

PROCESSBESKRIVNING

Till: Sveriges Lärosäten genom Åsa Bergenudd, Lunds Universitet

Från: Annika Andersson och Linnea Aronson, Advokatfirman Lindahl

Datum: Februari 2021

Ang: Upphandlingsfrågor i gränsdragning mellan hyra och byggtreprenader

1 BAKGRUND

Advokatfirman Lindahl har fått i uppdrag att redogöra för det så kallade hyresundantaget i lag (2016:1145) om offentlig upphandling ("LOU") och gränsdragning mot upphandling av byggtreprenader. I denna PM redogörs för två olika sätt att som upphandlande myndighet fullgöra sin upphandlingsplikt enligt LOU när ett hyresavtal även innehåller en upphandlingspliktig byggtreprenad.

I Bilaga 1 till denna PM redogörs för de rättsliga utgångspunkter och några avgöranden som är av betydelse när en upphandlande myndighet avser hyra en lokal som antingen ska uppföras eller anpassas.

Avslutningsvis berörs även frågan om gemensam upphandling mellan flera myndigheter.

2 ALTERNATIV 1: SEPARAT UPPHANDLING AV BYGGTREPRENADEN



2.1 Steg 1 – Ingående av samarbetsavtal

I ett första steg ingår den upphandlande myndigheten och den kommande hyresvärden ett samarbetsavtal som reglerar följande frågor.

- i. Parternas samarbete avseende projektet.
- ii. Förutsättningar för hur upphandlingen av byggtreprenaden ska hanteras, parternas roller samt ansvarsfördelning. Den upphandlande myndigheten handlar upp entreprenaden enligt LOU och är upphandlande myndighet. Hyresvärden kan dock vara behjälplig med framtagande av vissa handlingar och genomförande av upphandlingen som görs i den upphandlande myndighetens namn. Upphandlingsdokumenten utformas med förutsättning att entreprenadkontrakt avseende entreprenaden kommer tecknas direkt mellan hyresvärden och tilldelad entreprenör alternativt att entreprenadkontrakt ingås med upphandlande myndighet och därefter omgående överläts till hyresvärden.
- iii. Förutsättningar för genomförandet av entreprenaden.

- iv. Samarbetsavtalet bör villkoras av att den upphandlande myndigheten och hyresvärden ingår hyresavtal, eventuellt markanvisningsavtal eller fastighetsöverlåtelseavtal samt att entreprenaden uppförs.

2.2 **Steg 2 – Ingående av hyresavtal och eventuellt markanvisningsavtal eller fastighetsöverlåtelseavtal**

I ett andra steg ingår parterna hyresavtal och eventuellt markanvisningsavtal eller fastighetsöverlåtelseavtal. Dessa avtal är inte upphandlingspliktiga i sig, under förutsättning att entreprenaden upphandlas. Dessa avtal bör därför villkoras av att entreprenaden upphandlas enligt LOU.

2.3 **Steg 3 – Genomförande av upphandling avseende byggentreprenaden**

Parterna kan samarbeta kring framtagande av handlingar och genomförande av upphandling av entreprenaden. I upphandlingsdokumenten anges att

entreprenadkontrakt kommer tecknas direkt mellan hyresvärden och tilldelad entreprenör alternativt att entreprenadkontrakt ingås med upphandlande myndighet och därefter omgående överläts till hyresvärden. Beroende på vilken omfattning handlingar som behöver tas fram kan det i sig vara upphandlingspliktigt.

När tilldelningsbeslut har meddelats och avtalsspärren passerats tecknas entreprenadkontrakt direkt mellan hyresvärden och tilldelad entreprenör alternativt mellan tilldelad entreprenör och myndigheten, som därefter överlåter kontraktet till hyresvärden. I samarbetsavtalet finns regleringar som säkerställer att hyresvärden inte gör otillåtna ändringar av entreprenadkontraktet.

2.4 **Steg 4 – Genomförande av entreprenaden och tillträde till hyresobjektet**

Projektering och utförande av entreprenaden. När entreprenaden är godkänd vid slutbesiktning tillträder den upphandlande myndigheten hyresobjektet.

2.5 **Fördelar och risker med upplägget**

En fördel med upplägget är att den upphandlande myndigheten kan välja fritt vem som blir den kommande hyresvärden samt, i förekommande fall, inom vilken fastighet som byggentreprenaden ska uppföras.

Upplägget förutsätter att den kommande hyresvärden accepterar att entreprenören ska upphandlas enligt LOU. Det är därför viktigt att detta klargörs i ett tidigt stadium i projektet, eftersom det annars finns en risk att hyresvärden vill använda sig av de entreprenörer och leverantörer som hyresvärden normalt sett samarbetar med.

Vidare är det viktigt att säkerställa att hyresvärden inte utför upphandlingspliktiga tjänster eller dylikt, utan att parterna står för sina egna kostnader i samband med projektering, framtagande av handlingar och dylikt (se även ovan under punkt 2.3.). Annars finns en risk att upplägget innefattar en otillåten direktupphandling av tjänst. Konkurrensverket har för närvarande tagit upp ett sådant ärende inom ramen för sin tillsynsverksamhet (avdelningen för upphandlingsskadeavgift) för att ta ställning till hur projekteringskostnader ska hanteras inom ramen för den här typen av projekt.

Utöver ovanstående finns även risk att det uppkommer jävsproblematik, för det fall hyresvärden själv eller en entreprenör med nära koppling till hyresvärden skulle vara intresserad av att genomföra byggentreprenaden och vill lämna anbud i upphandlingen.

3 **ALTERNATIV 2: UPPHANDLING AV HYRESVÄRD/PAKETERAD UPPHANDLING**

Framtagande
förfrågningsunderlag
→
**GENOMFÖRANDE
AV UPPHANDLING**

**HYRESAVTAL och
GENOMFÖRANDEAVTAL, etc. ingås**
med upphandlad hyresvärd

Uppförande av
byggentreprenaden →
TILLTRÄDE till hyresobjektet

3.1 Steg 1 – Genomförande av upphandling avseende hyresvärd

I ett inledande skede sker framtagande av förfrågningsunderlag på samma sätt som vid annan typ av upphandling. Upphandling genomförs på sedvanligt sätt. Utkast till hyresavtal och eventuellt markanvisningsavtal eller fastighetsöverlåtelseavtal utgör del av upphandlingsdokumenten i upphandlingen. I upphandlingsdokumenten regleras myndighetens rätt till inflytande vid genomförandet av den kommande byggentreprenaden.

3.2 Steg 2 – Ingående av hyresavtal och eventuellt markanvisningsavtal eller fastighetsöverlåtelseavtal med vinnande anbudsgivare

När upphandlingen har genomförts meddelas tilldelningsbeslut och när avtalsspärren har löpt ut, och om upphandlingen inte blir föremål för överprövning, kan upphandlande myndighet träffa hyresavtal och eventuellt markanvisnings- eller fastighetsöverlåtelseavtal med hyresvärden i enlighet med de avtalsutkast som utgjort del av förfrågningsunderlaget.

3.3 Steg 3 – Genomförande av entreprenaden och tillträde till hyresobjektet

Projektering och utförande av entreprenaden kan genomföras. Eftersom hyresvärden har upphandlats behöver byggentreprenaden inte konkurrensutsättas. När entreprenaden är godkänd vid slutbesiktning tillträder den upphandlande myndigheten hyresobjektet.

3.4 Fördelar och risker med upplägget

En fördel med att konkurrensutsätta projektet i dess helhet är att risken för att upphandlingen kan angripas för att strida mot LOU minimeras, eftersom samtliga delar konkurrensutsätts.

En risk med upplägget är att det skulle kunna begränsa konkurrensen, eftersom en paketerad upphandling ofta innebär att anbudsgivande bolag är ett fastighetsförvaltande bolag som samarbetar med en entreprenör eller ett bolag som både bygger och förvaltar fastigheter. Upplägget bör inte riskera begränsa konkurrensen på ett sådant sätt att det är i strid med LOU, men kan alltså leda till ett lägre antal inkomna anbud i förhållande till en ren byggentreprenadupphandling.

4 NÄR BÖR VILKET UPPLÄGG ANVÄNDAS?

Om diskussioner förts med intressant kommande hyresvärd kan Alternativ 1 enligt ovan (separat upphandling av byggentreprenaden) genomföras. Om det är intressant att konkurrensutsätta hyran och/eller pris för fastighetsöverlåtelse eller om det inte finns någon specifik hyresvärd bör Alternativ 2 (hyresvärdsupphandling) genomföras.

Båda alternativen kan användas vid olika situationer, exempelvis om myndigheten redan har tillgång till relevant fastighet eller om myndigheten behöver att den framtida hyresvärden har en egen fastighet.

Vid bedömning av vilket upplägg som ska användas bör såväl fördelar och risker med respektive upplägg som de projektspecifika förutsättningarna tas i beaktande.

5 OM FASTIGHETSÄGAREN OCH HYRESGÄSTEN ÄR TVÅ OLIKA UPPHANDLANDE MYNDIGHETER – ATT GENOMFÖRA EN GEMENSAM UPPHANDLING

5.1 Rättsliga utgångspunkter angående gemensam upphandling

Upphandlande myndigheter kan samverka med varandra för att genomföra upphandlingar tillsammans, om det rör sig om enstaka gemensamma upphandlingar är det fråga om så kallade tillfälliga samordnade upphandlingar. Det finns inte några särskilda bestämmelser i LOU gällande tillfälliga samordnade upphandlingar som sker mellan upphandlande myndigheter från samma medlemsstat. Därför saknas det också bestämmelser om hur ansvaret ska fördelas mellan de upphandlande myndigheter vid

en tillfälligt samordnad upphandling. I förarbetena till LOU anges det att det inte finns några bestämmelser i lagstiftningen som hindrar tillfälliga samordnade upphandlingar och att det är viktigt att upphandlande myndigheter har en möjlighet att använda sig av sådana tillfälliga samarbeten vid upphandlingar när det anses vara lämpligt.

I artikel 38 i LOU-direktivet som LOU bygger på anges därutöver att när ett upphandlingsförfarande i sin helhet genomförs gemensamt av upphandlande myndigheter för alla upphandlande myndigheters räkning och i deras namn ska de gemensamt ansvara för att fullgöra skyldigheterna i direktivet. Detta gäller också i de fall där en upphandlande myndighet administrerar förfarandet och då agerar för egen och för de andra berörda upphandlande myndigheternas räkning. När ett upphandlingsförfarande inte i sin helhet genomförs för de berörda upphandlande myndigheternas räkning och i deras namn ska de gemensamt endast ansvara för de delar som genomförs gemensamt. Varje upphandlande myndighet ska ensam ansvara för att fullgöra sina skyldigheter enligt LOU-direktivet när det gäller de delar som den genomför för egen räkning och i eget namn.

5.2 Att genomföra en gemensam upphandling i praktiken

Om flera upphandlande myndigheter kan komma att ha ett direkt eller indirekt ekonomiskt intresse av att en byggnad uppförs eller anpassas bör samtliga berörda myndigheter anges som upphandlande myndigheter vid upphandlingen av den aktuella byggtreprenaden. Så kan vara fallet om det till exempel är en upphandlande myndighet som äger fastigheten som byggnaden ska uppföras på och en annan upphandlande myndighet ska hyra byggnaden efter färdigställandet.

Om två eller flera upphandlande myndigheter ska genomföra en gemensam upphandling är det viktigt att samtliga myndigheter anges som upphandlande myndigheter i förfrågningsunderlaget för upphandlingen, för att samtliga myndigheter ska fullgöra sin upphandlingsplikt. I övrigt skiljer sig inte en gemensam upphandling från en upphandling med endast en upphandlande myndighet. Myndigheterna bestämmer på egen hand i vilken utsträckning som respektive myndighet är delaktig i exempelvis framtagandet av handlingar och upphandlingsprocessen i stort.

Som anges ovan är samtliga upphandlande myndigheter ansvariga enligt upphandlingslagstiftningen för de delar som genomförs gemensamt. Det innebär att en ansökan om överprövning, eventuell skadeståndstalan och ansökan om upphandlingsskadeavgift i förekommande fall kommer att riktas mot samtliga upphandlande myndigheter. I en sådan situation är det inte möjligt att som upphandlande myndighet invända att det är någon av de andra myndigheterna som har handlat fel, utan alla myndigheter har samma ansvar.
