserligen inte som en bindande rättskälla men kommer ändå att beaktas vid arbetets gång eftersom den kan innehålla värdefulla argument och resonemang som ökar förståelsen för en rättslig fråga.

---

<sup>33</sup> Se Hettne, *Rättsprinciper*, s. 43 och Hettne & Otken Eriksson, *EU-rättslig metod*, s. 49 och 58 f.

<sup>34</sup> Se bland annat dom av den 18 januari 2007, Auroux m.fl., C-220/05, EU:C:2007:31, punkt 40, dom av den 29 oktober 2009, kommissionen/Tyskland, C-536/07, EU:C:2009:664, punkt 54 och dom av den 10 juli 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, punkt 40.

<sup>35</sup> För stycket, se Hettne & Otken Eriksson, *EU-rättslig metod*, s. 116 ff.

<sup>36</sup> Se Bernitz m.fl., *Finna rätt*, s. 33.

<sup>37</sup> Se a.st. och Hellner, *Rättsteori*, s. 116.

En tydlig skillnad mellan EU-rätt och vår nationella rätt är synen på förarbeten.<sup>38</sup> Inom EU-rätten har förarbetena relativt liten betydelse, medan de fyller en viktig funktion i den svenska rättskälleläran. Ingressen till ett direktiv är visserligen inte juridisk bindande men kan ofta, på liknande sätt som våra nationella förarbeten, vara till tolkningshjälp eftersom syftet med rättsakten utvecklas och preciseras där.<sup>39</sup> Härvid bör uppmärksammas att förarbeten till en svensk lag som avser att genomföra EU-rätt inte kan anses bestämmande för dess innehåll och tolkning. Det gäller särskilt om det finns andra, EU-rättsliga, auktoritativa källor som visar på en annan tolkning och det svenska förarbetsuttalandet bör i en sådan situation ge vika. Svenska förarbeten till EU-rättsligt grundade bestämmelser får därför snarare anses ha en deskriptiv funktion.

De olika rättskällorna måste vid användandet tolkas, för vilket det finns ett antal olika tolkningsprinciper. Vid lagtolkning utgör den språkliga tolkningen utgångspunkt.<sup>40</sup> Den aktuella lagbestämmelsen tolkas då utifrån sin ordalydelse och grammatiska innebörd för att fastställa den normala språkliga innebörden av använda uttryck och begrepp.<sup>41</sup> Inom EU-rätten anses den teleologiska tolkningsmetoden som den förhärskande och den är därför av relevans för uppsatsen, särskilt för tolkning av EU-domstolens praxis.<sup>42</sup> Vid en teleologisk tolkning ligger fokus på bestämmelsens syfte, grundläggande funktion och ändamålsenliga verkan samt dess effekter.<sup>43</sup>

## 1.5 Disposition

Uppsatsens *andra* kapitel avser att ge läsaren en rättslig bakgrund och överblick över de upphandlingsrättsliga regler som är av relevans för den fortsatta framställningen. Kapitlet inleds därför med en kort generell bakgrund till upphandlingsreglerna och presentation av hyresundantaget. Därtill redogörs för hur olika kontrakt definieras och klassificeras, eftersom det är av stor betydelse för besvarandet av uppsatsens frågeställningar.

Det *tredje* kapitlet behandlar hyresundantaget mer ingående och besvarar frågeställningen avseende under vilka förutsättningar undantaget kan tillämpas. I avsnittet redogörs även

---

<sup>38</sup> För stycket, se Reichel, *EU-rättslig metod*, s. 125 och Hettne & Otken Eriksson, *EU-rättslig metod*, s. 113 ff.

<sup>39</sup> Se Bernitz m.fl., *Finna rätt*, s. 72 f.

<sup>40</sup> Se a.a., s. 73.

<sup>41</sup> Se a.st.

<sup>42</sup> Se Hettne & Otken Eriksson, *EU-rättslig metod*, s. 168 ff.

<sup>43</sup> Se Bernitz m.fl., *Finna rätt*, s. 74.

kortfattat för hur de kontrakt som faller utanför hyresundantagets tillämpningsområde behandlas. För att göra framställningen tydlig har kapitlet delats in efter de olika förhyrningssituationer som har identifierats under arbetets gång.

Uppsatsens *fjärde* kapitel behandlar situationen att hyresundantaget är tillämpligt men hyreskontraktet även innehåller villkor om hyresgästanspassningar, vilka utgör upphandlingspliktiga byggentreprenader. I kapitlet besvaras frågeställningen avseende hur den rättsliga klassificeringen av ett sådant blandat kontrakt ska ske.

Det *femte* kapitlet behandlar frågan om förhandlat förfarande utan föregående annonsering skulle kunna tillämpas när ett kontrakt enligt situationen i kapitel fyra, hyreskontrakt som även innehåller omfattande hyresgästanspassningar, ska upphandlas som ett byggentreprenadkontrakt. Förfarandet får endast användas i vissa särskilt angivna undantagsfall. Avsnittet avser följaktligen att utreda huruvida den aktuella situationen skulle kunna falla inom någon av de utpekade undantagssituationerna.

I uppsatsens *sjätte* kapitel presenteras för uppsatsen relevanta nyheter och förändringar i direktiv 2014/24. I det *sjunde*, avslutande, kapitlet redovisas och sammanfattas slutsatser och reflektioner.

## 2. Rättslig bakgrund

### 2.1 Regelverket för offentlig upphandling

Offentlig upphandling handlar om det offentligas anskaffningar av varor, tjänster och bygg-entreprenader. Regelverket bygger på ett antal EU-direktiv, av vilka direktiv 2004/18 är av störst betydelse för det här arbetet eftersom det ligger till grund för dagens LOU. Av direktivet följer bland annat hur tilldelning av kontrakt ska ske, genom att det i direktivet föreskrivs ett antal tillåtna upphandlingsförfaranden och när de olika förfarandena kan tillämpas.<sup>44</sup>

Direktivet reglerar emellertid endast tilldelning av kontrakt som överstiger vissa fastställda värden, de så kallade tröskelvärdena.<sup>45</sup> Kontrakt som understiger tröskelvärdena anses generellt sett inte ha ett bestämt gränsöverskridande intresse och de undantas därför från direktivet.<sup>46</sup> Av samma anledning har tjänstekontrakt delats upp i A- respektive B-tjänster. A-tjänster är sådana som generellt sett lämpar sig för gränsöverskridande konkurrensutsättning och anses vara av intresse för leverantörer i andra medlemsstater, till skillnad från B-tjänster.<sup>47</sup> Direktivet omfattar därför tilldelning av kontrakt avseende A-, men inte B-tjänster.<sup>48</sup>

Medlemsstaterna får själva välja om och hur tilldelning av kontrakt som inte omfattas av det direktivstyda området ska regleras.<sup>49</sup> I Sverige har den möjligheten utnyttjats och LOU gäller därmed för all upphandling oavsett värde, dock med något förenklade regler för upphandlingar under tröskelvärdena och av B-tjänster.<sup>50</sup> LOU kan därför sägas bestå av två delar; den ena delen avser tilldelning av de kontrakt som omfattas av det direktivstyrda området och genomför direktivens tvingande bestämmelser, den andra delen innehåller de regler för tilldelning av kontrakt under tröskelvärdena och avseende B-tjänster som Sverige frivilligt valt att införa.<sup>51</sup> De för rättsområdet viktiga rättsprinciperna om öppenhet, icke-diskriminering, likabehandling, proportionalitet och ömsesidigt erkännande är dock tillämpliga på alla offentliga upphandlingar, även de som faller utanför det direktivstyrda området.<sup>52</sup>

---

<sup>44</sup> Se Sundstrand, *En introduktion*, s. 28.

<sup>45</sup> Se a.a., s. 30. Tröskelvärdena räknas om vartannat år. Nuvarande tröskelvärden finns i tillkännagivande (2016:14) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

<sup>46</sup> Se Sundstrand, *Primärrättens reglering*, s. 100. Kontrakt under tröskelvärdena kan i vissa fall ha ett bestämt gränsöverskridande intresse, när så är fallet regleras tilldelningen av kontraktet av primärrätten.

<sup>47</sup> Se a.a., s. 103 f.

<sup>48</sup> Se a.a., s. 104.

<sup>49</sup> Se a.a., s. 100.

<sup>50</sup> Se 1 kap. 2 § och 15 kap. LOU.

<sup>51</sup> Se Sundstrand, *En introduktion*, s. 53.

<sup>52</sup> Se 1 kap. 9 § LOU. För mer om de allmänna rättsprinciperna, se a.a., s. 27 f.

Huvudregeln inom upphandlingsregelverket är att alla anskaffningar ska upphandlas i enlighet med de föreskrivna upphandlingsförfarandena, från vilken ett antal olika undantag görs.<sup>53</sup> Vissa undantag tar sikte på särskilda situationer, till exempel då det på grund av synnerlig brådska eller tekniska skäl inte är möjligt att använda ordinarie förfaranden och tillämpning av ett undantagsförfarande därför medges.<sup>54</sup> Andra undantag tar sikte på vissa kategorier av kontrakt, som hyresundantaget, och undantar helt anskaffningen från regelverket. För alla undantag från upphandlingsreglerna gäller en gemensam utgångspunkt, nämligen att de ska tolkas restriktivt och att den som åberopar ett undantag har bevisbördan för dess tillämplighet.<sup>55</sup>

## 2.2 Hyresundantaget

Hyresundantaget stadgas i 1 kap. 6 § 1 st. 1 p. LOU. Bestämmelsen lyder:

Denna lag gäller inte för kontrakt som avser

1. förvärv av fastighet, arrenderätt, hyresrätt, bostadsrätt, tomträtt, servitutsrätt eller någon annan rättighet till fastighet, dock gäller lagen för upphandling av finansiella tjänster med anledning av kontrakt som avses i denna punkt,

- - -

Med fastighet enligt första stycket 1 avses det som enligt jordabalken utgör eller tillhör en fastighet. Befintlig byggnad som tillhör någon annan än ägaren till jorden skall också anses utgöra en fastighet. Detsamma gäller sådana tillbehör till byggnaden som avses i 2 kap. 2 och 3 §§ jordabalken, om de tillhör byggnadens ägare.

Bestämmelsen motsvaras av art. 16.a i direktiv 2004/18, av vilken följer:

Detta direktiv skall inte tillämpas på sådana offentliga tjänstekontrakt som avser

- a) förvärv eller hyra, oavsett finansieringsform, av mark, befintliga byggnader eller annan fast egendom eller rättigheter till sådan egendom; dock skall varje form av kontrakt om finansiella tjänster som sluts samtidigt med, före eller efter köpe- eller hyreskontraktet omfattas av detta direktiv.

Härvid ska en skillnad mellan direktivtexten och LOU uppmärksammas. I direktivet stadgas uttryckligen att undantaget gäller ”befintliga byggnader”, medan det i LOU endast anges

---

<sup>53</sup> För stycket, Se Sundstrand, *En introduktion*, s. 58.

<sup>54</sup> Angående förhandlat förfarande, se nedan avsnitt 5.

<sup>55</sup> Se exempelvis dom av den 28 mars 1996, kommissionen/Tyskland, C-318/94, EU:C:1996:149, punkt 13, dom av den 10 april 2003, kommissionen/Tyskland, de förenade målen C-20/01 och C-28/01, EU:C:2003:220, punkt 58, dom av den 2 juni 2005, kommissionen/Grekland, C-394/02, EU:C:2005:336, punkt 33 och dom av den 4 juni 2009, kommissionen/Grekland, C-250/07, EU:C:2009:338, punkt 34.



”fastighet”. Någon materiell skillnad föreligger emellertid inte och begreppet ”befintlig byggnad” kommer att vara av avgörande betydelse för hyresundantagets tillämplighet.<sup>56</sup>

Anledningen till att den här typen av kontrakt undantas upphandlingskyldigheten anges i ingressen till direktivet, nämligen att kontrakten anses vara behäftade med vissa särdrag som gör att reglerna om offentlig upphandling inte ska tillämpas.<sup>57</sup> Vilka särdrag som åsyftas framgår inte, men det skulle kunna avse fastigheters icke-generiska karaktär.<sup>58</sup> När en upphandlande myndighet har behov av en fastighet på en viss plats vore det menlöst att konkurrensutsätta anskaffningen om det endast finns en möjlig fastighet att förvärva. En annan aspekt är att sådana kontrakt kan förmodas sakna gränsöverskridande intresse, eftersom de avser rätt till fast egendom belägen inom ett visst geografiskt område.<sup>59</sup>

Varken LOU eller direktivet innehåller någon definition av hyresrätt eller de andra nyttjanderätter som omfattas av undantaget. Civilrättsligt föreligger ett hyreskontrakt när nyttjanderätt till hus eller del av hus upplåts genom avtal mot ersättning.<sup>60</sup> Därtill krävs att hyresobjektet är lokaliserat, ett krav som dock inte är särskilt högt ställt.<sup>61</sup> Under förutsättning att hyresavtalet innehåller information som är tillräcklig för att identifiera hyresobjektets läge och storlek kan sannolikt ett hyresavtal anses föreligga redan innan det aktuella hyresobjektet har uppförts. Huruvida ett sådant hyreskontrakt även omfattas av hyresundantaget finns emellertid olika uppfattningar om.<sup>62</sup> Dessutom kan det sägas föreligga en viss tolkningsmässig diskrepans mellan den civilrättsliga definitionen av ett hyreskontrakt och det upphandlingsrättsliga hyresundantaget. Det civilrättsliga hyresbegreppet ska nämligen ges en vidsträckt tolkning, medan hyresundantaget i LOU utgör ett undantag från upphandlingsreglerna som därmed ska tolkas restriktivt.<sup>63</sup> En möjlig konsekvens av det anförda är att ett kontrakt som civilrättsligt anses som hyra, inte med säkerhet omfattas av hyresundantaget i LOU.

---

<sup>56</sup> Eftersom EU-rätten har företräde framför nationell rätt ska direktivets bestämmelser även ges företräde framför den nationella lag som genomfört det när de inte överensstämmer, se RÅ 1996 ref. 50.

<sup>57</sup> Se beaktandesats 24 i direktiv 2004/18.

<sup>58</sup> Se Rosén Andersson m.fl., *LOU, en kommentar*, kommentaren till 1 kap. 6 §, under första punkten.

<sup>59</sup> Se kommissionens förslag till rådets direktiv avseende samordningen av förfarandet för tilldelning av avtal om offentliga tjänster, KOM (90) 372 slutlig.

<sup>60</sup> Se 12 kap. 1 § JB.

<sup>61</sup> Se Victorin, *Kommersiell hyresrätt*, s. 16 och Bengtsson m.fl., *Hyra och annan nyttjanderätt*, s. 36. Se även NJA 2001 s. 10.

<sup>62</sup> Se nedan avsnitt 3.2.

<sup>63</sup> Angående hyresbegreppet, se Lejmans kommentar angående NJA 1978 s. 389, Lejman, *Nyttjanderätt till fast egendom*, s. 565.

### 2.3 Klassificering av kontrakt

Av 1 kap. 2 § LOU framgår att lagen tillämpas för offentlig upphandling av varor, tjänster och byggtreprenader. Eftersom olika regler gäller för de olika typerna måste kontrakten klassificeras för att fastställa *vilka* regler som gäller och *hur* de ska tillämpas.<sup>64</sup> Härvid är det av särskild betydelse att tröskelvärdena skiljer sig åt mellan kontraktstyperna och att tröskelvärdet för byggtreprenadkontrakt är betydligt högre än för varu- och tjänstekontrakt.<sup>65</sup> Utgångspunkten avseende klassificering av ett kontrakt är att varken ett kontrakts definition enligt nationell rätt eller parternas egen uppfattning och avsikt är av betydelse, det är istället avtalets verkliga innehåll och innebörd som avgör hur kontraktet ska klassificeras.<sup>66</sup> Vidare ska den rättsliga klassificeringen av kontrakt inom upphandlingsområdet göras enligt EU-rätten.<sup>67</sup> EU-domstolens praxis är därför av stor betydelse. Eftersom gränserna för byggtreprenadkontrakt är av särskild relevans för uppsatsens frågeställningar följer här en ingående redogörelse för vad som konstituerar ett sådant kontrakt.

För att ett avtal ska omfattas av LOU måste det först och främst utgöra ett *kontrakt* i upphandlingsrättslig mening. Enligt definitionen är ett kontrakt ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som sluts mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer, avser utförande av byggtreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster och undertecknas av parterna eller signeras av dem med elektronisk signatur.<sup>68</sup>

Kravet på att avtalet ska innehålla *ekonomiska villkor* har utvecklats av EU-domstolen och innebär att den upphandlande myndigheten ska erhålla en prestation mot vederlag.<sup>69</sup> I förarbetena till LOU anges att alla förvärv med någon form av motprestation som har ett ekonomiskt värde ska anses uppfylla kravet på ekonomiska villkor.<sup>70</sup> Det finns dock inget krav på att vederlaget ska utgöras av pengar. I praxis från EU-domstolen har exempelvis avräkning av en stadsplaneringsavgift ansetts utgöra tillräckligt vederlag för att kontraktet skulle anses

<sup>64</sup> Se Semple & Andrecka, *Classification*, s. 172.

<sup>65</sup> Se Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, s. 398 f. och Risvig Hamer, *The concept of a "public contract"*, s. 181.

<sup>66</sup> Se bland annat dom av den 18 januari 2007, Auroux m.fl., C-220/05, EU:C:2007:31, punkt 40, dom av den 29 oktober 2009, kommissionen/Tyskland, C-536/07, EU:C:2009:664, punkt 54 och dom av den 10 juli 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, punkt 40.

<sup>67</sup> Se bland annat dom av den 18 januari 2007, Auroux m.fl., C-220/05, EU:C:2007:31, punkt 40, dom av den 29 oktober 2009, kommissionen/Tyskland, C-536/07, EU:C:2009:664, punkt 54 och dom av den 10 juli 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, punkt 40.

<sup>68</sup> Se 2 kap. 10 § LOU, motsvarar art. 1.2.a i direktiv 2004/18.

<sup>69</sup> Se dom av den 25 mars 2010, Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, punkt 48.

<sup>70</sup> Se prop. 2006/07:128, s. 302. Härav följer vidare att benefika avtal helt faller utanför lagens tillämpningsområde.

innehålla ekonomiska villkor.<sup>71</sup> Från leverantörens sida består prestationen i fråga om byggtreprenadkontrakt i att utföra den aktuella byggtreprenaden för den upphandlande myndighetens räkning.<sup>72</sup> Härvid förutsätts att det är fråga om en skyldighet vars fullgörande går att åberopa inför nationell domstol.<sup>73</sup> Det betyder emellertid inte att leverantören själv måste utföra arbetet utan endast att denne är ansvarig för att arbetet blir gjort.<sup>74</sup> Det faktiska utförandet kan istället helt eller delvis fullgöras av underentreprenörer.<sup>75</sup> En ytterligare förutsättning är att leverantörens prestation måste vara av *direkt ekonomiskt intresse* för den upphandlande myndigheten.<sup>76</sup> Enligt EU-domstolen kan det direkta ekonomiska intresset gestaltas på flera sätt, där det kanske mest självklara är att den upphandlande myndigheten blir ägare till resultatet av byggtreprenaden.<sup>77</sup> Sådant intresse föreligger även när den upphandlande myndigheten på rättslig grund garanteras tillgång till de anläggningar som är föremål för kontraktet, för att använda dem för offentliga ändamål.<sup>78</sup> Det ekonomiska intresset kan därutöver bestå i de ekonomiska fördelar som den upphandlande myndigheten kan få vid framtida användning eller överlåtelse av anläggningen, i att den upphandlande myndigheten bidragit ekonomiskt vid utförandet av byggtreprenaden eller i de risker som den upphandlande myndigheten står för det fall byggtreprenaden blir ett ekonomiskt misslyckande.<sup>79</sup>

Definitionen av *byggtreprenadkontrakt* återfinns i 2 kap. 3 § LOU, av vilken följer:

Med byggtreprenadkontrakt avses ett kontrakt som:

1. avser utförande eller både projektering och utförande av arbete som är hänförligt till en verksamhet som anges i bilaga 1, eller
2. medför att ett byggnadsverk realiseras, oavsett hur kontraktet utformas, enligt krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten.

---

<sup>71</sup> Se dom av den 12 juli 2001, Ordine degli Architetti m.fl., C-399/98, EU:C:2001:401, punkterna 76–86.

<sup>72</sup> Se dom av den 25 mars 2010, Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, punkt 48, dom av den 18 januari 2007, Auroux m.fl., C-220/05, EU:C:2007:31, punkt 45 och dom av den 12 juli 2001, Ordine degli Architetti m.fl., C-399/98, EU:C:2001:401, punkt 77.

<sup>73</sup> Se dom av den 25 mars 2010, Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, punkt 63.

<sup>74</sup> Se Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, s. 401 och Bovis, *The Law of EU Public Procurement*, s. 372.

<sup>75</sup> Se bland annat dom av den 25 mars 2010, Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, punkt 61, dom av den 18 januari 2007, Auroux m.fl., C-220/05, EU:C:2007:31, punkt 44 och dom av den 12 juli 2001, Ordine degli Architetti m.fl., C-399/98, EU:C:2001:401, punkt 90.

<sup>76</sup> Se dom av den 25 mars 2010, Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, punkt 49.

<sup>77</sup> Se dom av den 25 mars 2010, Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, punkt 50.

<sup>78</sup> Se dom av den 25 mars 2010, Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, punkt 49 och dom av den 12 juli 2001, Ordine degli Architetti m.fl., C-399/98, EU:C:2001:401, punkterna 67, 71 och 77.

<sup>79</sup> Se dom av den 25 mars 2010, Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, punkt 49 och dom av den 18 januari 2007, Auroux m.fl., C-220/05, EU:C:2007:31, punkterna 13, 17, 18 och 45.

Med byggnadsverk avses det samlade resultatet av bygg- och anläggningsarbetena, om resultatet självständigt kan fullgöra en teknisk eller ekonomisk funktion.

Det är därmed inte tillräckligt att ett byggnadsverk uppförs, det måste även ha skett enligt den upphandlande myndighetens instruktioner. I den bakomliggande direktivtexten uttrycks det som att byggentreprenaden tillgodoser behov som den upphandlande myndigheten har specificerat.<sup>80</sup> I vissa fall är det tämligen enkelt och oproblematiskt att avgöra huruvida den upphandlande myndigheten har ställt sådana krav, exempelvis när entreprenören får en detaljerad beskrivning att bygga utefter.<sup>81</sup> Bedömningen blir dock svårare när en upphandlande myndighet är delaktig, men inte drivande, i ett projekt, exempelvis när initiativet till byggnationen kommer från en entreprenör. Det blir då fråga om hur mycket en upphandlande myndighet kan vara inblandad utan att byggnadsverket anses uppfört enligt myndighetens krav.<sup>82</sup> EU-domstolen har härvid uttalat att det krävs att myndigheten har vidtagit åtgärder för att specificera byggentreprenaden eller åtminstone för att utöva ett bestämmande inflytande på dess projektering.<sup>83</sup>

Av definitionen framgår vidare att det är fråga om en byggentreprenad *oavsett hur kontraktet utformas*. Därav följer att alla situationer som resulterar i att ett byggnadsverk realiserar enligt en upphandlande myndighets instruktioner utgör upphandlingspliktiga byggentreprenadkontrakt, även om transaktionen består av flera avtal vilka var för sig inte omfattas av lagen. Ett exempel på ett sådant upplägg kan vara att en upphandlande myndighet avtalar med en leverantör om att leverantören på sin egen mark ska uppföra en byggnad enligt den upphandlande myndighetens krav och specifikationer, för att därefter hyra ut fastigheten till den upphandlande myndigheten.<sup>84</sup>

Förutom byggentreprenader omfattar LOU även tilldelning av varu- och tjänstekontrakt. Med *varukontrakt* avses ett kontrakt som gäller köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor.<sup>85</sup> Ett *tjänstekontrakt* är ett kontrakt som avser utförande av tjänster enligt lagens bilaga 2 eller 3 och

---

<sup>80</sup> Se art. 1.2.b i direktiv 2004/18.

<sup>81</sup> Se Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, s. 405.

<sup>82</sup> En upphandlande myndighets inblandning måste i händelse av domstolsprövning även kunna bevisas, se exempelvis Kammarrätten i Jönköpings dom av den 10 augusti 2015 (mål nr 2844–14), där klaganden inte gjort sannolikt att byggnadsverket skulle uppföras enligt krav ställda av kommunen och kontraktet därför inte ansågs utgöra en byggentreprenad.

<sup>83</sup> Se dom av den 25 mars 2010, Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, punkt 67.

<sup>84</sup> Se prop. 2006/07:128 s. 298.

<sup>85</sup> Se 2 kap. 21 § LOU, motsvarar art. 1.2.d i direktiv 2004/18.

som inte utgör ett varu- eller byggtreprenadkontrakt.<sup>86</sup> Tjänstekontrakten är således negativt bestämda.<sup>87</sup> LOU innehåller ingen direkt definition av vad som utgör en tjänst, istället hänvisar lagen till de i bilagorna uppräknade tjänsterna. De tjänster som räknas upp i bilaga 2 utgör A-tjänster, vilka förutsätts vara av intresse även för leverantörer belägna i andra länder.<sup>88</sup> Exempel på A-tjänster är telekommunikationstjänster, reklamtjänster och finansiella tjänster. Tjänsterna som tas upp i bilaga 3 utgör B-tjänster, vilka motsatsvis förutsätts vara av begränsat gränsöverskridande intresse.<sup>89</sup> Exempel på B-tjänster är juridiska tjänster, hotelltjänster och undervisning. Därtill finns en uppsamlade kategori – övriga tjänster. Enligt lagens systematik utgörs B-tjänster följaktligen av de tjänster som inte uttryckligen är A-tjänster. Som redogjorts för ovan omfattas endast A-tjänsterna av det direktivstyrda området, medan B-tjänsterna faller utanför. För B-tjänsterna gäller istället de något förenklade reglerna i 15 kap. LOU.

Bilden kompliceras dock ytterligare av att kontrakt även kan vara av blandad karaktär, så kallade *blandade kontrakt*. Blandade kontrakt förekommer i två olika varianter, dels där ett kontrakt består av en blandning mellan varor, tjänster och byggtreprenader, dels där ett kontrakt innehåller både anskaffning som omfattas av lagen och anskaffning som faller utanför.<sup>90</sup> Ett exempel på den senare varianten är ett kontrakt som innehåller både byggtreprenadarbeten och lokalhyra, vilken undantas genom hyresundantaget.

LOU innehåller vissa regler om hur blandade kontrakt ska behandlas, dock endast avseende kontrakt där alla delar omfattas av lagen. För kontrakt som innehåller både varor och tjänster gäller överviktsprincipen, vilken innebär att kontraktet behandlas som ett tjänstekontrakt när värdet av tjänsterna överstiger värdet av varorna och motsatsvis som ett varukontrakt om värdet av varorna överstiger värdet av tjänsterna.<sup>91</sup> När ett kontrakt innehåller såväl byggtreprenader som andra typer av kontrakt gäller istället huvudsaksprincipen och det är då kontraktets huvudsakliga ändamål som är avgörande för hur kontraktet ska behandlas.<sup>92</sup> För den andra typen av blandade kontrakt, som både innehåller en upphandlingspliktig och en icke upphandlingspliktig del, saknas i dagsläget helt regler i LOU. Hur ett sådant kontrakt ska behandlas redogörs för i kapitel 4.

---

<sup>86</sup> Se 2 kap. 18 § LOU, motsvarar art. 1.2.c i direktiv 2004/18.

<sup>87</sup> Se Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, s. 411.

<sup>88</sup> Se Sundstrand, *Primärrättens reglering*, s. 103.

<sup>89</sup> Se a.a., s. 104 och Bovis, *The Law of EU Public Procurement*, s. 388 f.

<sup>90</sup> Se Sundstrand, *Offentliga byggtreprenadkontrakt*, s. 52 ff.

<sup>91</sup> Se 2 kap. 18 § 2 st. LOU och Sundstrand, *Offentliga byggtreprenadkontrakt*, s. 52.

<sup>92</sup> Se skäl 10 i direktiv 2004/18 och 2 kap. 18 § 3 st. LOU. Se även Sundstrand, *Offentliga byggtreprenadkontrakt*, s. 53.

### 3. Hyresundantagets tillämplighet

#### 3.1 Hyra av befintlig byggnad

Genom hyresundantaget undantas avtal om hyra av *befintliga byggnader* från upphandlingsskyldighet.<sup>93</sup> Vad som avses med att en byggnad ska vara befintlig anges dock varken i direktivet eller i LOU, vilket har vållat osäkerhet både för upphandlande myndigheter som hyresgäster och privata fastighetsägare som hyresvärdar.<sup>94</sup> Av förarbetena till LOU framgår att det vid direktivets genomförande ansågs oklart vad begreppet avser, men att det bedömdes syfta till att klargöra att byggentreprenadkontrakt inte omfattas av undantaget.<sup>95</sup> Det är följaktligen endast *verkliga* hyreskontrakt som omfattas av undantaget och inte byggentreprenadkontrakt *förtäckta* som hyreskontrakt.<sup>96</sup>

Den mest självklara situationen där hyresundantaget är tillämpligt är när en upphandlande myndighet avtalar med en hyresvärd om att hyra lämpliga lokaler som är inflyttningsklara.<sup>97</sup> Det är då klart att det är fråga om befintliga lokaler och anskaffningen behöver därmed inte konkurrensutsättas.

En annan, inte otänkbar situation, är att en tillgänglig lokal som förvisso vore möjlig att flytta in i direkt ska anpassas åt hyresgästen innan inflyttning eller att vissa renoveringar ska utföras senare under hyrestiden. Sådana arbeten kan under vissa förutsättningar utgöra upphandlingspliktiga byggentreprenader, vilket komplicerar bedömningen av om kontraktet ska upphandlas eller inte.<sup>98</sup> I praxis tycks bedömningen av hyresundantagets tillämplighet i den här situationen vara beroende av om *hela kontraktet* undantas upphandlingsskyldighet. Till exempel har Konkurrensverket, i ett tillsynsärende avseende Migrationsverkets ombyggnation av ett förvar, uttalat att hyresundantaget inte var tillämpligt eftersom kontraktet på grund av omfattande ombyggnationer utgjorde en byggentreprenad.<sup>99</sup> En sådan tolkning kan sannolikt inte anses korrekt. Hyresundantagets *räckvidd* är en annan fråga än dess *tillämplighet*, och eftersom uthyrningen får anses avse en befintlig byggnad bör hyresundantaget följaktligen vara tillämpligt. Att hyresmomentet är undantaget innebär dock inte alltid att kontraktet i dess helhet,

---

<sup>93</sup> Se avsnitt 2.3.

<sup>94</sup> Se Madell & Indén, *Offentlig-privat samverkan*, s. 137.

<sup>95</sup> Se prop. 2006/07:128 s. 289 ff.

<sup>96</sup> Se Ulfsdotter Forssell, *LOU*, kommentaren till 1 kap. 6 §.

<sup>97</sup> Se Sundstrand, *Offentliga byggentreprenadkontrakt*, s. 65.

<sup>98</sup> Se a.a., s. 67 och Olsson & Lindberg, *Befintlighetsbegreppet*, s. 674.

<sup>99</sup> Se Konkurrensverkets beslut av den 3 januari 2011 (dnr 584/2010).

vid inslag av byggtreprenader, undantas upphandlingsskyldigheten. Vilken räckvidd hyresundantaget har i förhållande till ett sådant kontrakt behandlas i avsnitt 4.

Som redogjorts för ovan kan ett hyresavtal, civilrättsligt sett, sannolikt slutas redan innan den aktuella byggnaden har uppförts. Frågan är då om ett sådant hyresavtal omfattas av hyresundantaget. Vid hyra av byggnad som ännu inte uppförts kan två olika situationer identifieras och särskiljas: dels där den upphandlande myndigheten har varit delaktig i uppförandet och uppställt krav på byggnadens utformning, dels där uppförandet har skett utan den upphandlande myndighetens inblandning. Ett exempel på den senare situationen är att en upphandlande myndighet accepterar en entreprenörs erbjudande om att hyra lokaler i en byggnad, vilken ska uppföras enligt en redan färdigställd plan. Huruvida hyresundantaget kan tillämpas på ett sådant kontrakt finns delade uppfattningar om.<sup>100</sup>

## 3.2 Hyra av ej uppförd byggnad

### 3.2.1 Uppförande enligt en upphandlande myndighets krav

I den första situationen förutsätts att en upphandlande myndighet avtalar om att hyra lokaler i en byggnad som ännu inte har uppförts och att uppförandet ska ske i enlighet med de krav och specifikationer som den upphandlande myndigheten har ställt upp. Som tidigare redogjorts för föreligger ett byggtreprenadkontrakt när ett byggnadsverk realiserar enligt en upphandlande myndighets instruktioner, oavsett hur kontraktet utformas.<sup>101</sup> Vidare krävs att kontraktet innehåller ekonomiska villkor och att den upphandlande myndigheten har ett direkt ekonomiskt intresse av kontraktet.<sup>102</sup>

Vid kommersiell uthyrning finansieras byggnadernas uppförande normalt av de hyresintäkter som uthyrningen genererar över tid.<sup>103</sup> Den upphandlande myndighetens framtida erläggande av hyra utgör således vederlag i utbyte mot nyttjanderätten till de nyproducerade lokalerna. Det kan därmed konstateras att ett sådant kontrakt innehåller ekonomiska villkor.<sup>104</sup> Vidare är motprestationen av direkt ekonomiskt intresse för den upphandlande myndigheten i och med att den på rättslig grund, genom hyresavtalet, garanteras tillgång till lokalerna.<sup>105</sup> Även om

---

<sup>100</sup> Se nedan avsnitt 3.2.2.

<sup>101</sup> Se 2 kap. 3 § LOU.

<sup>102</sup> Se ovan avsnitt 2.3.

<sup>103</sup> Se Rosén Andersson m.fl., *LOU, en kommentar*, kommentaren till 1 kap. 6 §, under första punkten.

<sup>104</sup> Se dom av den 25 mars 2010, Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, punkt 48.

<sup>105</sup> Se dom av den 25 mars 2010, Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, punkt 49 och dom av den 12 juli 2001, Ordine degli Architetti m.fl., C-399/98, EU:C:2001:401, punkterna 67, 71 och 77.

kontraktet har utformats som ett hyresavtal och inte som ett avtal om uppförande av byggnaden, får det sannolikt anses medföra att ett byggnadsverk realiseras.<sup>106</sup> Det kan därmed konstateras att uppförandet av byggnaden, under de här angivna förutsättningarna, utgör ett byggentreprenadkontrakt.

Enligt det förarbetsuttalande som återgivits i avsnittet ovan omfattas byggentreprenadkontrakt inte av hyresundantaget.<sup>107</sup> Den uppfattningen har även bekräftats av EU-domstolen i två avgöranden. I domen *kommissionen/Tyskland* hade en upphandlande myndighet slutit ett avtal angående hyra av ett antal mässhallar som skulle byggas.<sup>108</sup> Domstolen konstaterade härvid att uppförandet av byggnadsverken inte ens hade påbörjats när avtalet om hyra tecknades. Enligt domstolen kunde syftet med avtalet därför inte vara uthyrning, utan endast uppförande av byggnaderna i enlighet med den upphandlande myndighetens instruktioner.<sup>109</sup> I domen *Impresa Pizzarotti* avsåg en av tolkningsfrågorna huruvida ett kontrakt som innehåller utfästelse att hyra ut byggnader som ska uppföras i framtiden utgör ett byggentreprenadkontrakt, trots särdrag som är utmärkande för ett hyresavtal, och därför inte kan undantas genom hyresundantaget.<sup>110</sup> Enligt det i domen aktuella kontraktet skulle ett gemensamt domstolskomplex för alla kommunens domstolar uppföras enligt krav ställda av den upphandlande myndigheten, för att därefter hyras. Inte heller där hade uppförandet påbörjats när avtalet ingicks och eftersom avtalet utgjorde ett byggentreprenadkontrakt ansåg domstolen att hyresundantaget inte var tillämpligt.<sup>111</sup>

Av det ovan anförda kan sammanfattningsvis konstateras att hyresundantaget inte är tillämpligt när en byggnad ska uppföras som en byggentreprenad för att därefter hyras ut till en upphandlande myndighet, trots att ett sådant kontrakt kan innehålla element som är karaktäristiska för ett hyresavtal.<sup>112</sup>

---

<sup>106</sup> Som anförts ovan har varken avtalets utformning eller vad parterna kallar avtalet betydelse för dess klassificering, det är dess verkliga innebörd och syfte som avgör. Se bland annat dom av den 18 januari 2007, *Auroux m.fl.*, C-220/05, EU:C:2007:31, punkt 40, dom av den 29 oktober 2009, *kommissionen/Tyskland*, C-536/07, EU:C:2009:664, punkt 54 och dom av den 10 juli 2014, *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, punkt 40.

<sup>107</sup> Se prop. 2006/07:128 s. 289 ff.

<sup>108</sup> Se dom av den 29 oktober 2009, *kommissionen/Tyskland*, C-536/07, EU:C:2009:664.

<sup>109</sup> Se dom av den 29 oktober 2009, *kommissionen/Tyskland*, C-536/07, EU:C:2009:664, punkterna 56–59.

<sup>110</sup> Se dom av den 10 juli 2014, *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, punkt 39.

<sup>111</sup> Se dom av den 10 juli 2014, *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, punkterna 42, 48 och 52.

<sup>112</sup> Samma bedömning har gjorts av svenska domstolar och tillsynsmyndigheter, se exempelvis Kammarrätten i Göteborgs dom av den 8 oktober 1999 (mål nr 3859–1999), Kammarrätten i Sundsvalls domar av den 24 augusti 2010 (mål nr 395-396–10) och Konkurrensverkets beslut av den 9 september 2009 (dnr 128/2009). Se även Kammarrätten i Göteborgs dom av den 27 februari 2009 (mål nr 7477–08), i vilken domstolen ansåg att



### 3.2.2 Uppförande utan en upphandlande myndighets inblandning

Den andra situationen bygger på något annorlunda förutsättningar. När uppförandet av byggnaden ska ske utan att den upphandlande myndigheten varit delaktig föreligger inget byggentreprenadkontrakt, eftersom den upphandlande myndigheten inte kan sägas ha specificerat ett behov eller ställt upp krav för byggnadens uppförande. Frågan blir då om byggnaden, trots att den inte är uppförd, kan anses vara befintlig och att hyreskontraktet därför ska omfattas av hyresundantaget. I den frågan finns, som tidigare nämnts, flera uppfattningar.

Enligt *Sundstrand* följer av de båda rättsfallen från EU-domstolen ovan att undantaget endast omfattar hyra eller köp av sådana fastigheter som är inflyttningsklara, eller *nyckelfärdiga*, och som den upphandlande myndigheten omgående kan få tillträde till.<sup>113</sup> *Sundstrand* hänvisar även till ett uttalande i generaladvokat Wahls förslag till avgörande i domen *Impresa Pizzarotti*, avseende att ett byggnadsverk vars uppförande inte har påbörjats under inga omständigheter kan omfattas av hyresundantaget.<sup>114</sup> Det skall härvid erinras om att generaladvokatens förslag till avgörande inte är en bindande rättskälla förrän EU-domstolen hänvisat till det, vilket inte har skett i det här fallet.<sup>115</sup> Generaladvokat Wahls uttalande kan därmed inte tillmätas någon självständig betydelse.

*Olsson och Lindberg* är av annan uppfattning än *Sundstrand* och menar att det i rättsfallen från EU-domstolen var just omständigheten att uppförandet av byggnaderna utgjorde byggentreprenader som ledde till domstolens slutsatser att hyresundantaget inte var tillämpligt. Även de hänvisar till generaladvokat Wahls uttalande men lägger härvid stor vikt vid att domstolen *inte* anslöt sig till uttalandet. De drar därav slutsatsen att EU-domstolens avgörande innebär att hyra av icke-befintlig byggnad *mycket väl* kan omfattas av hyresundantaget, under förutsättning att uppförandet inte utgör en byggentreprenad.<sup>116</sup>

Båda sidor tycks emellertid dra för långtgående slutsatser av EU-domstolens avgöranden. I rättsfallen har domstolen bedömt situationer där hyreskontrakt avser byggnader som ännu inte

---

hyresundantaget inte var tillämpligt på grund av att byggnaden skulle uppföras som en byggentreprenad, men ansökan om överprövning avvisades eftersom klaganden var en privatperson och inte en leverantör.

<sup>113</sup> Se *Sundstrand*, *Offentliga byggentreprenadkontrakt*, s. 65 f.

<sup>114</sup> Se förslag till avgörande av generaladvokaten Wahl i dom *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:335, punkt 54.

<sup>115</sup> Angående generaladvokatens förslags ställning som rättskälla, se avsnitt 1.4.

<sup>116</sup> Se *Olsson & Lindberg*, *Befintlighetsbegreppet*, s. 675 ff.

har uppförts *och* uppförandet utgör en byggentreprenad, varpå domstolen funnit att hyresundantaget inte kan tillämpas. EU-domstolen har däremot inte tagit ställning till den här aktuella situationen, när uppförandet av den byggnad som ska hyras *inte* utgör en byggentreprenad, och frågan om huruvida hyresundantaget är tillämpligt har följaktligen ännu inte besvarats. Vidare kan den slutsats som *Olsson och Lindberg* drar av att domstolen inte upprepar generaladvokatens uttalande inte anses befogad. Den omständigheten att EU-domstolen inte avvisat möjligheten att hyresundantaget kan tillämpas för en byggnad under uppförande, kan inte per se anses innebära att den öppnat för det heller. Det kan visserligen konstateras att det *inte är omöjligt* att undantaget kan tillämpas, men utifrån rättsfallen går inte det att säga något om huruvida det även vore *sannolikt* att undantaget är tillämpligt i den här situationen.

För svenskt vidkommande har *Konkurrensverket* i ett antal ärenden haft anledning att ta ställning till hyresundantagets tillämplighet. *Konkurrensverkets* inställning är att hyresundantaget sannolikt även kan användas redan under byggnationen av fastigheter som ska hyras, i vart fall när det är fråga om fastigheter av mer generell karaktär som vem som helst kan tänkas hyra och som inte planerats för den upphandlande myndigheten.<sup>117</sup> Är det däremot fråga om byggnader av speciell karaktär, som till exempel värmekraftverk, skola, sjukhus eller liknande bör undantaget inte kunna tillämpas eftersom sådana säregna byggnader får presumeras vara planerade för den upphandlande myndighetens räkning.<sup>118</sup> En liknande tolkning förespråkas vidare av *Ulfsdotter Forssell*, som menar att hyresundantaget skulle kunna tillämpas vid hyra av ordinära lokaler, exempelvis en sedvanlig kontorslokal, som ska uppföras och uppförandet inte är beroende av att den upphandlande myndigheten blir hyresgäst.<sup>119</sup> En indikation på det sistnämnda är att byggnaden skulle uppföras oavsett om den upphandlande myndigheten skulle bli hyresgäst efter uppförandet eller inte.<sup>120</sup> Varken *Konkurrensverket* eller *Ulfsdotter Forssell* anger dock något stöd för sina uppfattningar.

---

<sup>117</sup> Se bland annat Konkurrensverkets beslut av den 9 september 2009 (dnr 128/2009) och av den 6 oktober 2009 (dnr 613/2008). Se dock NOU:s, den tidigare tillsynsmyndigheten, beslut av den 6 september 2000 (dnr 1999/0188–29) där byggnaden inte var av speciell karaktär utan skulle kunna hyras ut till vem som helst, men hyresundantaget ändå inte ansågs tillämpligt på grund av att byggnaden ännu inte uppförts och därför inte utgjorde en befintlig byggnad. Se även NOU:s beslut av den 16 november 2006 (dnr 2006/0152–29) där hyresundantaget inte ansågs tillämpligt eftersom den aktuella byggnaden ännu inte var uppförd.

<sup>118</sup> Se NOU:s yttrande i Kammarrätten i Göteborgs dom av den 8 oktober 1999 (mål nr 3859–1999).

<sup>119</sup> Se Ulfsdotter Forssell, *LOU*, kommentaren till 1 kap. 6 §.

<sup>120</sup> Se a.st. Se även Trepte, *Public Procurement in the EU*, s. 246 f.

Anledningen till att avtal om hyra och köp av fastigheter är undantagna upphandlingsskyldighet är, som tidigare angivits, att sådana avtal har vissa särdrag.<sup>121</sup> Vilka särdrag som avses framgår dock inte. Enligt *Sundstrand* har avtal om hyra av ej färdigbyggda lokaler likväl andra särdrag än avtal om hyra av befintliga byggnader.<sup>122</sup> Vid hyra av en ej uppförd byggnad föreligger bland annat en inneboende möjlighet att påverka lokalernas utformning, något som inte är möjligt i samma utsträckning vid hyra av en befintlig byggnad eftersom en hyresgäst då är hänvisad till de lokaler som för tillfället finns tillgängliga. Enligt *Sundstrand* faller därför även hyra av nyuppförda lokaler, där uppförandet skett helt utan den upphandlande myndighetens inblandning, utanför tillämpningsområdet för hyresundantaget.<sup>123</sup> Att en så pass strikt ordning förespråkas motiveras med att varje laborerande med färdigställandetider öppnar upp för risken för kringgående av upphandlingslagstiftningen avseende byggentreprenader.<sup>124</sup>

*Olsson och Lindberg* menar istället att det är svårigheten att konkurrensutsätta anskaffningen internationellt som motiverat undantaget. De anför vidare att ett hyresavtal till en icke-befintlig byggnad som inte utgör en byggentreprenad är lika svårt att konkurrensutsätta över gränserna som en hyresrätt till en befintlig byggnad och att undantaget därför även omfattar hyra av icke-befintlig byggnad, under förutsättning att uppförandet inte utgör en byggentreprenad.<sup>125</sup> *Olsson och Lindberg* uppmärksammar vidare att det från den upphandlande myndighetens perspektiv saknar betydelse huruvida den byggnad som senare ska förhyras är uppförd eller inte vid avtalstecknandet, så länge byggnaden är klar för inflyttning när det är dags.<sup>126</sup> Det blir särskilt tydligt i de situationer hyresavtalet inte omfattar hela den nyuppförda byggnaden, utan kanske endast ett våningsplan i ett byggnadskomplex som uppförs främst åt annan hyresgäst.<sup>127</sup> För den upphandlande myndigheten är det själva nyttjanderätten till lokalerna som är av betydelse, inte när eller hur byggnaden uppförs.

Det finns följaktligen olika uppfattningar om huruvida hyresundantaget kan tillämpas för hyra av byggnad som ännu inte uppförts, när uppförandet inte utgör en byggentreprenad. Vidare har ovan konstaterats att EU-domstolen inte har uteslutit att hyresundantaget kan tillämpas, vilket dock inte utgör en indikation på att det även är sannolikt. Fram till dess att EU-domstolen har

---

<sup>121</sup> Se beaktandesats 24 i direktiv 2004/18.

<sup>122</sup> Se *Sundstrand, Offentliga byggentreprenadkontrakt*, s. 66.

<sup>123</sup> Se a.st.

<sup>124</sup> Se a.st.

<sup>125</sup> Se *Olsson & Lindberg, Befintlighetsbegreppet*, s. 678.

<sup>126</sup> Se a.a., s. 671.

<sup>127</sup> Se a.a., s. 676.

avgjort frågan går inte att med säkerhet säga vilken uppfattning som är korrekt, endast vilket som är det mest sannolika svaret.<sup>128</sup> Det ska härvid återigen erinras om den för alla undantag grundläggande restriktivitetsprincipen, vilken innebär att undantag från upphandlingsreglerna ska tolkas restriktivt.<sup>129</sup>

För båda uppfattningar finns välgrundade argument, särskilt ifråga om de särdrag som hyreskontrakten besitter och som har motiverat undantaget. *Olsson och Linberg* framhåller härvid främst omständigheten att hyreskontrakt, även avseende ej uppförd byggnad, förmodas ha lågt intresse för leverantörer i andra medlemsstater. Vidare är det för den upphandlande myndigheten egalt huruvida byggnaden redan är uppförd eller ska uppföras, när den inte har något faktiskt inflytande över dess utformning. Den ordning som *Olsson och Lindberg* förespråkar innebär att en prövning ska ske i varje enskilt fall av om den upphandlande myndigheten varit inblandad i byggnadens uppförande eller inte. En inte otänkbar, men inte heller önskvärd, konsekvens är att det vid en sådan prövning uppkommer svåra gränsdragningsproblem. *Konkurrensverkets* och *Ulfsson och Forsells* uppfattningar innebär istället att det är byggnadens karaktär som ska vara avgörande. Även där fordras en prövning i varje enskilt fall av om vem som helst hade kunnat vara intresserad av att hyra de aktuella lokalerna. En utgångspunkt vid kommersiell uthyrning är emellertid att alla byggnader har alternativa användningsområden, varför en sådan ordning vore svår att tillämpa i praktiken.<sup>130</sup>

Angående särdragen föreligger, som *Sundstrand* anför, vidare en inneboende möjlighet att påverka utformningen av en byggnad som ännu inte uppförts. *Sundstrands* tolkning, att hyresundantaget endast omfattar nyckelfärdiga byggnader, är förvisso strikt men får samtidigt anses innebära att risken för kringgående av upphandlingsreglerna minskas eftersom undantagets tillämplighet inte är beroende av omständigheterna i varje enskilt fall utan undantaget anses generellt inte vara tillämpligt för den här typen av hyreskontrakt. Därigenom uppkommer inte heller samma praktiska tillämpningsproblem som har identifierats ovan. *Sundstrands* tolkning får vidare anses ligga i linje med principen om att undantag ska tolkas restriktivt.

---

<sup>128</sup> Detta eftersom EU-domstolen är den yttersta uttolkaren av unionsrättens innehåll och tillämpning, se avsnitt 1.4.

<sup>129</sup> Se exempelvis dom av den 28 mars 1996, kommissionen/Tyskland, C-318/94, EU:C:1996:149, punkt 13, dom av den 10 april 2003, kommissionen/Tyskland, de förenade målen C-20/01 och C-28/01, EU:C:2003:220, punkt 58, dom av den 2 juni 2005, kommissionen/Grekland, C-394/02, EU:C:2005:336, punkt 33 och dom av den 4 juni 2009, kommissionen/Grekland, C-250/07, EU:C:2009:338, punkt 34.

<sup>130</sup> Se Rosén Andersson m.fl., *LOU, en kommentar*, kommentaren till 1 kap. 6 §, under första punkten.

Vidare får det anses direkt strida mot direktivets ordalydelse att tillämpa hyresundantaget för hyra av en ej uppförd byggnad. En byggnad som ännu inte har uppförts kan inte rimligtvis sägas vara befintlig, eftersom den *de facto inte existerar*.<sup>131</sup> En sådan tillämpning vore visserligen, som *Olsson och Lindberg* anför, förenligt med det svenska förarbetsuttalandet enligt vilket begreppet befintlig byggnad avser att klargöra att byggtreprenadkontrakt inte omfattas av hyresundantaget i och med att uppförandet i den här situationen inte utgör en byggtreprenad.<sup>132</sup> Ett nationellt förarbetsuttalande till en lag som genomför unionsrätt kan emellertid inte tillåtas trumfa över direktivets ordalydelse.

Sammanfattningsvis kan konstateras att det inte är omöjligt att undantaget även kan tillämpas för hyreskontrakt till icke uppförda byggnader vars uppförande inte utgör byggtreprenader, men att det inte är troligt. Det mest sannolika svaret är därför att hyresundantaget inte är tillämpligt i den här aktuella situationen.

### 3.3. Hyreskontrakt utanför hyresundantaget

Hyresundantaget gäller endast för befintliga byggnader, vilket enligt ovan har konstaterats endast omfattar hyra av vid kontraktstillfället uppförda byggnader. Frågan uppkommer då hur de hyreskontrakt som faller utanför hyresundantagets tillämpningsområde ska behandlas, alltså hyra av ej befintlig byggnad.

Hyra av ej uppförd byggnad där uppförandet utgör en byggtreprenad omfattas följaktligen inte av hyresundantaget. Ett sådant kontrakt kommer istället en upphandlande myndighet att vara skyldig att upphandla enligt reglerna för *byggtreprenadkontrakt*.<sup>133</sup> När uppförandet däremot inte uppfyller rekvisiten för ett byggtreprenadkontrakt kommer saken dock i ett annat läge. Eftersom kontraktet inte heller omfattas av hyresundantaget tycks kontraktstypen befinna sig i något slags vakuum mellan definitionen av byggtreprenad i 2 kap. 3 § LOU och hyresundantaget i 1 kap. 6 § LOU och situationen förefaller vid en första anblick att vara oreglerad. Så är dock inte fallet. Under de här angivna förutsättningarna utgör hyreskontraktet istället ett upphandlingspliktigt *tjänstekontrakt*.<sup>134</sup> Att hyreskontrakt utgör tjänstekontrakt följer

---

<sup>131</sup> Ordet ”befintlig” betyder ”som finns”, se SAOL, s. 67.

<sup>132</sup> Se *Olsson & Lindberg, Befintlighetsbegreppet*, s. 677.

<sup>133</sup> Se *Sundstrand, Offentliga byggtreprenadkontrakt*, s. 66 och *Rosén Andersson m.fl., LOU, en kommentar*, kommentaren till 1 kap. 6 §, under första punkten.

<sup>134</sup> Se *Sundstrand, Offentliga byggtreprenadkontrakt*, s. 67.

av regelverkets systematik, där tjänstekontrakten utgör en restpost för kontrakt som varken är varu- eller byggtreprenadkontrakt.<sup>135</sup> Det framgår vidare av direktivtexten till hyresundantaget, där det anges att direktivet inte tillämpas på sådana *offentliga tjänstekontrakt* som avser förvärv eller hyra av befintliga byggnader.<sup>136</sup>

Enligt *Sundstrand* innebär klassificeringen av den här typen av hyreskontrakt som ett tjänstekontrakt en nackdel jämfört med klassificeringen av den andra typen av hyra av icke-befintlig byggnad som ett byggtreprenadkontrakt, på grund av skillnaden i tröskelvärde.<sup>137</sup> För tjänstekontrakt ligger tröskelvärdet för närvarande på cirka 1,9 miljoner kronor, medan motsvarande värde för byggtreprenader är cirka 48 miljoner kronor.<sup>138</sup> Den omständigheten framförs även av *Olsson och Lindberg* som skäl till varför hyreskontraktet skulle anses omfattas av hyresundantaget.<sup>139</sup> Det kan emellertid konstateras, att den form av hyrestjänst som här är aktuell, inte finns upptagen i direktivets eller LOU:s bilaga över A-tjänster.<sup>140</sup> Därav följer att hyran utgör en B-tjänst, eftersom den fångas upp av den avslutande kategorin ”övriga tjänster”.<sup>141</sup> B-tjänster anses generellt sett inte ha ett gränsöverskridande intresse och har av den anledningen undantagits direktivets tillämpningsområde, oavsett kontraktets värde.<sup>142</sup> Som redogjorts för tidigare står det medlemsstaterna fritt att reglera tilldelning av kontrakt under tröskelvärdena och avseende B-tjänster, vilket också har skett i Sverige genom införandet av 15 kap. LOU.<sup>143</sup> Eftersom upphandling av ett byggtreprenadkontrakt under tröskelvärdet behandlas enligt samma regler som upphandling av ett kontrakt avseende en B-tjänst saknar skillnaden i tröskelvärde således någon större betydelse.<sup>144</sup> Den här aktuella typen av hyreskontrakt ska följaktligen upphandlas som en B-tjänst, varvid de något förenklade reglerna i 15 kap. LOU tillämpas.

Det ska härvid åter erinras om att uppsatsens frågeställningar besvaras utifrån den i dagsläget gällande LOU, trots att det bakomliggande direktivet 2004/18 har upphävts genom antagandet

---

<sup>135</sup> Se 2 kap. 21 § LOU, motsvaras av art. 1.2.d i direktiv 2004/18.

<sup>136</sup> Se art. 16.a i direktiv 2004/18. Därav kan även sägas följa att byggtreprenadkontrakt inte kan omfattas av hyresundantaget.

<sup>137</sup> Se *Sundstrand, Offentliga byggtreprenadkontrakt* s. 66 f.

<sup>138</sup> Se tillkännagivande (2016:14) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

<sup>139</sup> Se *Olsson & Lindberg, Befintlighetsbegreppet*, s. 678 ff.

<sup>140</sup> Se bilaga 2 till LOU.

<sup>141</sup> Se bilaga 3 till LOU.

<sup>142</sup> Se *Sundstrand, Primärrättens reglering*, s. 104.

<sup>143</sup> Se *Sundstrand, En introduktion*, s. 56 f.

<sup>144</sup> Vid upphandling av B-tjänster över tröskelvärdena gäller dock direktivets bestämmelser om efterannonsering och tekniska specifikationer, se *Sundstrand, En introduktion*, s. 57.

av direktiv 2014/24. I de nya reglerna har uppdelningen av A- och B-tjänster emellertid avskaffats och slutsatsen att den sistnämnda typen av hyreskontraktet ska upphandlas som en B-tjänst kommer därför inte längre att utgöra gällande rätt när de nya reglerna har genomförts i svensk rätt. Vilka förändringar de nya reglerna innebär redogörs för i avsnitt 6.

### 3.4 Sammanfattning

I avsnittet har behandlats ett antal olika förhyrningssituationer i förhållande till hyresundantaget i LOU, genom vilket avtal om hyra av befintliga byggnader undantas upphandlingskyldighet. Det har konstaterats att undantaget därför är tillämpligt vid hyra av lokaler som den upphandlande myndigheten direkt kan flytta in i, men också när en tillgänglig lokal ska anpassas innan inflyttningen. I båda fall får anses vara fråga om hyra av befintliga byggnader. Vid omfattande ombyggnation av en befintlig byggnad uppstår frågan om kontraktet ska upphandlas. Det är emellertid inte en fråga avseende hyresundantagets tillämplighet utan dess räckvidd, vilket behandlas i nästa avsnitt.

Hyresavtal kan även avse lokaler i byggnader som ännu inte har uppförts. Huruvida sådana hyreskontrakt omfattas av hyresundantaget har diskuterats i uppsatsen. Det har härvid konstaterats att avtal om hyra av byggnad som ännu inte har uppförts och vars uppförande utgör en byggentreprenad enligt EU-domstolen inte omfattas av hyresundantaget. Ett sådant kontrakt ska istället upphandlas enligt reglerna för byggentreprenadkontrakt. EU-domstolen har däremot ännu inte tagit ställning till om hyra av ej uppförd byggnad, men vars uppförande inte utgör en byggentreprenad, kan omfattas av hyresundantaget. I frågan finns dessutom flera olika uppfattningar, men det mest sannolika svaret är att ett sådant hyreskontrakt inte heller omfattas. Ett sådant hyreskontrakt ska istället upphandlas som ett tjänstekontrakt. Det är dock fråga om en B-tjänst, varför upphandlingen omfattas av de något förenklade reglerna i 15 kap. LOU. Den sammanfattande slutsatsen är därmed att hyresundantaget endast avser hyra av *vid kontrakts-tecknandet uppförda byggnader* och att hyresavtal som sluts redan under uppförandet av den byggnad som senare kommer att hyras faller utanför undantagets tillämpningsområde.

## 4. Hyresgästanpassning av befintliga lokaler

### 4.1 Inledning

När en upphandlande myndighet hyr befintliga lokaler är, som ovan konstaterats, hyresundantaget tillämpligt. Ibland finns dock behov av att bygga om de aktuella lokalerna för att anpassa dem till den upphandlande myndighetens verksamhet, både inför inflyttning och under pågående förhyrning ifall lokalbehovet förändras, så kallade *hyresgästanpassningar*.<sup>145</sup> Under vissa förutsättningar kan ombyggnationerna anses utgöra byggentreprenader, varvid det föreligger ett blandat kontrakt där en del avser upphandlingspliktiga byggentreprenader och en del avser hyran av lokalerna, som har undantagits upphandlingsskyldigheten genom hyresundantaget. Som konstaterats ovan i avsnitt 2.3 saknar LOU helt regler för hur ett sådant kontrakt ska behandlas upphandlingsrättsligt och frågan får istället besvaras utifrån EU-domstolens praxis.

Först och främst måste dock avgöras huruvida de åtgärder som ska vidtas för att anpassa lokalen åt hyresgästen utgör byggentreprenader eller inte. Ett byggentreprenadkontrakt föreligger när ett byggnadsverk realiserar enligt den upphandlande myndighetens krav, oavsett hur kontraktet utformats.<sup>146</sup> Det är följaktligen avtalets verkliga innebörd som är avgörande för dess klassificering, vilket innebär att även ett kontrakt utformat som avtal om hyra av lokal kan komma att utgöra ett byggentreprenadkontrakt om det medför att ett byggnadsverk realiserar.<sup>147</sup>

Med byggnadsverk avses resultatet av bygg- och anläggningsarbetena, om resultatet självständigt kan fullgöra en teknisk eller ekonomisk funktion.<sup>148</sup> Riktigt vad som avses med självständig teknisk eller ekonomisk funktion är dock inte helt enkelt att förstå, men det skulle kunna tolkas som att sådana element som endast utgör beståndsdelar i något större inte är att anse som byggnadsverk.<sup>149</sup> Att uppförande av en ny byggnad utgör ett byggnadsverk råder således ingen tvekan om, men även underhåll eller arbete på en befintlig konstruktion kan innebära att ett byggnadsverk realiserar.<sup>150</sup> En tumregel kan sägas vara att arbete i en befintlig

---

<sup>145</sup> Se Sundstrand, *Offentliga byggentreprenadkontrakt*, s. 67.

<sup>146</sup> Se 2 kap. 3 § LOU.

<sup>147</sup> Se bland annat dom av den 18 januari 2007, Auroux m.fl., C-220/05, EU:C:2007:31, punkt 40, dom av den 29 oktober 2009, kommissionen/Tyskland, C-536/07, EU:C:2009:664, punkt 54 och dom av den 10 juli 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, punkt 40.

<sup>148</sup> Se 2 kap. 3 § 2 st. LOU.

<sup>149</sup> Se Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, s. 402.

<sup>150</sup> Se a.st.



byggnad utgör en byggtreprenad om byggnadens konstruktion på något sätt förändras.<sup>151</sup> Att endast byta ut viss inredning i lokalen kan därför inte anses innebära till att ett byggnadsverk realiserar, förändras däremot exempelvis lokalens planlösning genom att väggar flyttas eller tas ner är det sannolikt fråga om ett byggnadsverk.<sup>152</sup>

För att ett byggtreprenadkontrakt ska föreligga måste även byggnadsverket realiserar i enlighet med krav uppställda av den upphandlande myndigheten eller som det uttrycks i direktivet, att byggtreprenaden tillgodoser behov som den upphandlande myndigheten har specificerat.<sup>153</sup> Var gränsen går för hur mycket en upphandlande myndighet kan vara inblandad utan att något kravställande ska anses ha skett är mycket svårt att svara på eftersom den bedömningen är beroende av omständigheterna i det enskilda fallet. Om emellertid en upphandlande myndighet avser att hyra lokaler endast under förutsättning att de anpassas till en specifik verksamhet skulle det dock kunna anses att den har specificerat ett behov som byggtreprenaden, ombyggnationen, ska tillgodose. I ett sådant fall ska byggnadsverket följaktligen realiserar enligt den upphandlande myndighetens krav.

Vidare krävs att kontraktet innebär att den upphandlande myndigheten mottar en prestation av direkt ekonomiskt intresse i utbyte mot vederlag.<sup>154</sup> I den här aktuella situationen erhåller den upphandlande myndigheten en ombyggnation som betalas genom hyran, vilken normalt höjs i relation till de kostnader hyresvärden haft för ombyggnationen.<sup>155</sup> Sannolikt utför inte alltid hyresvärdarna ombyggnationerna själva, utan anlitar istället utomstående entreprenörer för att utföra arbetena. För den upphandlingsrättsliga definitionen av ett byggtreprenadkontrakt krävs dock endast att leverantören, alltså hyresvärden, ansvarar för att arbetet blir gjort.<sup>156</sup> Det faktiska utförandet kan således utföras av underentreprenörer.<sup>157</sup> I och med att hyresavtalet innebär upplåtelse av nyttjanderätt till den ombyggda lokalen är prestationen även av direkt ekonomiskt intresse för den upphandlande myndigheten.<sup>158</sup> Under de här angivna förutsättningarna utgör ombyggnationerna byggtreprenader och det är därmed fråga om ett

---

<sup>151</sup> Se Sundstrand, *En introduktion*, s. 126.

<sup>152</sup> Se a.st.

<sup>153</sup> Se 2 kap. 3 § LOU och art. 1.2.b i direktiv 2004/18.

<sup>154</sup> Se ovan avsnitt 2.3.

<sup>155</sup> Se Rosén Andersson m.fl., *LOU, en kommentar*, kommentaren till 1 kap. 6 §, under första punkten.

<sup>156</sup> Se Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, s. 401.

<sup>157</sup> Se bland annat dom av den 25 mars 2010, Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, punkt 61, dom av den 18 januari 2007, Auroux m.fl., C-220/05, EU:C:2007:31, punkt 44 och dom av den 12 juli 2001, Ordine degli Architetti m.fl., C-399/98, EU:C:2001:401, punkt 90.

<sup>158</sup> Se dom av den 25 mars 2010, Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, punkt 49 och dom av den 12 juli 2001, Ordine degli Architetti m.fl., C-399/98, EU:C:2001:401, punkterna 67, 71 och 77.

blandat kontrakt bestående av en upphandlingspliktig del och en icke-upphandlingspliktig del. I den fortsatta framställningen analyseras hur den rättsliga bedömningen och klassificeringen av ett sådant kontrakt går till.

#### 4.2 Klassificering av blandade kontrakt

Vid klassificering av blandade kontrakt måste först avgöras om kontraktet kan delas upp.<sup>159</sup> Anledningen är att en sammanläggning av kontrakt som saknar stark koppling mellan varandra skulle kunna ses som ett upplägg i syfte att kringgå upphandlingslagstiftningen, vilket inte är förenligt med unionsrätten.<sup>160</sup>

Om delarna går att separera är det fråga om ett *delbart blandat kontrakt*.<sup>161</sup> De båda delarna ska då behandlas var för sig och utifrån respektive regelverk.<sup>162</sup> Det innebär att den delen av kontraktet som utgör upphandlingspliktig anskaffning ska upphandlas i enlighet med LOU medan den andra delen, som faller utanför LOU, behandlas utifrån de regler som gäller för just den kontraktstypen, exempelvis hyreslagstiftning.

Om delarna däremot är så sammanbundna att de inte kan separeras och därför utgör en odelbar enhet är det istället fråga om ett *odelbart blandat kontrakt*.<sup>163</sup> I sådant fall ska kontraktet prövas i sin helhet i fråga om klassificeringen, vilket regelverk som ska tillämpas för kontraktet styrs då av vad som utgör *kontraktets huvudsakliga föremål*.<sup>164</sup> Att kontraktets huvudsakliga föremål styr klassificeringen gäller oavsett om den delen omfattas av upphandlingsreglerna eller ej.<sup>165</sup> Är den upphandlingspliktiga anskaffningen det huvudsakliga föremålet ska hela kontraktet således behandlas utifrån upphandlingsreglerna och motsatsvis, utgörs det huvudsakliga föremålet av den delen som faller utanför LOU behandlas hela kontraktet utifrån det andra regelverket.

---

<sup>159</sup> Se Sundstrand, *Offentliga byggtreprenadkontrakt*, s. 54.

<sup>160</sup> Se a.st. Se även dom av den 10 november 2005, kommissionen/Österrike, C-29/04, EU:C:2005:670, punkt 42 och dom av den 9 juni 2009, kommissionen/Tyskland, C-480/06, EU:C:2009:357, punkt 48.

<sup>161</sup> Se Sundstrand, *Offentliga byggtreprenadkontrakt*, s. 57 ff.

<sup>162</sup> Se dom av den 22 december 2010, Mehiläinen Oy, C-215/09, EU:C:2010:807, punkt 46. Det är emellertid möjligt för den upphandlande myndigheten att endast tilldela ett kontrakt, under förutsättning att den frivilligt tillämpar upphandlingsreglerna även på den delen som faller utanför lagens tillämpningsområde och kontraktet alltså upphandlas i sin helhet, se Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, s. 549.

<sup>163</sup> Se Sundstrand, *Offentliga byggtreprenadkontrakt*, s. 54 ff.

<sup>164</sup> Se dom av den 6 maj 2010, Club Hotel Loutraki m.fl., de förenade målen C-145/08 och C-149/08, EU:C:2010:247, punkt 48 och där angiven praxis.

<sup>165</sup> Se dom av den 6 maj 2010, Club Hotel Loutraki m.fl., de förenade målen C-145/08 och C-149/08, EU:C:2010:247, punkt 49.

### 4.3 Delbart eller odelbart blandat kontrakt

Vid bedömning av om ett kontrakt är delbart eller odelbart ska inledningsvis erinras om att det helt saknar betydelse att parterna kan ha haft för avsikt att betrakta kontraktet som en odelbar enhet, bedömningen ska istället grundas på de sakliga omständigheter som motiverar en sammanläggning.<sup>166</sup> Det ska således vara fråga om att de olika delarna *objektivt sett inte kan särskiljas* för att kontraktet ska anses som odelbart. Trots att EU-domstolen tagit ställning i frågan ett antal gånger föreligger ändå viss osäkerhet i *hur* ett kontrakts delbarhet ska bedömas.<sup>167</sup> I det här avsnitt kommer därför att först redogöras för hur EU-domstolen har bedömt delbara och odelbara blandade kontrakt, för att därefter applicera bedömningen på det här aktuella kontraktet bestående av både hyra och hyresgästpassningar.

EU-domstolen har i domen *Club Hotel Loutraki m.fl.*, bedömt ett kontrakts delbarhet utifrån om kontraktet *nödvändigtvis* måste ingås med en enda leverantör.<sup>168</sup> I domen var fråga om ett enda kontrakt som på samma gång omfattade aktieöverlåtelse, skyldighet att överta driften av ett kasino och skyldighet att utföra anläggningsarbeten och förbättring av lokalerna.<sup>169</sup> Enligt domstolen var det *nödvändigt* att kontraktet ingicks med en enda leverantör som hade både den ekonomiska kapaciteten att förvärva aktierna och tidigare erfarenhet av kasinoverksamhet. Kontraktet ansågs därmed utgöra en odelbar enhet.<sup>170</sup> Någon närmare förklaring till varför kontraktet var *nödvändigt* att ingå med endast en leverantör eller ledning i hur den bedömningen ska göras gavs emellertid inte.<sup>171</sup>

I domen *kommissionen/Tyskland* hade EU-domstolen att ta ställning till hur ett blandat kontrakt som omfattade både uppförande av byggnad och uthyrning av densamma skulle behandlas.<sup>172</sup> Domstolen uttalade härvid att uppförandet av byggnaderna, såsom planerat och genomfört, inte skulle ha något syfte om det inte vore för hyresavtalet och att hyresavtalet inte hade kunnat existera utan att byggnaderna faktiskt uppfördes, varför kontraktet skulle prövas i sin helhet.<sup>173</sup>

---

<sup>166</sup> Se dom av den 22 december 2010, *Mehiläinen Oy*, C-215/09, EU:C:2010:807, punkt 39.

<sup>167</sup> Se *Semple & Andrecka*, *Classification*, s. 174 ff.

<sup>168</sup> Se dom av den 6 maj 2010, *Club Hotel Loutraki m.fl.*, de förenade målen C-145/08 och 149/08, EU:C:2010:247.

<sup>169</sup> Se dom av den 6 maj 2010, *Club Hotel Loutraki m.fl.*, de förenade målen C-145/08 och 149/08, EU:C:2010:247, punkt 52.

<sup>170</sup> Se dom av den 6 maj 2010, *Club Hotel Loutraki m.fl.*, de förenade målen C-145/08 och 149/08, EU:C:2010:247, punkterna 53 och 54.

<sup>171</sup> Se *Semple & Andrecka*, *Classification*, s. 174 f.

<sup>172</sup> Se dom av den 29 oktober 2009, *kommissionen/Tyskland*, C-536/07, EU:C:2009:664.

<sup>173</sup> Se dom av den 29 oktober 2009, *kommissionen/Tyskland*, C-536/07, EU:C:2009:664, punkt 28 och 29.

När de olika delarna är så pass sammanbundna att de inte kan existera fristående från varandra är kontraktet därmed sannolikt att anse som odelbart.

I domen *Auroux m.fl.* skulle ett nöjescentrum uppföras och en upphandlande myndighet uppdrog åt en annan upphandlande myndighet att genomföra projektet.<sup>174</sup> Det aktuella kontraktet bestod av flera olika delar, bland annat fastighetsförvärv, anordnande av arkitekt- och ingenjörstävling, sökande av finansiering, marknadsföring och utförande av bygg-entreprenadarbeten.<sup>175</sup> Det huvudsakliga föremålet bedömdes vara uppförandet av byggnadsverket, alltså byggentreprenaden. Avseende de övriga delarna av kontraktet uttalade domstolen endast att de ingick i färdigställandet av byggnadsverket.<sup>176</sup> Uttalandet kan sannolikt förstås som att de övriga delarna var nödvändiga beståndsdelar för att ändamålet med kontraktet, nämligen uppförandet av byggnadsverket, skulle kunna förverkligas och att det därför var fråga om ett odelbart kontrakt.

I domen *Mehiläinen Oy* kom EU-domstolen däremot till slutsatsen att kontraktet var möjligt att dela upp.<sup>177</sup> Där var fråga om ett kontrakt som avsåg dels Uleåborgs stads bildande av ett tillsammans med en privat aktör gemensamt ägt företag och dels köp av företagshälsovårdstjänster från det gemensamma företaget åt de anställda under en övergångsperiod. Som skäl för att delarna inte kunde avskiljas framfördes flera argument. Ett av argumenten var att åtagandet att köpa företagshälsovårdstjänsterna skulle säkerställa situationen för de anställda, något som domstolen inte ansåg vara ett godtagbart skäl eftersom ett liknande resultat hade kunnat åstadkommas genom uppställande av villkor i en upphandling.<sup>178</sup> Att avtalet var fördelaktigt, konkurrensförmjligt och skapade goda förutsättningar för företagets fortlevnad accepterades inte heller som skäl för sammanläggning.<sup>179</sup> En ytterligare aspekt som domstolen tog fasta på till stöd för sin bedömning att delen avseende tjänsterna var avskiljbar var att den upphandlande myndigheten uttryckt en avsikt att efter övergångsperiodens slut konkurrensutsätta anskaffningen av företagshälsovårdstjänsterna för sina anställda.<sup>180</sup> Sammantaget fann domstolen att det inte kunde konstateras att de olika delarna var objektivt oskiljaktiga utan att

---

<sup>174</sup> Se dom av den 18 januari 2007, *Auroux m.fl.*, C-220/05, EU:C:2007:31.

<sup>175</sup> Se dom av den 18 januari 2007, *Auroux m.fl.*, C-220/05, EU:C:2007:31, punkt 15.

<sup>176</sup> Se dom av den 18 januari 2007, *Auroux m.fl.*, C-220/05, EU:C:2007:31, punkt 46.

<sup>177</sup> Se dom av den 22 december 2010, *Mehiläinen Oy*, C-215/09, EU:C:2010:807.

<sup>178</sup> Se dom av den 22 december 2010, *Mehiläinen Oy*, C-215/09, EU:C:2010:807, punkt 40.

<sup>179</sup> Se dom av den 22 december 2010, *Mehiläinen Oy*, C-215/09, EU:C:2010:807, punkt 41.

<sup>180</sup> Se dom av den 22 december 2010, *Mehiläinen Oy*, C-215/09, EU:C:2010:807, punkt 43.

köpet av tjänsterna faktiskt kunde avskiljas från delen avseende bildandet av företaget.<sup>181</sup> EU-domstolens bedömning har dock kritiserats för att vara för sträng, särskilt i jämförelse med den bedömning som gjordes i domen *Club Hotel Loutraki m.fl.* ovan.<sup>182</sup>

Sammanfattningsvis kan konstateras att den rättspraxis som finns avseende hur kontrakt delbarhet ska bedömas är relativt knapphändig. Vissa generella slutsatser kan dock dras. Först och främst måste en sammanläggning vara objektivt motiverad för att det ska kunna vara fråga om ett odelbart blandat kontrakt. Vidare förutsätts att de olika delarna är nödvändiga för att åstadkomma ett visst ändamål, i det avseendet att en uppdelning omöjliggör eller i vart fall försvårar ändamålets förverkligande.<sup>183</sup> I detta ligger även att det eftersträvade resultat som en sammanläggning ger inte ska kunna åstadkommas genom att villkor uppställs i en upphandling. En sammanläggning bör således vara det enda möjliga alternativet för att uppnå ändamålet med kontraktet, i annat fall är kontraktet sannolikt delbart.

Hur ska då den ovan beskrivna bedömningen appliceras på ett kontrakt avseende hyra av befintlig byggnad som därutöver innehåller villkor om utförande av hyresgäst Anpassningar, vilka utgör upphandlingspliktiga byggentreprenader?

Syftet med ett hyreskontrakt i vilket Anpassningar till hyresgästens verksamhet ingår får antas vara just att hyresgästen ska få tillgång till lokaler i vilka den avsedda verksamheten kan drivas på ett ändamålsenligt sätt. Eftersom hyresundantaget är tillämpligt avseende hyresdelen, förutsatt att avtalet avser befintliga lokaler, har en upphandlande myndighet frihet att välja de lokaler som motsvarar behovet bäst. Finns inga tillgängliga lokaler i befintligt skick som är lämpade för verksamheten utan de aktuella lokalerna behöver byggas om, är ombyggnationen sannolikt nödvändig för att uppnå syftet med kontraktet. I annat fall riskerar ändamålet att inte förverkligas genom att den upphandlande myndigheten antingen hyr lokaler som inte är anpassade till verksamheten som ska bedrivas däri, varvid verksamheten kanske inte kan bedrivas på ett ändamålsenligt sätt, eller att förhyrningen aldrig blir av och lokalbehovet kvarstår. Vidare får de båda delarna anses vara så pass beroende av varandra att de inte kan

---

<sup>181</sup> Se dom av den 22 december 2010, *Mehiläinen Oy*, C-215/09, EU:C:2010:807, punkterna 45 och 46.

<sup>182</sup> Se Semple & Andrecka, *Classification*, s. 175, Andrecka, *Public-Private Partnership*, s. 183 och Brown, *Mehiläinen Oy*.

<sup>183</sup> Se Pedersen & Olsson, *Blandade kontrakt*, s. 623.

existera var för sig – utan förhyrningen saknar ombyggnationen mening och utan ombyggnationen finns, som sagt, risk för att någon förhyrning aldrig blir av.

En uppdelning av kontraktet och separat upphandling av arbetena skulle möjligen även försvåra, för att inte säga omöjliggöra, förhyrningen av lokalerna. Anledningen är att hyresvärden, i egenskap av fastighetsägare, är den som har bestämmanderätten över fastigheten och behöver därför inte tåla att en hyresgäst utför arbeten på fastigheten utan att hyresvärden har samtyckt till det.<sup>184</sup> Det kan i ett sådant fall tänkas att en hyresvärd sätter sig emot att en för honom eller henne okänd entreprenör utför arbeten på fastigheten och att ombyggnationen därför inte kan genomföras.

Sammanfattningsvis får sannolikt anses att ett kontrakt bestående av både hyra och upphandlingspliktiga hyresgästpassningar på objektiva grunder är att bedöma som ett odelbart blandat kontrakt. Nästa steg blir då att avgöra vad som är kontraktets huvudsakliga föremål.

#### 4.4 Kontraktets huvudsakliga föremål

För odelbara blandade kontrakt är de bestämmelser som reglerar den huvudsakliga delen styrande för hur hela kontraktet ska behandlas. Om förhyrningen av lokalerna är det huvudsakliga föremålet kommer följaktligen hela kontraktet att undantas från upphandlingsreglerna. Om däremot byggtreprenadarbetena är det huvudsakliga föremålet kommer hela kontraktet istället att behandlas utifrån reglerna om byggtreprenadkontrakt och kontraktet ska därmed upphandlas i enlighet med LOU.

Bedömningen av kontraktets huvudsakliga föremål ska, liksom avseende kontraktets delbarhet, göras utifrån *objektiva omständigheter*.<sup>185</sup> Hur parterna betecknar avtalet saknar därmed helt betydelse, det avgörande för hur kontraktet klassificeras är vad som är dess huvudsakliga föremål.<sup>186</sup> EU-domstolen har avgjort vad som utgör kontraktets huvudsakliga föremål ett flertal gånger, dock med knapphändig ledning i *hur* det ska bestämmas.<sup>187</sup>

---

<sup>184</sup> Se Björkdahl, *Hyra av bostad och lokal*, s. 114.

<sup>185</sup> Se dom av den 21 februari 2008, kommissionen/Italien, C-412/04, EU:C:2008:102, punkt 48.

<sup>186</sup> Se dom av den 10 juli 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, punkterna 40–41.

<sup>187</sup> Se Andrecka, *Public-Private Partnership*, s. 175.

EU-domstolen fastställde i domen *Gestión Hotelera Internacional* att ett kontrakt inte kan anses som ett byggentreprenadkontrakt när bygg- och anläggningsarbetena endast är *av underordnad betydelse*.<sup>188</sup> I domen var fråga om tilldelning av två sammanhängande kontrakt, det ena avsåg drift av ett kasino som en tjänstekoncession och det andra avsåg byggarbeten, nödvändiga för inrättandet och driften av kasinot. Frågan för EU-domstolen att ta ställning till var om byggentreprenaderna skulle ha upphandlats för sig eller om de kunde anses ingå i tjänstekoncessionen, vilken föll utanför direktivets tillämpningsområde. Domstolen slog härvid fast att tilldelningen av det blandade kontraktet som en tjänstekoncession var förenlig med upphandlingsdirektiven under förutsättning att byggarbetena endast var av underordnad betydelse.<sup>189</sup>

I den ovan nämna domen *Auroux m.fl.*, vilket avsåg uppförande av ett nöjescentrum, ansåg domstolen att uppförandet av byggnadsverket var kontraktets huvudsakliga syfte och att övriga delar såsom fastighetsförvärv, sökande av finansiering, anordnande av arkitekt- och ingenjörstävling och marknadsföring ingick i färdigställandet av byggnaden.<sup>190</sup> Någon närmare förklaring gavs dock inte i avgörandet. I generaladvokatens förslag till avgörandet återfinns emellertid en något mer utförlig motivering.<sup>191</sup> Bland annat ansågs fastighetsköpet, sökandet av finansiering och arkitekttävlingen ha som enda syfte att förbereda entreprenaden medan vissa andra uppgifter, som att samordna arbetena och redovisa vissa handlingar, endast utgjorde sekundära skyldigheter av underordnad betydelse jämfört med projektering och uppförande av anläggningen.<sup>192</sup> Sådana delar av kontrakt som saknar ett självständigt syfte och endast utgör moment på vägen för uppnående av ett större ändamål kan därmed sannolikt inte anses som kontraktets huvudsakliga föremål.

---

<sup>188</sup> Se dom av den 19 april 1994, *Gestión Hotelera Internacional*, C-331/92, EU:C:1994:155, punkt 29.

<sup>189</sup> Se dom av den 19 april 1994, *Gestión Hotelera Internacional*, C-331/92, EU:C:1994:155, punkterna 28–29. Huruvida byggarbetena var av sådan underordnad betydelse var enligt EU-domstolen upp till den nationella domstolen att avgöra. Domstolen konstaterade emellertid i punkterna 19–23 att driften av kasinot utgjorde kontraktets huvudsakliga föremål vilket sannolikt lämnar litet utrymme för den nationella domstolens bedömning, något som kan tyckas främmande med tanke på att målet är ett förhandsavgörande, se Martin, *Gestion Hotelera Internacional*.

<sup>190</sup> Se dom av den 18 januari 2007, *Auroux m.fl.*, C-220/05, EU:C:2007:31, punkt 46.

<sup>191</sup> Se förslag till avgörande av generaladvokaten Kokott i dom *Auroux m.fl.*, C-220/05, EU:C:2006:410.

<sup>192</sup> Se förslag till avgörande av generaladvokaten Kokott i dom *Auroux m.fl.*, C-220/05, EU:C:2006:410, punkt 40.

EU-domstolens uttalanden i domen *kommissionen/Italien* är något mer utförliga angående hur ett kontrakts huvudsakliga föremål ska fastställas.<sup>193</sup> Kommissionen förde en talan om fördragsbrott gällande italiensk lagstiftning om bedömning av blandade kontrakt. Enligt lagen skulle ett blandat kontrakt klassificeras som ett byggtreprenadkontrakt om värdet av bygg- och anläggningsarbetena översteg 50 procent av kontraktets totala värde.<sup>194</sup> Domstolen uttalade härvid att ett kontrakts huvudsakliga föremål ska fastställas genom en *objektiv bedömning av hela den upphandling som kontraktet gäller*.<sup>195</sup> Vid den bedömningen ska beaktas de huvudprestationer som överväger och som är karaktäristiska för kontraktet, i motsats till de som endast är av accessorisk eller kompletterande karaktär och som är obligatoriska på grund av kontraktets ändamål.<sup>196</sup> Domstolen konstaterade härvid att de olika prestationernas respektive värde endast är ett av flera kriterier som ska beaktas och den italienska lagstiftningen var därför inte förenlig med unionsrätten.<sup>197</sup>

Att det är ett kontrakts huvudsakliga syfte som avgör dess klassificering och inte hur stor ersättning leverantören får eller hur betalningen sker bekräftades även av EU-domstolen i domen *kommissionen/Tyskland*.<sup>198</sup> Som redogjorts för ovan var det fråga om hyra av ett antal mässhallar som skulle uppföras. Eftersom uppförandet ännu inte påbörjats vid avtalstecknandet ansågs kontraktets främsta syfte vara uppförandet av byggnadsverken, inte uthyrningen.<sup>199</sup> Byggnadsverken skulle dessutom uppföras enligt mycket detaljerade instruktioner som den upphandlande myndigheten lämnat, vilka gick mycket längre än en hyresgästs vanliga krav.<sup>200</sup> Det huvudsakliga ändamålet bedömdes därför vara uppförande av byggnaderna enligt den upphandlande myndighetens krav och kontraktet utgjorde därmed ett byggtreprenadkontrakt. I målet anfördes argumentet att det sammanlagda belopp som skulle betalas till leverantören *klart översteg* kostnaden för uppförandet av byggnaderna, vilket skulle visa på att kontraktet huvudsakligen avsåg uthyrning.<sup>201</sup> Domstolen avvisade dock argumentet med motiveringen att värdet inte är den avgörande faktorn för klassificeringen och påpekade att även om en del av

---

<sup>193</sup> Se dom av den 21 februari 2008, kommissionen/Italien, C-412/04, EU:C:2008:102. Hur mycket uttalandena faktiskt förenklar för den som har att klassificera ett blandat kontrakt kan dock ifrågasättas, se Knibbe, *Commission v Italy*.

<sup>194</sup> Se dom av den 21 februari 2008, kommissionen/Italien, C-412/04, EU:C:2008:102, punkt 35.

<sup>195</sup> Se dom av den 21 februari 2008, kommissionen/Italien, C-412/04, EU:C:2008:102, punkt 48.

<sup>196</sup> Se dom av den 21 februari 2008, kommissionen/Italien, C-412/04, EU:C:2008:102, punkt 49.

<sup>197</sup> Se dom av den 21 februari 2008, kommissionen/Italien, C-412/04, EU:C:2008:102, punkt 49.

<sup>198</sup> Se dom av den 29 oktober 2009, kommissionen/Tyskland, C-536/07, EU:C:2009:664, punkt 61.

<sup>199</sup> Se dom av den 29 oktober 2009, kommissionen/Tyskland, C-536/07, EU:C:2009:664, punkt 56.

<sup>200</sup> Se dom av den 29 oktober 2009, kommissionen/Tyskland, C-536/07, EU:C:2009:664, punkt 58.

<sup>201</sup> Se dom av den 29 oktober 2009, kommissionen/Tyskland, C-536/07, EU:C:2009:664, punkt 60.



den totala ersättningen avsåg uthyrning var den delen av begränsad betydelse och kunde därför inte påverka kontraktets klassificering som ett byggentreprenadkontrakt.<sup>202</sup>

En liknande situation förelåg i domen *Impresa Pizzarotti*.<sup>203</sup> Där var det fråga om hyra av ett för kommunen gemensamt domstolskomplex som skulle uppföras enligt krav uppställda av den upphandlande myndigheten. Även i det här fallet ansåg domstolen att huvudsyftet med kontraktet inte kunde vara uthyrning utan endast uppförande, eftersom uppförandet inte ens hade påbörjats när avtalet ingicks.<sup>204</sup> Kontraktet hade emellertid vissa särdrag som kännetecknar ett hyresavtal, bland annat uppgick det totala vederlaget till ett belopp som *betydligt understeg* den totala kostnaden för uppförandet av byggnadsverket.<sup>205</sup> Domstolen erinrade härvid, med hänvisning till uttalandet i domen *kommissionen/Tyskland*, om att det är det huvudsakliga syftet och inte ersättningen som är avgörande för klassificeringen.<sup>206</sup> Enligt domstolen fanns det vidare inget i kontraktet som hindrade att det vid ett senare tillfälle avtalades om att leverantören skulle få full ersättning för uppförandet, varför delarnas relativa värde inte medförde någon annan bedömning än att kontraktet utgjorde en byggentreprenad.<sup>207</sup>

I domen *Club Hotel Loutraki m.fl.* omfattade det aktuella kontraktet en aktieöverlåtelse, skyldighet att överta driften av ett kasino och skyldighet att utföra vissa bygg- och anläggningsarbeten.<sup>208</sup> Enligt domstolen förelåg det inget tvivel om att aktieöverlåtelsen var kontraktets huvudsakliga föremål.<sup>209</sup> Domstolen tycks härvid ha accepterat den hänskjutande domstolens bedömning av att aktieförsäljningen var det huvudsakliga föremålet medan utförandet av tjänster och byggarbeten endast var accessoriska i förhållande till försäljningen, vilket enligt domstolen även bekräftades av handlingarna i målet.<sup>210</sup> Vilka handlingar som avsågs och vilken information de innehöll framgår däremot inte.<sup>211</sup> Domstolen uppmärksammade vidare de olika delarnas respektive värde och konstaterade att den inkomst köparen av aktierna skulle uppbära

---

<sup>202</sup> Se dom av den 29 oktober 2009, *kommissionen/Tyskland*, C-536/07, EU:C:2009:664, punkt 61.

<sup>203</sup> Se dom av den 10 juli 2014, *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067.

<sup>204</sup> Se dom av den 10 juli 2014, *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, punkt 42.

<sup>205</sup> Se dom av den 10 juli 2014, *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, punkt 49.

<sup>206</sup> Se dom av den 10 juli 2014, *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, punkt 50.

<sup>207</sup> Se dom av den 10 juli 2014, *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, punkt 51.

<sup>208</sup> Se dom av den 6 maj 2010, *Club Hotel Loutraki m.fl.*, de förenade målen C-145/08 och 149/08, EU:C:2010:247, punkt 52.

<sup>209</sup> Se dom av den 6 maj 2010, *Club Hotel Loutraki m.fl.*, de förenade målen C-145/08 och 149/08, EU:C:2010:247, punkt 57.

<sup>210</sup> Se dom av den 6 maj 2010, *Club Hotel Loutraki m.fl.*, de förenade målen C-145/08 och 149/08, EU:C:2010:247, punkterna 55–56.

<sup>211</sup> Se *Semple & Andrecka, Classification*, s. 174.

föreföll klart större än den ersättning som skulle erhållas för tjänsterna och byggarbetena.<sup>212</sup> Vilken egentlig betydelse de olika delarnas värde tillmättes och huruvida några ytterligare aspekter beaktades vid bedömningen framgår dock inte heller.<sup>213</sup>

Det kan konstateras att uppgiften att avgöra vad som utgör ett kontrakts huvudsakliga föremål i många fall kan vara förenad med stora svårigheter. Att metoden är svårtillämpad och innehåller ett visst mått av subjektivitet har även föranlett kritik i doktrinen. Det anförs bland annat att den överviktsprincip som gäller för kontrakt där varor och tjänster blandats och innebär att delarnas relativa värde bestäms, inte bara är lättare att tillämpa utan är dessutom mer objektiv.<sup>214</sup> Utifrån rättsfallen från EU-domstolen som redogjorts för ovan står det klart att de olika delarnas respektive värde kan fylla en funktion i bedömningen, men värdet kan dock inte ensamt vara avgörande för fastställande av kontraktets huvudsakliga föremål när byggentreprenader är inblandade. Anledningen är sannolikt den stora skillnaden i tröskelvärden mellan byggentreprenadkontrakt och varu- eller tjänstekontrakt.<sup>215</sup> Skulle en överviktsprincip tillämpas även för blandade kontrakt som innehåller byggentreprenader öppnas möjligheten för kringgående av upphandlingsreglerna.<sup>216</sup> Eftersom samma tröskelvärde gäller för varu- och tjänstekontrakt föreligger inte samma risk för kringgående, varför överviktsprincipen kan tillämpas i den situationen.<sup>217</sup> Att avgöra vad som utgör ett kontrakts huvudsakliga föremål är, som framgått, inte helt enkelt och ytterligare och mer utförlig praxis från EU-domstolen tas tacksamt emot. I avvaktan på sådan praxis får den generella, dock något intetsägande, slutsatsen sägas vara att en objektiv och samlad bedömning av hela upphandlingen ska göras i varje enskilt fall.

Det här kapitlet har behandlat situationen att ett undantaget hyresavtal även innehåller byggentreprenader i form av hyresgäst Anpassningar. Vad som framkommit ovan angående hur ett kontrakts huvudsakliga föremål bedöms ska därför här appliceras och kommenteras med avseende på den typen av kontrakt.

---

<sup>212</sup> Se dom av den 6 maj 2010, Club Hotel Loutraki m.fl., de förenade målen C-145/08 och 149/08, EU:C:2010:247, punkt 57.

<sup>213</sup> Se Semple & Andrecka, *Classification*, s. 174.

<sup>214</sup> Se exempelvis McGowan, *Club Hotel Loutraki*, Knibbe, *Commission v Italy* och Caranta, *Sustainable Public Procurement*, s. 28 f.

<sup>215</sup> I dagsläget är skillnaden cirka 45 miljoner kr. Nuvarande tröskelvärden återfinns i tillkännagivande (2016:14) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

<sup>216</sup> Se dom av den 21 februari 2008, kommissionen/Italien, C-412/04, EU:C:2008:102, punkterna 50–51.

<sup>217</sup> Se Knibbe, *Commission v Italy*.

Utifrån rättsfallen ovan kan konstateras att det finns ett visst utrymme för hyresgäst-anpassningar inom ramen för ett hyreskontrakt. Så länge byggtreprenadarbetena är *av mindre omfattning och av underordnad betydelse* i förhållande till förhyrningen ska kontraktet följaktligen inte behandlas som ett byggtreprenadkontrakt.<sup>218</sup> Byggarbetena kommer i sådant fall att anses som en del av hyresavtalet och ingen del av kontraktet behöver upphandlas.<sup>219</sup>

En möjlig måttstock på vilka hyresgästpassningar som ryms inom ett hyreskontrakt följer av domen *kommissionen/Tyskland*, där domstolen uttalade att de krav som den upphandlande myndigheten ställt upp ”gick mycket längre än en hyresgästs vanliga krav”.<sup>220</sup> När en upphandlande myndighet däremot inte ställer mer långtgående krav än vilken annan hyresgäst som helst skulle ställa, är således hyresgästpassningarna sannolikt inte av sådan omfattning eller betydelse att kontraktet ska klassificeras som ett byggtreprenadkontrakt.

Att det finns ett visst utrymme för hyresgästpassningar inom ramen för ett hyreskontrakt står därmed klart. Svårigheten ligger istället i att avgöra var gränsen går mellan *sedvanliga hyresgästpassningar* som vilken hyresgäst som helst skulle kräva och ombyggnationer som är så pass omfattande att kontraktet rätteligen ska behandlas som ett byggtreprenadkontrakt. Vilka krav som får anses utgöra sådan sedvanlig hyresgästpassning får bedömas från fall till fall beroende på de enskilda omständigheterna. Att ge något klart svar på var gränsen går är därför inte möjligt, trots att det hade varit önskvärt. Den fortsatta framställningen kommer av den anledning att fokusera på omständigheter av generell karaktär som skulle kunna ha betydelse vid bedömningen.

Det bör härvid hållas i åtanke att en hyresgäst vid kommersiell uthyrning generellt sett har ett stort inflytande på hyresobjektets utformning och standard, med tanke på att alla kommersiella byggnader förutsätts ha alternativa användningsområden.<sup>221</sup> Vid bedömningen av vilka krav en hyresgäst normalt skulle ställa bör därför jämförelse ske med andra kommersiella aktörer, och inte till exempel en bostadshyresgäst.

---

<sup>218</sup> Se dom av den 19 april 1994, *Gestión Hotelera Internacional*, C-331/92, EU:C:1994:155, punkt 29.

<sup>219</sup> Se Rosén Andersson m.fl., *LOU, en kommentar*, kommentaren till 1 kap. 6 §, under första punkten.

<sup>220</sup> Se dom av den 29 oktober 2009, *kommissionen/Tyskland*, C-536/07, EU:C:2009:664, punkt 58. I målet var fråga om nyuppförande av byggnad men uttalandet har sannolikt även relevans för ombyggnation av befintlig byggnad.

<sup>221</sup> Se Rosén Andersson m.fl., *LOU, en kommentar*, kommentaren till 1 kap. 6 §, under första punkten.

Vad som kan anses utgöra sedvanlig hyresgäst Anpassning skulle vidare, till viss del, kunna bero på byggnadens skick. För en mycket sliten och uttjänt byggnad får sannolikt relativt omfattande renoveringar anses ingå i hyresavtalet utan att kontraktet anses som en byggtreprenad jämfört med en förhållandevis nyproducerad lokal. En allmän uppfräschning eller modernisering av lokalerna bör därför inte påverka kontraktets klassificering som ett hyreskontrakt, eftersom det förmodligen skulle krävas av flertalet hyresgäster. Det kan härvid diskuteras om det är värdet av de aktuella ombyggnationerna eller om det är ombyggnationen i sig som ska anses vara sedvanlig. Att exempelvis byta ut avloppsstammarna i en byggnad är ofta mycket kostsamt, medan det samtidigt vore något som vilken hyresgäst som helst skulle kunna kräva. Jämförs det scenariot med situationen att en hyresgäst kräver omfattande och specifika men inte särskilt kostnadskrävande ombyggnationer, har sannolikt den senare större inverkan än den tidigare på kontraktets klassificering som ett byggtreprenadkontrakt istället för ett hyreskontrakt. Det bör därför rimligtvis vara ombyggnationernas karaktär och omfattning, snarare än dess kostnad, som är av betydelse för bedömningen av om en hyresgäst Anpassning är sedvanlig.

En indikation på att en upphandlande myndighet har ställt krav som överskrider vad en hyresgäst normalt kräver kan vara att den aktuella byggnaden efter ombyggnationen är av speciell karaktär, till exempel en brandstation eller ett sjukhus. Det var en av flera omständigheter som ledde fram till Konkurrensverkets slutsats att Migrationsverkets omfattande ombyggnation av en förvarsenhet, där bland annat särskilda krav ställdes på byggnadens säkerhet, skulle behandlas som ett byggtreprenadkontrakt.<sup>222</sup> Vilken hyresgäst som helst skulle förmodligen inte ställa sådana krav, varför liknande förändringsarbeten sannolikt kan medföra att kontraktet bör bedömas vara ett byggtreprenadkontrakt och inte ett hyreskontrakt.

En annan aspekt som Konkurrensverket fäste vikt vid var att Migrationsverket skulle stå kostnaden för ombyggnationen genom påslag på hyran, där påslaget var betydligt högre än grundhyran. Vilken betydelse de olika delarnas respektive värde har vid fastställande av ett kontrakts huvudsakliga föremål får med beaktande av EU-domstolens praxis emellertid anses osäkert. Att värdet kan vara en bidragande faktor i klassificeringen står klart, liksom att värdet inte ensamt kan vara avgörande. Hur skillnader i värdefördelning ska bedömas är däremot oklart. I exempelvis domen *Club Hotel Loutraki m.fl.* uppmärksammade domstolen de olika

---

<sup>222</sup> Se Konkurrensverkets beslut av den 3 januari 2011 (dnr 584/2010).

delarnas relativa värde och konstaterade att en av delarna genererade betydligt högre inkomster för leverantören, medan den i domen *kommissionen/Tyskland* anförde att omständigheten att hyran klart översteg kostnaden för uppförandet av byggnaden var av begränsad betydelse och därför inte kunde påverka kontraktets klassificering.<sup>223</sup> I den här delen synes därför behovet av ytterligare praxis från EU-domstolen särskilt stort.

#### 4.5 Sammanfattning

När ett hyreskontrakt avseende befintlig byggnad även innehåller byggtreprenader i form av hyresgästpassningar är det fråga om ett blandat kontrakt, där hyresdelen är undantagen upphandlingsskyldigheten och byggtreprenaddelen är upphandlingspliktig. Regler för hur ett sådant kontrakt ska behandlas saknas i både LOU och direktivet och frågan får besvaras utifrån EU-domstolens praxis.

Först prövas huruvida det blandade kontraktets olika delar *objektivt sett kan särskiljas*. Kan delarna separeras är det fråga om ett *delbart* blandat kontrakt, och de olika delarna ska då behandlas var för sig. Bedömningen ska utgå från de sakliga skäl som har motiverat sammanläggningen och parternas egen avsikt eller uppfattning saknar härvid betydelse. Om alla de olika delarna är nödvändiga för att ändamålet med kontraktet ska kunna förverkligas och en uppdelning riskerar att försvåra eller omöjliggöra ändamålet med kontraktet är det sannolikt att anse som odelbart. Det får härvid inte heller gå att åstadkomma samma resultat genom att exempelvis uppställa villkor i en upphandling, utan en sammanläggning bör vara det enda alternativet för att uppnå ändamålet. Vid avtal om hyra som även innehåller hyresgästpassningar kan ombyggnationen vara avgörande för möjligheten att bedriva den tänkta verksamheten i lokalen. En uppdelning av kontraktet riskerar även att omöjliggöra förhyrningen, på grund av att en hyresvärd kan sätta sig emot att arbetena upphandlas. Därigenom riskeras följaktligen att ändamålet med kontraktet inte kan förverkligas och kontraktet är sannolikt i många fall att anse som odelbart.

Ett *odelbart* blandat kontrakt ska behandlas i sin helhet och enligt de bestämmelser som är tillämpliga för den delen av kontraktet som utgör dess *huvudsakliga föremål*. Är förhyrningen det huvudsakliga föremålet behöver ingen del av kontraktet upphandlas, är däremot

---

<sup>223</sup> Se dom av den 6 maj 2010, Club Hotel Loutraki m.fl., de förenade målen C-145/08 och 149/08, EU:C:2010:247, punkt 57 och dom av den 29 oktober 2009, kommissionen/Tyskland, C-536/07, EU:C:2009:664, punkt 61.

byggentreprenaderna det huvudsakliga föremålet ska hela kontraktet upphandlas enligt reglerna för byggentreprenader. Vad som utgör ett kontrakts huvudsakliga föremål ska fastställas utifrån en objektiv helhetsbedömning av omständigheterna i det enskilda fallet. Det har konstaterats att det finns ett visst utrymme för hyresgäst Anpassningar inom ramen för ett hyreskontrakt. Det avgörande är om den aktuella ombyggnationen kan anses utgöra en *sedvanlig hyresgäst Anpassning*. Mindre Anpassningar som vilken hyresgäst som helst skulle kunna kräva anses ingå i hyreskontraktet och motiverar därför inte heller att kontraktet ska upphandlas som en byggentreprenad. När Anpassningarna däremot går utöver vad en normal hyresgäst skulle kräva är kontraktet rätteligen att anse som ett byggentreprenadkontrakt och inte ett hyreskontrakt, och hela kontraktet ska följaktligen upphandlas.

## 5. Förhandlat förfarande utan föregående annonsering

### 5.1 Inledning

Inom den offentliga upphandlingen är de allmänna rättsprinciperna om likabehandling, öppenhet, icke-diskriminering, proportionalitet och ömsesidigt erkännande av stor betydelse.<sup>224</sup> Principerna genomsyrar hela det upphandlingsrättsliga regelverket och har påverkat utformningen av de olika förfaranden som föreskrivs i direktivet.<sup>225</sup> Ett av de viktigaste momenten vid genomförande av en offentlig upphandling är annonsering av avsikten att tilldela det aktuella kontraktet, eftersom det är därigenom leverantörerna får kännedom om upphandlingen och kan avgöra om de vill delta eller inte.<sup>226</sup> Genom annonseringen säkerställs även att upphandlingen genomförs på ett öppet sätt, att konkurrensen mellan leverantörerna tillvaratas och att leverantörerna behandlas lika.<sup>227</sup>

För tilldelning av kontrakt över tröskelvärdena föreskriver direktivet tre huvudsakliga förfaranden: öppet, selektivt och förhandlat förfarande.<sup>228</sup> Av de tre förklaras det öppna och selektiva vara ordinarie förfaranden medan det förhandlade förfarandet anges vara extraordinärt, genom att det endast får användas i vissa särskilt angivna undantagssituationer.<sup>229</sup> En upphandlande myndighet får följaktligen fritt välja att tillämpa antingen det öppna eller det selektiva förfarandet medan det förhandlade förfarandet, med eller utan föregående annonsering, enbart kan användas i undantagsfall där de ordinarie förfarandena av olika anledningar inte kan tillämpas.

Det förhandlade förfarandet utan föregående annonsering kan, som redogörs för närmare nedan, tillämpas bland annat när ett kontrakt på grund av tekniska skäl eller ensamrätt endast kan fullgöras av en enda leverantör. Det föregående kapitlet har behandlat hyreskontrakt som innefattar byggtreprenader i form av hyresgästpassningar. Det har därvid konstaterats att när byggarbetena är så pass omfattande att kontraktet rätteligen är att anse som ett byggtreprenadkontrakt och inte ett hyreskontrakt ska kontraktet upphandlas. I den fortsatta framställningen ska därför utredas huruvida de rättigheter som tillkommer en hyresvärd i

---

<sup>224</sup> Se Sundstrand, *Primärrättens reglering*, s. 40 ff.

<sup>225</sup> Se González García, *Classic Procurement Procedures*, s. 62.

<sup>226</sup> Se Poulsen m.fl., *EU Public Procurement Law*, s. 333.

<sup>227</sup> Se a.st.

<sup>228</sup> Se art. 28 i direktiv 2004/18, motsvarar 4 kap. 1 § LOU. Se González García, *Classic Procurement Procedures*, s. 64.

<sup>229</sup> Se art. 28 i direktiv 2004/18. Se González García, *Classic Procurement Procedures*, s. 64.

egenskap av fastighetsägare kan anses utgöra sådana tekniska skäl eller sådan ensamrätt som innebär att kontraktet endast kan fullgöras av en enda leverantör, nämligen hyresvärden, och att det förhandlade förfarandet utan föregående annonsering därmed kan användas. Först ska dock redogöras för vad de olika förfarandena innebär och när de kan tillämpas.

## 5.2 Öppet, selektivt och förhandlat förfarande

Skillnaderna mellan de olika upphandlingsförfarandena ligger främst i hur de intresserade leverantörerna lämnar sina anbud.<sup>230</sup> Upphandling enligt det *öppna förfarandet* innebär att den upphandlande myndigheten annonserar anskaffningen varpå alla intresserade leverantörer får lämna anbud. Därefter prövas de inkomna anbuden utifrån de i annonsen angivna kraven och det bästa anbudet antas.<sup>231</sup> När istället det *selektiva förfarandet* används sker upphandlingen i ett tvåstegsförfarande. Först annonseras upphandlingen och leverantörerna anmäler sitt intresse av att delta i upphandlingen. I nästa steg väljs ett antal av leverantörerna ut, de som bäst uppfyller kraven som angivits i annonsen, som därefter inbjuds att lämna anbud. Det är följaktligen endast de utvalda leverantörerna som faktiskt får lämna anbud i upphandlingen. De inkomna anbuden prövas sedan mot de krav som uppställts och det bästa anbudet antas.<sup>232</sup> Förfarandena lämpar sig olika bra för olika upphandlingar, exempelvis kan det selektiva förfarandet vara att föredra i en upphandling där ett mycket stort antal anbud förväntas, och det är därför upp till den upphandlande myndigheten att välja vilket förfarande som ska användas.<sup>233</sup>

Både det öppna och det selektiva förfarandet är relativt strikta och begränsar upphandlande myndigheters möjligheter att tilldela kontrakt på godtyckliga grunder.<sup>234</sup> Av den anledningen är det inte heller tillåtet att förhandla med leverantörerna, då förhandlingsmomentet ökar risken för att öppenhetsprincipen åsidosätts och att leverantörer behandlas olika.<sup>235</sup> I vissa fall finns emellertid behov av ett mer flexibelt förfarande, där också förhandling är tillåten. När någon av de angivna undantagssituationerna är för handen står därför det förhandlade förfarandet till buds. Det förhandlade förfarandet förekommer i två varianter, med eller utan föregående annonsering.

---

<sup>230</sup> Se González García, *Classic Procurement Procedures*, s. 64.

<sup>231</sup> Angående öppet förfarande, se definitionen i 2 kap. 22 § LOU.

<sup>232</sup> Angående selektivt förfarande, se definitionen i 2 kap. 16 § LOU.

<sup>233</sup> Se Poulsen m.fl., *EU Public Procurement Law*, s. 335.

<sup>234</sup> Se a.a., s. 332 och Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, s. 959.

<sup>235</sup> Se Poulsen m.fl., *EU Public Procurement Law*, s. 335.



Förhandlat förfarande *med annonsering* följer i princip det selektiva förfarandet och den upphandlande myndigheten är skyldig att annonsera och konkurrensutsätta anskaffningen, med den skillnaden att den upphandlande myndigheten har möjlighet att förhandla med leverantörerna innan den beslutar vilket anbud som ska antas.<sup>236</sup> Det förhandlade förfarandet med föregående annonsering får endast användas i de situationer som anges i 4 kap. 2 § LOU.<sup>237</sup> Förfarandet kan exempelvis användas när alla de anbud som lämnats vid ett av de ordinarie förfarandena är ogiltiga och villkoren i kontraktet inte förändras väsentligt i förhållande till den tidigare upphandlingen eller när det vid upphandling av finansiella eller intellektuella tjänster inte går att upprätta ett tillräckligt exakt förfrågningsunderlag för att kunna välja det bästa anbudet.

Det förhandlade förfarandet *utan annonsering* saknar, namnet till trots, några större likheter med det förhandlade förfarandet med föregående annonsering. En upphandlande myndighet kan härvid förhandla om ett kontrakt direkt med en eller flera leverantörer, utan att varken annonsera avsikten att tilldela kontraktet eller konkurrensutsätta anskaffningen.<sup>238</sup> Det är följaktligen fråga om ett summariskt förfarande utan direkta formkrav, inte olikt en direkt-upphandling.<sup>239</sup> De allmänna rättsprinciperna måste likväl följas, även vid upphandling genom det här förfarandet.<sup>240</sup> På grund av avsaknaden av publicitet kan det emellertid tänkas vara svårt att få kännedom om att någon av de allmänna rättsprinciperna har kränkts eller att det förhandlade förfarandet har använts trots att ingen av undantagssituationerna är för handen. För all offentlig upphandling över tröskelvärdena och alltså även vid förhandlat förfarande utan föregående annonsering ska förvisso så kallad efterannonsering ske, där en annons med resultatet av upphandlingen publiceras i hela EU.<sup>241</sup> Skyldigheten att efterannonsera har dock inte förenats med någon sanktion, varför det får antas ha begränsad betydelse för andra leverantörers möjligheter att få kännedom om upphandlingar som genomförs som förhandlat förfarande utan föregående annonsering.<sup>242</sup>

---

<sup>236</sup> Se Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, s. 959.

<sup>237</sup> Bestämmelsen motsvarar art. 30 i direktiv 2004/18.

<sup>238</sup> Se Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, s. 1061.

<sup>239</sup> Se González García, *Classic Procurement Procedures*, s. 75 och Trepte, *Public Procurement in the EU*, s. 385.

<sup>240</sup> Se Sundstrand, *En introduktion*, s. 132.

<sup>241</sup> Se 7 kap. 3 § LOU, motsvaras av art. 35.4 i direktiv 2004/18. Se Sundstrand, *En introduktion*, s. 132, 167 och 171 f.

<sup>242</sup> Se Rosén Andersson m.fl., *LOU, en kommentar*, kommentaren till 7 kap. 3 §.

För det förhandlade förfarandet utan annonsering är listan på undantagssituationer något längre jämfört med när annonsering ska ske. Först och främst finns tre generella undantag som gäller för alla typer av kontrakt. Enligt 4 kap. 5 § LOU får förfarandet användas när inga anbud eller anbudsansökningar har lämnats vid ett av de ordinarie förfarandena eller inga av de inkomna anbuden har bedömts som lämpliga, när det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt endast kan levereras från en enda leverantör eller när det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet men synnerlig och oförutsebar brådska medför att inget av de ordinarie förfarandena är möjliga att använda.<sup>243</sup> Därtill finns ett antal undantag som endast avser vissa typer av kontrakt. Exempelvis medger 4 kap. 8 § 1 st. 1 p. LOU att förfarandet tillämpas vid upphandling av kompletterande byggtreprenader eller tjänster som inte ingick i det ursprungliga kontraktet men som av oförutsedd anledning har blivit nödvändiga för att den första byggtreprenaden eller tjänsten ska kunna utföras.<sup>244</sup>

### 5.3 Tolkning och tillämpning av undantagen

Genom det förhandlade förfarandet utan föregående annonsering tillåts en upphandlande myndighet att göra avsteg från den grundläggande ordning med öppen konkurrens och transparens som annars utmärker upphandlingsförfarandena.<sup>245</sup> Annonseringsskyldigheten utgör vidare en grundläggande beståndsdel inom upphandlingsområdet och det viktigaste verktyget för att skapa en öppen marknad inom EU, vilket alltså saknas vid tillämpningen av det förfarandet.<sup>246</sup> Det är därför av stor betydelse att undantaget tolkas *restriktivt*.<sup>247</sup> Det ska härvid anmärkas att direktivets uppräknade undantagssituationer, för vilka det förhandlade förfarandet får tillämpas, är uttömmande.<sup>248</sup> Det är följaktligen inte tillåtet för medlemsstaterna att föreskriva att förfarandet får användas i andra situationer än de i direktivet uttryckligen angivna eller att föreskriva andra villkor som utökar möjligheterna att använda det förhandlade förfarandet.<sup>249</sup> Det är vidare den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att de

---

<sup>243</sup> Bestämmelsen motsvaras av art. 31.1 i direktiv 2004/18.

<sup>244</sup> Bestämmelsen motsvaras av art. 31.4 a i direktiv 2004/18.

<sup>245</sup> Se Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, s. 1061.

<sup>246</sup> Se dom av den 14 oktober 2004, kommissionen/Frankrike, C-340/02, EU:C:2004:623, punkt 38. Se även Steinicke & Groesmeyer, *EU's Udbudsdirektiver*, s. 840 och González Garcia, *Classic Procurement Procedures*, s. 64.

<sup>247</sup> Se exempelvis dom av den 10 mars 1987, kommissionen/Italien, C-199/85, EU:C:1987:115, punkt 14, dom av den 3 maj 1994, kommissionen/Spanien, C-328/92, EU:C:1994:178, punkterna 14–15, dom av den 10 april 2003, kommissionen/Tyskland, de förenade målen C-20/01 och C-28/01, EU:C:2003:220, punkt 58 och dom av den 14 september 2004, kommissionen/Italien, C-385/02, EU:C:2004:522, punkt 19.

<sup>248</sup> Se dom av den 17 november 1993, kommissionen/Spanien, C-71/92, EU:C:1993:890, punkt 10 och dom av den 13 januari 2005, kommissionen/Spanien, C-84/03, EU:C:2005:14, punkt 47.

<sup>249</sup> Se dom av den 13 januari 2005, kommissionen/Spanien, C-84/03, EU:C:2005:14, punkt 48.

omständigheter som motiverar att förfarandet används föreligger, och alltså att någon av de angivna undantagssituationerna är för handen.<sup>250</sup> Den avgörande tidpunkten är härvid att de omständigheter som föranleder användandet av undantaget ska föreligga redan vid tilldelningsprocessens inledande.<sup>251</sup>

Om förhandlat förfarande utan föregående annonsering använts trots att ingen av de angivna undantagssituationerna föreligger utgör kontraktstilldelningen en otillåten direktanskaffning och avtalet kan komma att ogiltigförklaras av förvaltningsdomstol efter begäran av en annan leverantör.<sup>252</sup> Det finns emellertid vissa undantag från ogiltighetsförklaring, ett av dem är så kallad *förhandsinsyn*.<sup>253</sup> En förhandsinsyn går till så att den upphandlande myndigheten publicerar en annons om avsikten att använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering i vilken skälen till det anges och avvaktar i tio dagar med att teckna avtalet.<sup>254</sup> När de tio dagarna har passerat utan att någon leverantör har begärt överprövning av upphandlingen kan den upphandlande myndigheten fullfölja upphandlingen och avtalet riskerar inte att ogiltigförklaras.<sup>255</sup> Om en upphandlande myndighet är osäker på om något av undantagen verkligen är för handen kan det således vara en god idé att genomföra en förhandsinsyn. Det ska härvid uppmärksammas att förhandsinsynen däremot inte påverkar varken Konkurrensverkets möjlighet att ansöka om upphandlingsskadeavgift eller andra leverantörers möjligheter att kräva skadestånd. Viss försiktighet vid användning av undantagsförfarandet är därför påkallad.

#### 5.4 Undantag på grund av tekniska skäl eller ensamrätt

Enligt 4 kap. 5 § 1 st. 2 p. LOU får en upphandlande myndighet använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggtreprenader, varor och tjänster om det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan fullgöras av endast en viss leverantör. Det ska således vara fråga om situationer där det kan fastställas att det endast finns en enda leverantör som kan leverera eller utföra det som den aktuella upphandlingen avser.<sup>256</sup> Kravet avseende en enda möjlig leverantör ska läsas

---

<sup>250</sup> Se exempelvis dom av den 10 mars 1987, kommissionen/Italien, C-199/85, EU:C:1987:115, punkt 14, dom av den 3 maj 1994, kommissionen/Spanien, C-328/92, EU:C:1994:178, punkt 16, dom av den 10 april 2003, kommissionen/Tyskland, de förenade målen C-20/01 och C-28/01, EU:C:2003:220, punkt 58 och dom av den 14 september 2004, kommissionen/Italien, C-385/02, EU:C:2004:522, punkt 19.

<sup>251</sup> Se dom av den 2 juni 2005, kommissionen/Grekland, C-394/02, EU:C:2005:336, punkt 33.

<sup>252</sup> Se Sundstrand, *En introduktion*, s. 221 f.

<sup>253</sup> Se a.a., s. 223.

<sup>254</sup> Se 7 kap. 4 § och 16 kap. 3 § LOU.

<sup>255</sup> Se 16 kap. 15 § LOU.

<sup>256</sup> Se exempelvis dom av den 10 april 2003, kommissionen/Tyskland, de förenade målen C-20/01 och C-28/01, EU:C:2003:220, punkt 59.

bokstavligt och det är följaktligen inte tillräckligt att en viss leverantör är mest effektiv eller bäst kan antas fullgöra kontraktet – det ska inte finnas någon konkurrens om kontraktet.<sup>257</sup>

En fråga av generell betydelse är huruvida den upphandlande myndigheten måste bevisa att ingen alternativ leverantör finns, eller om det är tillräckligt att det inte gick att förutse vid det inledande skedet av upphandlingen.<sup>258</sup> Som ovan anförts ska undantagen tolkas strikt och i enlighet därmed bör krävas bevis på att den aktuella leverantören faktiskt är den enda möjliga. En sådan tolkning skulle dock sannolikt innebära att undantaget förlorar sin betydelse. En mer praktiskt gångbar lösning är att den upphandlande myndighet som önskar tillämpa undantaget har att visa att existensen av en konkurrerande leverantör inte gick att förutse, vilket fortfarande är ett relativt högt ställt krav.

För att undantaget för *tekniska skäl* ska kunna tillämpas förutsätts att två kumulativa rekvisit är uppfyllda: dels måste arbetena som upphandlingen avser vara av teknisk karaktär, dels att det på grund av arbetenas karaktär ska vara absolut nödvändigt att tilldela kontraktet till en viss leverantör.<sup>259</sup> Tekniska skäl kan exempelvis vara att det endast finns en leverantör med den expertis som krävs för att utföra arbetet, endast en producent av den efterfrågade produkten eller endast en leverantör med kapacitet att leverera den efterfrågade kvantiteten.<sup>260</sup>

EU-domstolen har avgjort flera fall där de aktuella arbetena bedömts vara av teknisk karaktär men den upphandlande myndigheten inte har kunnat visa att det andra kriteriet, att det därför varit absolut nödvändigt att tilldela kontraktet till en viss leverantör, varit uppfyllt. Ett sådant fall avsåg tilldelning av arbeten som skulle färdigställa ett komplicerat projekt avseende skydd mot översvämningar.<sup>261</sup> De aktuella arbetena var en upprepning av tidigare arbeten, som hade tilldelats enligt de ordinarie förfarandena. Tilldelning av kontraktet till den leverantör som utfört de tidigare arbetena skulle enligt den upphandlande myndigheten dels säkerställa arbetenas kontinuitet, dels underlätta fastställandet av vem som bär ett eventuellt skadeståndsansvar. Eftersom arbetena därtill var av komplicerad och vansklig karaktär ansåg den upphandlande myndigheten att kontraktet av tekniska skäl endast kunde tilldelas den tidigare

---

<sup>257</sup> Se Steinicke & Groesmeyer, *EU's Udbudsdirektiver*, s. 848.

<sup>258</sup> För stycket, se Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, s. 1066.

<sup>259</sup> Se dom av den 18 maj 1995, kommissionen/Italien, C-57/94, EU:C:1995:150, punkt 24 och dom av den 2 juni 2005, kommissionen/Grekland, C-394/02, EU:C:2005:336, punkt 34.

<sup>260</sup> Se Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, s. 1067.

<sup>261</sup> Se dom av den 14 september 2004, kommissionen/Italien, C-385/02, EU:C:2004:522.

leverantören. EU-domstolen höll med om att arbetena var av teknisk karaktär, men eftersom den upphandlande myndigheten inte visat att det var nödvändigt att tilldela kontraktet till en enda leverantör ansågs inte undantaget tillämpligt.<sup>262</sup>

Av samma anledning ansåg domstolen i ett annat fall att undantaget inte var tillämpligt för tilldelning av kontrakt avseende bygg- och anläggningsarbeten i syfte att färdigställa en motortrafikled.<sup>263</sup> Den upphandlande myndigheten ansåg att kontraktet endast kunde tilldelas den leverantör som redan påbörjat arbetet, på grund av att de pågående arbetena inte kunde avslutas förrän de tillkommande arbetena färdigställts, att arbetena var tvungna att samordnas och att det av utrymmesskäl inte var möjligt med två separata byggarbetsplatser på samma plats.<sup>264</sup> EU-domstolen bedömde att tekniska skäl förelåg, men att den upphandlande myndigheten inte visat att de svårigheter som anförts skulle kunnat övervinnas även om det tillkommande kontraktet tilldelats en annan leverantör och undantaget var därför inte tillämpligt.<sup>265</sup>

Av EU-domstolens avgöranden kan konstateras att svårigheterna förenade med undantagets tillämpning främst synes vara hänförliga till det andra kriteriet, att kontraktet med absolut nödvändighet endast kan tilldelas en enda leverantör, snarare än kriteriet att arbetena måste vara av teknisk karaktär. Det kan följaktligen förstås som att begreppet tekniska skäl har en relativt vidsträckt innebörd, medan det andra kriteriet tolkas och tillämpas desto striktare.

Undantaget för *ensamrätt* avser situationer där det som ska upphandlas på grund av legala skäl endast kan levereras eller utföras av en enda leverantör.<sup>266</sup> De mest uppenbara exemplen på när undantaget tillämpas är när det som ska upphandlas är skyddat av immateriella rättigheter som patent, varumärkesskydd eller upphovsrätt, men det kan också vara fråga om annan verksamhet för vilken ägaren har ensamrätt.<sup>267</sup> Det ska följaktligen vara fråga om ett för innehavaren *lagstadgat monopol*.<sup>268</sup> Det är emellertid inte tillräckligt att en upphandlande myndighet kan visa att det som efterfrågas är skyddat av ensamrätt, det krävs dessutom att det på grund av

---

<sup>262</sup> Se dom av den 14 september 2004, kommissionen/Italien, C-385/02, EU:C:2004:522, punkterna 18–24.

<sup>263</sup> Se dom av den 18 maj 1995, kommissionen/Italien, C-57/94, EU:C:1995:150.

<sup>264</sup> Se dom av den 18 maj 1995, kommissionen/Italien, C-57/94, EU:C:1995:150, punkt 21.

<sup>265</sup> Se dom av den 18 maj 1995, kommissionen/Italien, C-57/94, EU:C:1995:150, punkt 27. För ytterligare exempel se även dom av den 2 juni 2005, kommissionen/Grekland, C-394/02, EU:C:2005:336 och dom av den 10 april 2003, kommissionen/Tyskland, de förenade målen C-20/01 och C-28/01, EU:C:2003:220.

<sup>266</sup> Se Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, s. 1070.

<sup>267</sup> Se a.st. och Steinicke & Groesmeyer, *EU's Udbudsdirektiver*, s. 849.

<sup>268</sup> Se Steinicke & Groesmeyer, a.st.

ensamrätten endast finns en enda möjlig leverantör.<sup>269</sup> Det anförda innebär vidare att undantaget inte är tillämpligt om upphandlingsföremålet är skyddat av ensamrätt, men andra leverantörer har möjlighet att genom exempelvis licenser tillhandahålla samma produkt.<sup>270</sup>

HFD har i RÅ 2005 ref. 10 bedömt huruvida förhandlat förfarande utan föregående annonsering på grund av ensamrätt kunnat användas för Nyköpings kommuns anskaffning av marknadsföringstjänster av flygbolaget RyanAir. Avtalet var ett led i en satsning på att marknadsföra kommunen som turistmål med inriktning på de flygpassagerare som skulle anlända till Skavsta flygplats. Eftersom RyanAir är det enda flygbolag som trafikerar flygplatsen ansåg kommunen att det förelåg sådan ensamrätt som innebar att endast RyanAir kunde komma ifråga som leverantör och att undantaget därför var tillämpligt. HFD uttalade sig mycket kortfattat i frågan och anförde endast att kommunen inte visat att det förelåg ensamrätt i den mening som avses i bestämmelsen. Kammarrätten gav emellertid en något utförligare motivering och anförde att kommunen inte visat att det inte funnits någon annan leverantör som hade kunnat tillhandahålla liknande tjänster i syfte att marknadsföra Nyköpings kommun eller att RyanAir haft någon ensamrätt att tillhandahålla tjänsterna.<sup>271</sup>

I målet tycks vikt ha lagts vid dels att marknadsföringen av kommunen inte nödvändigtvis behövt utföras i samband med flygplatsen, dels att det inte funnits någon garanti för RyanAir att även i fortsättningen ensamt trafikera flygplatsen. Det kunde därför tänkas att en annan leverantör av liknande tjänster skulle kunna etablera sig på flygplatsen i framtiden, varför någon ensamrätt inte var för handen. Kravet på att det inte ska finnas någon konkurrerande leverantör är följaktligen högt ställt.

## 5.5 Hyresvärdens roll som fastighetsägare

I doktrin har föreslagits att förhandlat förfarande utan föregående annonsering vore tillämpligt vid om- och tillbyggnation av lokaler på grund av att arbetena inte kan utföras av någon annan än den som hyresvärden, i egenskap av fastighetsägare, vill anlita och att det därför föreligger tekniska skäl eller ensamrätt.<sup>272</sup> I det här avsnittet ska därför utredas huruvida fastighetsägande kan utgöra sådana tekniska skäl eller ensamrätt som därför kan motivera att undantaget tillämpas vid hyresgäst Anpassningar av befintliga lokaler.

---

<sup>269</sup> Se dom av den 3 maj 1994, kommissionen/Spanien, C-328/92, EU:C:1994:178, punkt 17.

<sup>270</sup> Se Trepte, *Public procurement in the EU*, s. 390.

<sup>271</sup> Se Kammarrätten i Stockholms dom av den 21 november 2003 (mål nr 6364-03).

<sup>272</sup> Se Rosén Andersson m.fl., *LOU, en kommentar*, kommentaren till 1 kap. 6 §, under första punkten.

Inledningsvis ska något sägas om äganderätt till fastighet. Äganderätten är en starkt skyddad rättighet, vars skydd bland annat återfinns i regeringsformen.<sup>273</sup> Innehavaren av äganderätten till en fastighet tillerkänns ett stort antal rättigheter, varvid de främsta kan sammanfattas i tre kategorier: rätt att använda egendomen, rätt att utesluta andra från att använda egendomen och rätt att överlåta egendomen.<sup>274</sup> Av rätten att använda egendomen följer även att fastighetsägaren kan välja att upplåta nyttjanderätt till fastigheten. Nyttjanderätten är emellertid endast en begränsad rättighet och äganderätten ligger även fortsättningsvis kvar hos fastighetsägaren.<sup>275</sup> Därav följer att en nyttjanderättshavares möjlighet att förfoga över den upplåtta egendomen är betydligt mer begränsad än fastighetsägarens rätt att förfoga över sin fastighet.<sup>276</sup>

När en upplåtelse av hyra har skett till förmån för en hyresgäst regleras förhållandet mellan hyresgästen och hyresvärden till största del av jordabalkens tolfte kapitel. Reglerna är omfattande och behandlar bland annat ansvarsfördelningen mellan parterna. Avseende lokalhyra är emellertid flertalet av reglerna dispositiva och parterna kan således avtala om både mer och mindre förmånliga villkor än vad som följer av lagen. Så är exempelvis fallet avseende lokalens skick. Enligt lagens mening ska hyresvärden tillhandahålla lokalen i ett sådant skick att den är fullt brukbar för det avsedda ändamålet, om inget annat har avtalats.<sup>277</sup> Hyresvärden är därefter skyldig att upprätthålla det skick som antingen avtalats eller följer av lagen under hela hyrestiden, även här om inget annat har avtalats.<sup>278</sup> Utgångspunkten är följaktligen att det åligger hyresvärden att utföra underhållsarbeten, men eftersom avtalsfrihet råder mellan parterna är de fria att komma överens om en annan ordning.

Vad gäller en lokalhyresgästs *rätt att vidta förändringar* i lokalen ska följande sägas. Till skillnad från en bostadshyresgäst, vilken enligt lagen tillerkänns rätt att exempelvis måla eller tapetsa om i lägenheten, har en lokalhyresgäst inte någon lagstadgad rätt att vidta förändringar i lokalen.<sup>279</sup> Istället råder även här full avtalsfrihet avseende om och hur hyresgästen får ändra

---

<sup>273</sup> Se 2 kap. 15 § regeringsformen. Äganderätten är dock ingen absolut rättighet och vissa legala inskränkningar har härvid skett, exempelvis får expropriation ske för allmänna ändamål, se Sjödin m.fl., *Markåtkomst och ersättning*, s. 30.

<sup>274</sup> Skyddet för fastighetsägaren och dennes handlingsfrihet brukar betecknas som principen om jordägandets frihet, se Hager, *Jordägandets frihet*, s. 686. Se även Victorin & Hager, *Allmän fastighetsrätt*, s. 169.

<sup>275</sup> Se Björkdahl, *Hyra av bostad och lokal*, s. 114.

<sup>276</sup> Se Bengtsson m.fl., *Hyra och annan nyttjanderätt*, s. 28.

<sup>277</sup> Se 12 kap 9 § JB.

<sup>278</sup> Se 12 kap. 15 § JB.

<sup>279</sup> Jfr. 12 kap. 24 a § JB.

lokalen.<sup>280</sup> När parterna inte har avtalat något särskilt rörande förändringar av lokalen, får hyresgästens möjligheter att vidta sådana åtgärder anses vara begränsade.<sup>281</sup> För ändringar som inte har avtalats om krävs nämligen *hyresvärdens samtycke*, vilket kan anses vara ett utflöde av den skyldighet att vårda lägenheten som åläggs hyresgästen.<sup>282</sup> Om en hyresgäst utför ombyggnationer i lokalen utan hyresvärdens samtycke föreligger följaktligen brott mot vårdplikten, vilket i vissa fall utgör ett allvarligt kontraktsbrott som kan leda till att hyresrätten förverkas.<sup>283</sup> Att hyresvärdens samtycke krävs gäller även i en situation där de aktuella förändringarna är att anse som förbättrande.<sup>284</sup>

En hyresgäst får dock anses ha rätt att vidta åtgärder som är nödvändiga för att den överenskomna verksamheten överhuvudtaget ska kunna bedrivas däri. Genom att parterna i avtalet har fastställt för vilket ändamål förhyrningen sker anses en hyresvärd ha accepterat att lokalen anpassas till den aktuella verksamheten, eftersom avtalet måste vara möjligt att fullgöra.<sup>285</sup> Skulle det däremot ha avtalats att hyresvärden ska iordningsställa lokalen i för verksamheten anpassat skick inför inflyttningen kan sådan rätt för hyresgästen sannolikt inte anses föreligga. Inom ramen för hyresgästens vårdplikt kan vidare argumenteras för att det kan finnas ett utrymme för mindre ingripande åtgärder som inte kan anses medföra någon skada på lokalen utan istället är enkla att återställa.<sup>286</sup> Det utrymmet får emellertid anses vara begränsat och de mindre åtgärder som kan anses tillåtna när eventuellt inte heller upp till kraven för en byggentreprenad – varför någon upphandlingskyldighet likväl inte skulle föreligga.

Avseende undantagets tillämplighet kan inledningsvis konstateras att hyresvärdens rättigheter som fastighetsägare förmodligen inte utgör sådana tekniska skäl som avses i bestämmelsen, även om begreppet enligt vad som redogjorts för ovan bör tolkas relativt vidsträckt. De omständigheter och rättigheter som partsförhållandet aktualiserar kan troligen inte anses vara av teknisk karaktär, utan av rättslig sådan. Det ligger därför närmare till hands att åberopa undantaget för ensamrätt, vilket ska avse ett lagstadgat monopol. Som ovan redogjorts för är äganderätten en inte bara lagstadgad, utan även *grundlagsskyddad*, rättighet vilken är

---

<sup>280</sup> Se Björkdahl, *Hyra av bostad och lokal*, s. 139 f.

<sup>281</sup> Se a.st.

<sup>282</sup> Se 12 kap. 24 § JB. Se Victorin, *Kommersiell hyresrätt*, s. 181.

<sup>283</sup> Se 12 kap. 42 § JB. Se även Victorin, *Kommersiell hyresrätt*, s. 49 och 155 ff.

<sup>284</sup> Se Bengtsson m.fl., *Hyra och annan nyttjanderätt*, s. 202.

<sup>285</sup> Se Björkdahl, *Hyra av bostad och lokal*, s. 139 f.

<sup>286</sup> Se exempelvis NJA 1949 s. 141 där uppställande av provisoriska skiljeväggar som var lätta att ta bort utan att några spår lämnades på varken golv eller väggar, inte ansågs innebära någon skada för hyresvärden utan var förenlig med vårdplikten.



förbehållen fastighetsägaren även vid upplåtelse av nyttjanderätt i egendomen. Det kan därför konstateras att fastighetsägande skulle kunna utgöra sådan ensamrätt som avses i bestämmelsen.<sup>287</sup> Undantaget är emellertid inte tillämpligt i varje fall av hyresgästanpassning, eftersom det inte räcker med att det föreligger ensamrätt, det krävs även att det på grund av ensamrätten endast finns en enda entreprenör som kan utföra arbetena.<sup>288</sup>

För bedömningen av om hyresvärden är den enda som kan fullgöra kontraktet och utföra arbetena kommer följaktligen villkoren i hyresavtalet att spela en viktig roll. Om hyresvärden redan genom avtalet har samtyckt till att hyresgästen får vidta förändringsåtgärder kan hyresvärden inte senare anses ha något anspråk på att bestämma vilken entreprenör som ska utföra arbetena. I ett sådant fall kan naturligtvis inte undantaget anses tillämpligt, eftersom arbetena kan utföras av i princip vilken entreprenör som helst.

Har däremot inget har avtalats angående hyresgästens möjligheter att förändra i lokalen krävs hyresvärdens samtycke. I den situationen som här behandlas, att byggarbetena är så omfattande att kontraktet ska upphandlas, är den upphandlande myndigheten skyldig att konkurrensutsätta anskaffningen. I en sådan situation har hyresvärden ingen kontroll över vem som kommer att utföra arbeten på fastigheten och det kan följaktligen tänkas att en hyresvärd av just den anledningen vägrar att lämna sitt samtycke till ombyggnationerna. Även om inte hyresvärden genom de befintliga avtalsvillkoren har samtyckt till att hyresgästen får förändra lokalen krävs det för en tillämpning av undantaget att det faktiskt inte finns någon annan som skulle kunna utföra arbetena, eftersom det inte är tillräckligt att endast konstatera att ensamrätt föreligger. Det får därför sannolikt krävas att hyresvärden uttryckligen motsätter sig att hyresgästen konkurrensutsätter arbetena, varför den upphandlande myndigheten i första hand får anses tvungen att kontakta hyresvärden för att undersöka möjligheterna att få samtycke till att upphandla arbetena. Först när hyresvärden vägrat att lämna sitt samtycke och motsätter sig upphandling av arbetena, kan konstateras att hyresvärden är den enda som kan utföra arbetena.

Av det ovan anförda kan följande slutsatser dras. Hyresvärdens innehav av äganderätten till den aktuella fastigheten och de därtill följande rättigheterna, i kombination med den ansvarsfördelning som föreskrivs mellan hyresgäst och hyresvärd, föranleder att en hyresvärd

---

<sup>287</sup> Även Arrowsmith tycks ha öppnat för en sådan möjlighet, se Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, s. 545 ff. och 564 f., särskilt fotnot 756.

<sup>288</sup> Jfr. dom av den 3 maj 1994, kommissionen/Spanien, C-328/92, EU:C:1994:178, punkt 17.

i många fall kan anses ha en sådan ensamrätt som medför att ett kontrakt avseende hyresgäst-anpassningar endast kan tilldelas denne. Den bedömningen är emellertid beroende på avtalsvillkoren i det enskilda fallet och det förutsätts att hyresvärden både *har rättslig möjlighet* att motsätta sig att hyresgästen vidtar förändringsåtgärderna och *väljer att utnyttja den*. Först då kan det förhandlade förfarandet utan föregående annonsering anses vara tillämpligt.

## 5.6 Sammanfattning

Förhandlat förfarande utan föregående annonsering är ett undantagsförfarande som endast får användas i exceptionella och särskilt angivna situationer. Vid förfarandet saknas ett av de viktigaste verktygen för att säkerställa att tilldelning av kontrakt sker på ett öppet och lika-behandlande sätt, nämligen skyldigheten att annonsera upphandlingen. Undantagen ska tolkas *restriktivt* och bevisbördan för dess tillämplighet ligger på den upphandlande myndigheten. Förfarandet kan användas exempelvis när det aktuella kontraktet på grund av tekniska skäl eller ensamrätt endast kan fullgöras av en enda leverantör. Tekniska skäl kan föreligga till exempel när det endast finns en enda leverantör som kan leverera efterfrågad kapacitet och begreppet tycks ha givits en relativt vidsträckt innebörd i praxis. Den ensamrätt som avses i bestämmelsen ska utgöras av ett *lagstadgat monopol*, exempelvis immateriella rättigheter. För att något av undantagen ska vara tillämpliga förutsätts att det faktiskt bara finns *en enda möjlig leverantör* och det är därmed inte tillräckligt att tekniska skäl eller ensamrätt föreligger, det måste även innebära att det *inte finns någon konkurrens* om kontraktet.

Syftet med det här kapitlet har varit att utreda huruvida en hyresvärds ställning som fastighetsägare skulle kunna utgöra sådana tekniska skäl eller sådan ensamrätt att det förhandlade förfarandet utan föregående annonsering är tillämpligt när ett hyresavtal ska upphandlas på grund av omfattande hyresgäst-anpassningar. En hyresvärd har i egenskap av fastighetsägare ett *grundlagsstadgat* egendomsskydd för sin fastighet. Även om nyttjanderätt i form av hyra upplåts till en hyresgäst är det fastighetsägaren som har bestämmanderätten över sin fastighet. De rättigheter som tillkommer en hyresvärd på grund av fastighetsägandet utgör sannolikt inte tekniska skäl, även om begreppet tycks tolkas relativt vidsträckt. För att undantaget för ensamrätt ska vara tillämpligt krävs att hyresvärden har ett lagstadgat monopol och att det därför endast är hyresvärden som kan utföra de aktuella ombyggnationerna.

För uthyrningen finns ett omfattande lagstadgat regelverk, vilket vid lokalhyra till stora delar är dispositivt och avtalsfrihet därför råder. Det är följaktligen främst genom villkoren i hyresavtalet som ansvarsfördelningen mellan parterna och deras respektive rättigheter och skyldigheter regleras. Om inget annat har avtalats krävs som huvudregel hyresvärdens samtycke för att en hyresgäst ska få företa några förändringsåtgärder avseende den förhyrda lokalen. Utan hyresvärdens samtycke är den upphandlande myndigheten som hyresgäst således förhindrad att upphandla de aktuella arbetena. För att undantaget ska vara tillämpligt krävs emellertid inte bara att hyresvärden har *rättslig möjlighet* att motsätta sig att arbetena upphandlas, den möjligheten måste även ha *utnyttjats* för att hyresvärden ska anses vara den ende som kan fullgöra kontraktet. När hyresvärden vägrar att låta hyresgästen upphandla arbetena är hyresvärden den ende som kan utföra arbetena, och undantagsförfarandet bör därför vara tillämpligt. Om en upphandlande myndighet är osäker på huruvida rekvisiten för undantaget är uppfyllda kan en förhandsinsyn genomföras för att inte riskera att ett ingånget avtal ogiltigförklaras. Trots att en förhandsinsyn har genomförts kan emellertid Konkurrensverket ansöka om upphandlinsskadeavgift och andra leverantörer kräva skadestånd, varför viss försiktighet ändå får anses påkallad.

## 6. Nyheter i de nya reglerna

Under februari år 2014 antogs ett nytt paket med direktiv på upphandlingsområdet. Bland annat antogs direktiv 2014/24 vilket ersätter och upphäver direktiv 2004/18, som nuvarande LOU bygger på. Genomförandet av de nya reglerna i svensk rätt har av olika anledningar blivit försenat. Beslut om genomförandet av de nya reglerna har emellertid fattats och de nya upphandlingslagarna, varav NLOU är en, träder i kraft den 1 januari 2017. I det här avsnittet kommer därför de för uppsatsen mest relevanta nyheterna och förändringarna att presenteras.

I direktiv 2014/24 återfinns *hyresundantaget* i art. 10.a och dess tillämplighet för de olika förhyrningssituationerna är oförändrad.<sup>289</sup> Även i fortsättningen kommer följaktligen hyra av ej uppförd byggnad, också i de fall den upphandlande myndigheten inte varit delaktig i uppförandet, att falla utanför hyresundantagets tillämpningsområde. Däremot innebär de nya reglerna en skillnad avseende upphandling av hyreskontrakt avseende ej befintlig byggnad, vars uppförande inte utgör en byggtreprenad. I direktiv 2004/18 och nuvarande LOU görs en uppdelning av *A- och B-tjänster*, varvid hyreskontraktet i ett sådant fall har konstaterats utgöra en B-tjänst som faller utanför det direktivstyrda området och istället regleras av 15 kap. LOU. I direktiv 2014/24 har emellertid uppdelningen i A- och B-tjänster avskaffats. B-tjänsterna kan istället sägas ha delats upp i tre kategorier. Några är helt undantagna direktivets tillämpningsområde, till exempel vissa juridiska tjänster.<sup>290</sup> Flertalet B-tjänster har definierats som ”sociala och andra särskilda tjänster”, vilka åsatts ett högre tröskelvärde än övriga tjänstekontrakt och medlemsstaterna har givits stort utrymme för att själva konstruera hur tilldelningen av kontrakten ska gå till.<sup>291</sup> För resterande tjänster gäller direktivet fullt ut, på samma sätt som för dagens A-tjänster, om kontraktet överstiger tröskelvärdet och under förutsättning att inget av de särskilda undantagen är tillämpliga, så som hyresundantaget.<sup>292</sup> Den slutsats som nåddes i avsnitt 3.3 angående att ett avtal om hyra av en icke-befintlig byggnad som ska uppföras utan en upphandlande myndighets inblandning behandlas som en B-tjänst kommer följaktligen inte att stämma efter att de nya reglerna har trätt i kraft. Ett sådant tjänstekontrakt kommer istället

---

<sup>289</sup> En skillnad jämfört med tidigare är att finansieringen av förvärv eller hyra av befintlig byggnad numera är undantagen, vilket dock inte har någon direkt relevans för uppsatsens frågeställningar. Se art. 10.a i direktiv 2014/24 jämfört med art. 16.a i direktiv 2004/18.

<sup>290</sup> Se art. 10 i direktiv 2014/24, vilken har utökats jämfört med art. 16 i direktiv 2004/18.

<sup>291</sup> Se art. 74 i direktiv 2014/24 och uppräknningen av tjänster i bilaga XIV. Se skäl 114–117 i direktiv 2014/24 angående motivering till varför de aktuella tjänsterna regleras särskilt. Den här typen av tjänster kommer att regleras i 19 kap. NLOU, vilket i huvudsak motsvarar nuvarande 15 kap. LOU, se prop. 2015/16:195, s. 879 ff. och 898 ff.

<sup>292</sup> Se Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, s. 416 ff.

att till fullo regleras av det direktivstyrda området, och de uppmärksammade skillnaderna i tröskelvärde mellan tjänste- och byggentreprenadkontrakt kommer därför att få betydelse i framtiden.

I uppsatsen nämndes tidigt att dagens LOU helt saknar regler om hur ett *blandat kontrakt* vars olika delar omfattas av olika regelverk ska behandlas, och att den frågan därför fick avgöras utifrån EU-domstolens praxis. Genom direktiv 2014/24 har emellertid sådana regler nu införts. Blandad upphandling regleras i art. 3 i direktivet och omfattar både blandade kontrakt som avser olika typer av upphandlingar som alla omfattas av detta direktiv och blandade kontrakt som avser upphandlingar som omfattas av detta direktiv och upphandlingar som omfattas av andra rättsregler. Bestämmelsen behandlar även skillnaden mellan delbara och odelbara kontrakt, vilka beskrivs som kontrakt vars delar objektivt sett kan, respektive inte kan, särskiljas. Genom bestämmelsen ges anvisningar om vilket regelverk som ska tillämpas för olika typer av blandade kontrakt. För delbara blandade kontrakt har den upphandlande myndigheten att välja på att antingen tilldela separata kontrakt för de olika delarna eller att tilldela ett enda kontrakt. Om separata kontrakt ska tilldelas ska det ske enligt respektive regelverk och om ett enda kontrakt ska tilldelas ska det ske enligt direktivets regler. För de odelbara blandade kontrakten föreskrivs endast att de tillämpliga reglerna ska fastställas på grundval av huvudföremålet för kontraktet. Direktivbestämmelsen utgör en kodifiering av den praxis från EU-domstolen som har redogjorts för i uppsatsen. I direktivets ingress anges därtill att bedömningen av om ett kontrakts olika delar kan särskiljas ska bygga på EU-domstolens praxis. Om delarna kan särskiljas eller inte ska bedömas från fall till fall och grunda sig på sakliga bevis som visar att det var motiverat och nödvändigt att ingå ett enda kontrakt.<sup>293</sup> Som det har redogjorts för ovan i uppsatsen är emellertid både bedömningen av ett kontrakts separerbarhet och fastställande av ett kontrakts huvudsakliga föremål förenade med vissa tillämpningssvårigheter, vilka på grund av bestämmelsens utformning fortfarande kommer att förekomma.<sup>294</sup>

Definitionen av ett *byggentreprenadkontrakt* har förtydligats något i direktiv 2014/24 jämfört med direktiv 2004/18. Enligt art. 1.2.b i direktiv 2004/18 kunde ett byggentreprenadkontrakt avse bland annat utförande av en byggentreprenad som tillgodoser de behov som en

---

<sup>293</sup> Se skäl 11 i direktiv 2014/24.

<sup>294</sup> Art. 3 i direktiv 2014/24 kommer att motsvaras av 2 kap. NLOU där direktivbestämmelsen har delats upp i tolv paragrafer. Se prop. 2015/16:195 s. 23 ff. och 359 ff.

upphandlande myndighet har specificerat. I art. 2.6.c i direktiv 2014/24 anges istället att ett byggentreprenadkontrakt avser realisering av ett byggnadsverk som motsvarar de krav som anges av den upphandlande myndigheten som utövar ett avgörande inflytande över typen eller projekteringen av byggnadsverket. I ingressen anges att det härvid krävs att den upphandlande myndigheten ska ha vidtagit åtgärder för att fastställa typ av byggentreprenad eller åtminstone haft ett avgörande inflytande över projekteringen av den.<sup>295</sup> Även den här förändringen, eller snarare förtydligandet, utgör en kodifiering av EU-domstolens praxis.<sup>296</sup>

En förändring som möjligtvis har större betydelse avser förutsättningarna för att tillämpa det *förhandlade förfarandet utan föregående annonsering*.<sup>297</sup> Förfarandet ska fortfarande endast användas i exceptionella situationer och grunderna för tillämpningen är i huvudsak samma som i direktiv 2004/18. Undantaget kan även fortsättningsvis användas om kontraktet på grund av tekniska skäl eller ensamrätt endast kan tilldelas viss leverantör. Avseende undantaget för ensamrätt förtydligas även att ensamrätten inte endast kan utgöras av immateriella rättigheter, utan att tillämpningsområdet är större än så. I direktiv 2014/24 har vidare lagts till ett villkor, enligt vilket undantagen för tekniska skäl och ensamrätt endast får användas när inget annat rimligt alternativ finns och om avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstgjord begränsning av förutsättningarna för upphandlingen.<sup>298</sup> Huruvida förutsättningen att inget annat rimligt alternativ finns endast utgör ett förtydligande av vad som redan gäller eller om det kan tänkas innebära en viss utvidgning till att utesluta alternativ där det kanske kunnat finnas en annan leverantör men resultatet av en annonserad upphandling vore att anse som orimligt, återstår att se.<sup>299</sup> Att det inte är tillåtet för en upphandlande myndighet att själv skapa en situation med frånvaro av konkurrens genom uppställande av begränsande villkor får sannolikt anses ha gällt redan tidigare med beaktande av bland annat proportionalitetsprincipen.

---

<sup>295</sup> Se skäl 9 i direktiv 2014/24.

<sup>296</sup> Den praxis som avses är bland annat dom av den 25 mars 2010, Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168.

<sup>297</sup> Se art. 32 i direktiv 2014/24.

<sup>298</sup> Se art. 32.2.b st. 2. i direktiv 2014/24.

<sup>299</sup> Enligt Arrowsmith innebär villkoret förmodligen endast ett förtydligande, men att det inte är helt säkert, se Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, s. 1072.

## 7. Avslutande reflektioner och slutsatser

Syftet med den här uppsatsen har varit att klargöra hur hyresavtal där hyresgästen är en upphandlande myndighet förhåller sig till upphandlingsreglerna i LOU. Avsikten var att fastställa hur ett antal praktiska problemställningar som uppkommer i olika förhyrningssituationer ska behandlas enligt det upphandlingsrättsliga regelverket.

Avsikten med den första frågan var att fastställa under vilka förutsättningar hyresundantaget i 1 kap. 6 § LOU kan tillämpas. Där har ett antal olika förhyrningssituationer aktualiserats och analyserats. Det har härvid konstaterats att hyresundantaget är tillämpligt för hyra av lokaler i en uppförd byggnad, även i de fall lokalerna ska anpassas åt hyresgästen. Undantaget är däremot inte tillämpligt för sådana hyresavtal som sluts innan den aktuella byggnaden är uppförd, oavsett om den upphandlande myndigheten är inblandad i dess uppförande eller ej.

Avsikten med den andra frågan var att analysera vilken inverkan hyresgästanpassningar av en befintlig lokal har för bedömningen av om ett hyreskontrakt, trots att hyresundantaget är tillämpligt, ska upphandlas. Det kan i en sådan situation vara fråga om ett blandat kontrakt, där en del består av undantagen hyra och en del upphandlingspliktig byggtreprenad. Ett sådant kontrakt kommer sannolikt i många fall att bedömas vara ett odelbart blandat kontrakt varvid kontraktets huvudsakliga föremål avgör hur kontraktet, i dess helhet, ska behandlas. Så länge byggtreprenadarbetena är av underordnad betydelse jämfört med förhyrningen och kan anses utgöra sedvanliga hyresgästanpassningar anses ombyggnationerna ingå i hyreskontraktet och ingen upphandling behöver ske. Går arbetena däremot utöver vad som kan anses som en sedvanlig anpassning och byggtreprenaden därför anses vara kontraktets huvudsakliga föremål ska istället hela kontraktet upphandlas enligt reglerna för byggtreprenadkontrakt.

Avsikten med den tredje frågan var att utreda huruvida hyresvärdens ställning som fastighetsägare, med de rättigheter som följer därav, kan utgöra sådana tekniska skäl eller sådan ensamrätt som innebär att ett kontrakt avseende hyresgästanpassningar endast kan fullgöras av en enda leverantör, nämligen hyresvärden, och att förhandlat förfarande utan föregående annonsering därför är tillämpligt. Förfarandet får endast användas i exceptionella undantags-situationer och ska tillämpas restriktivt. Hyresvärden, i egenskap av fastighetsägare, är den som har bestämmanderätten över sin fastighet och en hyresgäst har endast rätt att vidta förändringsåtgärder i en förhyrd lokal om så är avtalat mellan parterna eller om hyresvärden

samtycker till det. Under förutsättning att hyresvärden både har rättslig möjlighet att motsätta sig att hyresgästen, den upphandlande myndigheten, själv upphandlar arbetena och faktiskt också utnyttjar den möjligheten, får sannolikt sådan ensamrätt anses föreligga att kontraktet avseende ombyggnationen endast kan fullgöras av hyresvärden. I ett sådant fall bör undantaget vara tillämpligt och det förhandlade förfarandet utan föregående annonsering kan användas. Vid osäkerhet kan rekommenderas att en förhandsinsyn genomförs, för att inte riskera att ett ingånget avtal därefter ogiltigförklaras. Viss försiktighet får emellertid ändå anses påkallad eftersom varken Konkurrensverkets möjlighet att ansöka om upphandlingsskadeavgift eller andra leverantörers möjlighet att kräva skadestånd påverkas av förhandsinsynen.

Som det har visats är hyresundantagets praktiska tillämpning inte så oproblematisk som det först kan verka. Bland andra Rosén Andersson m.fl. framför en uppmaning till den svenska lagstiftaren om att förtydliga hur hyresundantaget är tänkt att fungera i praktiken eftersom dess tillämpning i många situationer är förenad med svårigheter, varav de som har behandlats i den här uppsatsen endast utgör ett urval. Eftersom lagstiftningen, som framgång, bygger på EU-direktiv vore den svenska lagstiftningen förmodligen fel forum att göra de nödvändiga förtydligandena. I direktiv 2014/24 har inte heller skett någon materiell förändring avseende hyresundantaget. Ytterligare vägledande praxis från EU-domstolen angående hyresundantaget är därför både önskvärd och nödvändig för att underlätta dess praktiska tillämpning.

En annan fråga där EU-domstolens praxis behöver utvecklas och framförallt förtydligas gäller klassificering av blandade kontrakt. Som framgått i avsnittet om de nya reglerna ovan kommer domstolens praxis även fortsättningsvis vara av avgörande betydelse för ledning i bedömningen, även om det numera kommer att finnas regler som anvisar vilket regelverk som ska tillämpas. Uppgiften att fastställa vad som utgör ett kontrakts huvudsakliga föremål tycks vara särskilt komplicerad, vilket kan förklaras med att varje fall är unikt och måste bedömas utifrån omständigheterna i varje enskilt fall. Det enda sättet att förenkla tillämpningen är därför sannolikt genom ytterligare praxis med mer utförliga motiveringar av vilka aspekter som har tillmätts betydelse i just det aktuella fallet.

En reflektion som gjorts under arbetets gång avser bristen på praxis från svenska domstolar. Som nämnts finns ännu inget avgörande från HFD i de frågor som har behandlats i uppsatsen och det finns endast ett fåtal kammarrättsavgöranden. Några av de kammarrättsavgörandena har därtill avvisats på grund av att den som ansökt om överprövning inte har varit en leverantör



utan exempelvis en privatperson.<sup>300</sup> Bristen på nationella avgöranden skulle kunna tyda på två saker. Dels kan det bero på svårigheterna att som leverantör få kännedom om att ett hyresavtal har slutits eller att en förhyrd lokal ska byggas om, dels kan det även tyda på en ovilja bland leverantörer att faktiskt ansöka om överprövning. Eftersom hyresavtalens förhållande till upphandlingsreglerna är komplicerat för alla inblandade parter, kan det kanske anses mer värt att förlora ett visst kontrakt till en konkurrerande entreprenör än att lyfta fram dessa frågor i ljuset. Från en blivande jurists perspektiv är det förstås en tämligen otillfredsställande iakttagelse.

---

<sup>300</sup> Se exempelvis Kammarrätten i Göteborgs dom av den 27 februari 2009 (mål 7477–08).

## Källförteckning

### Litteratur

- Andrecka, Marta, *Institutionalised Public-Private Partnership as a Mixed Contract under the Regime of the New Directive 2014/24/EU*, EPPPL 2014 s. 174 [cit. Andrecka, *Public-Private Partnership*]
- Arrowsmith, Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, vol. 1, 3 uppl., Sweet & Maxwell, London, 2014 [cit. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*]
- Bengtsson, Bertil, Hager Richard & Victorin, Anders, *Hyra och annan nyttjanderätt till fast egendom*, 8 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2013 [cit. Bengtsson m.fl., *Hyra och annan nyttjanderätt*]
- Bernitz, Ulf, Heuman, Lars, Leijonhufvud, Madeleine, Siepel, Peter & Warnling-Nerep, Wiweka, *Finna rätt – juristens källmaterial och metoder*, 12 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2012 [cit. Bernitz m.fl., *Finna rätt*]
- Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, 5 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2014 [cit. Bernitz & Kjellgren, *Europarättens grunder*]
- Björkdahl, Erika P, *Hyra av bostad och lokal*, Iustus Förlag, Uppsala, 2013 [cit. Björkdahl, *Hyra av bostad och lokal*]
- Bovis, Christopher *The Law of EU Public Procurement*, 2 uppl., Oxford University Press, Oxford, 2015 [cit. Bovis, *The Law of EU Public procurement*]
- Brown, Adrian, *The award of a public services contract to a public-private joint venture upon its creation: Mehilainen Oy v Oulun Kaupunki (C-215/09)*, P.P.L.R, 2011, 2, NA70-73 [cit. Brown, *Mehilainen Oy*]
- Caranta, Roberto, *Sustainable Public Procurement in the EU*, Caranta, Roberto & Trybus, Martin (red.), *The Law of Green and Social Procurement in Europe*, European Procurement Law Series vol. 2, DJØF Publishing, Köpenhamn, 2010, s. 15-53 [cit. Caranta, *Sustainable Public Procurement*]
- González Garcia, Julio, *Classic Procurement Procedures: Open, Restricted, Negotiated*, Trybus, Martin, Caranta, Roberto & Edelstam, Gunilla (red.), *EU Public Contract Law, Public Procurement and Beyond*, Administrative Law 15, Bruylant, Bryssel, 2014, s. 59-81 [cit. González Garcia, *Classic Procurement Procedures*]
- Hager, Richard, *Jordägandets frihet och jordabalken*, SvJT 2013 s. 686 [cit. Hager, *Jordägandets frihet*]

- Hellner, Jan, *Rättsteori – en introduktion*, 2 uppl., Juristförlaget, Stockholm, 1994 [cit. Hellner, *Rättsteori*]
- Hettne, Jörgen, *Rättsprinciper som styrmedel* (ak. avh.), Norstedts Juridik, Stockholm, 2008 [cit. Hettne, *Rättsprinciper*]
- Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida, *EU-rättslig metod – teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2011 [cit. Hettne & Otken Eriksson, *EU-rättslig metod*]
- Kleineman, Jan, *Rättsdogmatisk metod*, Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), Juridisk metodlära, Studentlitteratur, Lund, 2013, s. 21–46 [cit. Kleineman, *Rättsdogmatisk metod*]
- Knibbe, Jorren, *Commission v Italy (Case C-412/04): classification of mixed works/services contracts, the treatment of below threshold contracts, and the rules on aggregation of works*, P.P.L.R. 2008, 4, NA135-139 [cit. Knibbe, *Commission v Italy*]
- Lavin, Rune, *Är den förvaltningsrättsliga forskningen rättsdogmatisk?*, FT 1989 s. 115 [cit. Lavin, *Är den förvaltningsrättsliga forskningen rättsdogmatisk?*]
- Lehrberg, Bert, *Praktisk juridisk metod*, 9 uppl., Iusté Aktiebolag, Uppsala, 2016 [cit. Lehrberg, *Praktisk juridisk metod*]
- Lejman, Fritjof, *Svensk rättspraxis – Nyttjanderätt till fast egendom 1978–1982*, SvJT 1985 s. 561 [cit. Lejman, *Nyttjanderätt*]
- Madell, Tom & Indén, Tobias, *Offentlig-privat samverkan – rättsliga förutsättningar och utmaningar*, Skrifter från juridiska institutionen vid Umeå universitet, nr 22, Iustus Förlag, Uppsala, 2010 [cit. Madell & Indén, *Offentlig-privat samverkan*]
- Martin, Jose Maria Fernandez, *Gestion Hotelera Internacional SA v Comunidad Autonoma de Canarias Case C-331/92*, P.P.L.R., 1994, 5, CS202-205 [cit. Martin, *Gestion Hotelera Internacional*]
- McGowan, David, *Consortia member rights and classification of mixed contracts: a note on Club Hotel Loutraki (C-145/08 and C-149/08)*, P.P.L.R. 2010, 5, N174-179 [cit. McGowan, *Club Hotel Loutraki*]
- Olsson, Erik & Lindberg, Olle, *Att vara eller inte vara – är det verkligen frågan? Om befintlighetsbegreppet i LOU:s hyresundantag*, ERT 2015 s. 669 [cit. Olsson & Lindberg, *Befintlighetsbegreppet*]
- Peczenik, Aleksander, *Juridikens allmänna läror*, SvJT 2005 s. 249 [cit. Peczenik, *Juridikens allmänna läror*]

- Peczenik, Aleksander, *Om den förvaltningsrättsliga forskningen och rättsdogmatiken*, FT 1990 s. 41 [cit. Peczenik, *Om den förvaltningsrättsliga forskningen*]
- Pedersen, Kristian & Olsson, Erik, *Upphandlingskrönika – blandade kontrakt*, ERT 2011 s. 615 [cit. Pedersen & Olsson, *Blandade kontrakt*]
- Poulsen, Sune Troels, Jakobsen, Peter Stig & Kalsmose-Hjelmborg, Simon Evers, *EU Public Procurement Law: the Public Sector Directive, the Utilities Directive*, 2 uppl., DJØF Publishing, Köpenhamn, 2012 [cit. Poulsen m.fl., *EU Public Procurement Law*]
- Reichel, Jane, *EU-rättslig metod*, Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), Juridisk metodlära, Studentlitteratur, Lund, 2013, s. 109–140 [cit. Reichel, *EU-rättslig metod*]
- Risvig Hamer, Carina, *The concept of a “public contract” within the meaning of the Public Procurement Directive*, UrT 2016 s. 179 [cit. Risvig Hamer, *The concept of a “public contract”*]
- Rosén Andersson, Helena, Mühlenbock, Eva-Maj, Willquist, Henrik & Piper, Catharina, *Lagen om offentlig upphandling, en kommentar* (30 juni 2014, Zeteo) [cit. Rosén Andersson m.fl., *LOU, en kommentar*]
- Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare – ämne, material, metod och argumentation*, 3 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2015 [cit. Sandgren, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*]
- Sandgren, Claes, *Är rättsdogmatiken dogmatisk?*, TfR 2005 s. 648 [cit. Sandgren, *Är rättsdogmatiken dogmatisk?*]
- Semple, Abby & Andrecka, Marta, *Classification, Conflicts of Interest and Change of Contractor: A Critical Look at the Public Sector Procurement Directive*, EPPPL 2015 s. 171 [cit. Semple & Andrecka, *Classification*]
- Sjödin, Eije, Ekbäck, Peter, Kalbro, Thomas & Norell, Leif, *Markåtkomst och ersättning, för bebyggelse och infrastruktur*, 3 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2011 [cit. Sjödin m.fl., *Markåtkomst och ersättning*]
- Steinicke, Michael & Groesmeyer, Lise, *EU’s Udbudsdirektiver, med kommentarer*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Köpenhamn, 2008 [cit. Steinicke & Groesmeyer, *EU’s Udbudsdirektiver*]
- Sundstrand, Andrea, *Offentliga byggtreprenadkontrakt – odelbara kontrakt och hyresundantaget*, UrT 2015 s. 48 [cit. Sundstrand, *Offentliga byggtreprenadkontrakt*]
- Sundstrand, Andrea, *Offentlig upphandling – en introduktion*, 2 uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013 [cit. Sundstrand, *En introduktion*]

Sundstrand, Andrea, *Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt (ak. avh.)*, Jure Förlag AB, Stockholm, 2012 [cit. Sundstrand, *Primärrättens reglering*]  
Svenska Akademien, *Svenska Akademiens ordlista över svenska språket*, 13 uppl., Norstedts Akademiska Förlag, Stockholm, 2006 [cit. SAOL]  
Trepte, Peter, *Public Procurement in the EU – A Practitioner’s Guide*, 2 uppl. Oxford University Press, Oxford, 2007 [cit. Trepte, *Public Procurement in the EU*]  
Ulfsdotter Forssell, Anna, *Lag (2007:1091) om offentlig upphandling*, Lexino 2013-05-01 [cit. Ulfsdotter Forssell, *LOU*]  
Victorin, Anders, *Kommersiell hyresrätt*, 3 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2003 [cit. Victorin, *Kommersiell hyresrätt*]  
Victorin, Anders & Hager, Richard, *Allmän fastighetsrätt*, 7 uppl., Iustus Förlag, Uppsala, 2015 [cit. Victorin & Hager, *Allmän fastighetsrätt*]  
Warnling-Nerep, Wiweka, *Vad är rätt?*, 2 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2015 [cit. Warnling-Nerep, *Vad är rätt?*]

### *Offentligt tryck*

#### *EU-direktiv*

Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster  
Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG

#### *Kommissionen*

Kommissionens förslag till rådets direktiv avseende samordningen av förfarandet för tilldelning av avtal om offentliga tjänster, KOM (90) 372 slutlig

#### *Propositioner*

Prop. 2006/07:128 Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster  
Prop. 2015/16:195 Nytt regelverk om upphandling

*Rättspraxis m.m.*

*EU-domstolen*

- Dom av den 10 mars 1987, kommissionen/Italien, C-199/85, EU:C:1987:115
- Dom av den 17 november 1993, kommissionen/Spanien, C-71/92, EU:C:1993:890
- Dom av den 19 april 1994, Gestión Hotelera Internacional, C-331/92, EU:C:1994:155
- Dom av den 3 maj 1994, kommissionen/Spanien, C-328/92, EU:C:1994:178
- Dom av den 18 maj 1995, kommissionen/Italien, C-57/94, EU:C:1995:150
- Dom av den 28 mars 1996, kommissionen/Tyskland, C-318/94, EU:C:1996:149
- Dom av den 3 oktober 2000, University of Cambridge, C-380/98, EU:C:2000:529
- Dom av den 12 juli 2001, Ordine degli Architetti m.fl., C-399/98, EU:C:2001:401
- Dom av den 10 april 2003, kommissionen/Tyskland, de förenade målen C-20/01 och C-28/01, EU:C:2003:220
- Dom av den 14 september 2004, kommissionen/Italien, C-385/02, EU:C:2004:522
- Dom av den 14 oktober 2004, kommissionen/Frankrike, C-340/02, EU:C:2004:623
- Dom av den 13 januari 2005, kommissionen/Spanien, C-84/03, EU:C:2005:14
- Dom av den 2 juni 2005, kommissionen/Grekland, C-394/02, EU:C:2005:336
- Dom av den 10 november 2005, kommissionen/Österrike, C-29/04, EU:C:2005:670
- Dom av den 18 januari 2007, Auroux m.fl., C-220/05, EU:C:2007:31
- Dom av den 21 februari 2008, kommissionen/Italien, C-412/04, EU:C:2008:102
- Dom av den 4 juni 2009, kommissionen/Grekland, C-250/07, EU:C:2009:338
- Dom av den 9 juni 2009, kommissionen/Tyskland, C-480/06, EU:C:2009:357
- Dom av den 29 oktober 2009, kommissionen/Tyskland, C-536/07, EU:C:2009:664
- Dom av den 25 mars 2010, Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168
- Dom av den 6 maj 2010, Club Hotel Loutraki m.fl., de förenade målen C-145/08 och C-149/08, EU:C:2010:247
- Dom av den 22 december 2010, Mehiläinen Oy, C-215/09, EU:C:2010:807
- Dom av den 10 juli 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067

*Generaladvokatens förslag*

- Förslag till avgörande av generaladvokaten Kokott i dom Auroux m.fl., C-220/05, EU:C:2006:410
- Förslag till avgörande av generaladvokaten Wahl i dom Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:335

### *Högsta domstolen*

NJA 1949 s. 141

NJA 2001 s. 10

### *Högsta förvaltningsdomstolen*

RÅ 1996 ref. 50

RÅ 2005 ref. 10

### *Kammarrätterna*

Kammarrätten i Göteborgs dom av den 8 oktober 1999 (mål nr 3859–1999)

Kammarrätten i Stockholms dom av den 21 november 2003 (mål nr 6364–03)

Kammarrätten i Göteborgs dom av den 27 februari 2009 (mål 7477–08)

Kammarrätten i Sundsvalls domar av den 24 augusti 2010 (mål nr 395-396–10)

Kammarrätten i Jönköpings dom av den 10 augusti 2015 (mål nr 2844–14)

### *Tillsynsmyndigheter*

NOU:s beslut av den 6 september 2000 (dnr 1999/0188–29)

NOU:s beslut av den 16 november 2006 (dnr 2006/0152–29)

Konkurrensverkets beslut av den 9 september 2009 (dnr 128/2009)

Konkurrensverkets beslut av den 6 oktober 2009 (dnr 613/2008)

Konkurrensverkets beslut av den 3 januari 2011 (dnr 584/2010)

### *Övrigt material*

TED, Tenders Electronic Daily, meddelande om frivillig förhandsinsyn, 2015-07-16, ”<http://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:248977-2015:TEXT:SV:HTML>”, lydelse 2016-12-16.