

Migrationsverket
601 70 Norrköping

Migrationsverkets upphandling av ombyggnation av förvarsenhet i Åstorp

Beslut

Migrationsverket har brutit mot 7 kap. 1 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) genom att tilldelningen av kontraktet avseende ombyggnationen av förvarsenheten inte har föregåtts av ett annonserat förfarande.

Ärendet

Konkurrensverket inledde i februari 2010 en kartläggning av ett antal upphandlingar av byggtreprenadprojekt. Som ett led i detta arbete inhämtade Konkurrensverket information om Migrationsverkets upphandling av den nya förvarsenheten i Åstorp. Konkurrensverket önskade bl.a. få del av den annons som föregått upphandlingen, förfrågningsunderlaget, tilldelningsbeslutet samt avtal som slutits. Därefter tillställdes Migrationsverket kompletterande frågor där Migrationsverket ombads tydliggöra delar av det svar som inkommit.

Migrationsverket har sammanfattningsvis anfört följande. Migrationsverket fick den 24 september 2009 medgivande från regeringen om att få underteckna förslag till avsiktsförklaring och efterföljande hyreskontrakt avseende ett förvar i Åstorps kommun. Fastigheten, i vilken den nya förvarsenheten i Åstorp planeras, ägs av Brinova Åstorp AB. Brinova Åstorp AB fungerar som huvudentreprenör för hyresgästpassningen åt Migrationsverket. Migrationsverket har för detta ändamål överlämnat ett s.k. lokalprogram gällande förvarsenheten, som kan sägas utgöra verkets beställning av hyresgästpassningen. Detta lokalprogram har tagits fram av ett hyresgästombud som anlitats av Migrationsverket. Hyresgästombudet har även till uppgift att kvalitetssäkra att de hyresgästpassningar som genomförs i fastigheten de facto motsvarar Migrationsverkets behov och önskemål så som de lagts fast i lokalprogrammet. Lokalprogrammet innehåller bl.a. beskrivningar av hur byggnaden ska se ut och verksamhetsrelaterade beskrivningar av lokalens utformning, t.ex. vilka typer av rum som behövs, hur dessa ska utformas och en

Adress 103 85 Stockholm
Besöksadress Torsgatan 11
Telefon 08-700 16 00
Fax 08-24 55 43
konkurrensverket@kkv.se

rad säkerhetskrav som förvarsenheten måste uppfylla. Migrationsverket framhåller att kontraktet mellan Brinova Åstorp AB och Migrationsverket inte utgör en offentlig upphandling av byggentreprenad. Till stöd för denna uppfattning anför Migrationsverket att Brinova Åstorp AB äger fastigheten ifråga och fungerar som huvudentreprenör för byggentreprenaden. Enligt Migrationsverket är det således Brinova Åstorp AB som upphandlar byggentreprenaden, utan Migrationsverkets inblandning. Det är också Brinova Åstorp AB som betalar entreprenörerna för utfört arbete. Migrationsverket betalar endast överenskommen hyra för lokalerna. Om överenskommelsen skulle ha utgjort en offentlig upphandling hade Migrationsverket varit huvudentreprenör, vilket inte är fallet. I övrigt anför Migrationsverket att myndigheten fört samtal med Specialfastigheter AB angående lämpligheten i att låta Specialfastigheter på sikt stå som hyresvärd för samtliga Migrationsverkets förvar. I samband med att Migrationsverket tillträder det i förevarande ärende aktuella hyresobjektet ska Specialfastigheter förvärva aktuell fastighet.

Av handlingarna som inkommit i ärendet framgår bland annat följande.

Av den tidigare överenskommelsen, daterad den 21 juli 2010, som föregick hyresavtalets tecknande framgår att Migrationsverket svarar gentemot Brinova för utlägg och kostnader hänförliga till projekteringen av hyresobjektet. Om projektet (i överenskommelsen benämnt förhyrning av hyresobjektet) upphör ska Migrationsverket mot faktura ersätta nedlagda och upparbetade kostnader samt utlägg i Brinova eller dess koncernbolag hänförliga till projektet och perioden intill att projektet upphör. Därtill svarar Migrationsverket gentemot Brinova för utlägg och kostnader hänförliga till återställande av hyresobjektet till ursprungligt skick före rivningsarbetena.

Hyresavtalet mellan Brinova Åstorp AB och Migrationsverket undertecknades av parterna den 6 oktober 2010. Den 28 september 2010 undertecknades en särskild överenskommelse avseende hyreskontrakt som enligt hyresavtalet utgör en bilaga till hyresavtalet. Av hyresavtalet med tillhörande bilagor framgår att avtalstiden uppgår till tio år, med möjlighet till fem års förlängning. Hyran består av grundhyra, vilken uppgår till 2 016 000 kronor per år exklusive mervärdesskatt, och tilläggshyra, som baseras på i hyreskontraktet av hyresgästen angivna krav på hyresgästanpassning. Vid tiden för tecknandet av hyreskontraktet beräknades den totala kostnaden för hyresgästanpassningen uppgå till 43 500 000 kr, för vilken ett hyrestillägg är bestämt till 6 885 000 kr/år exklusive mervärdesskatt. Hyresvärden ska enligt bilaga till hyreskontraktet iordningsställa förhyrda lokaler enligt hyresgästens krav. Som redovisats ovan beskrivs kraven i Migrationsverkets lokalprogram. Vidare anges att hyresgästen deltar i den projektgrupp som handlägger och beslutar om den projektering som arbetar in hyresgästens krav i de handlingar som utgör underlaget för ombyggnadsarbetena - hyresgästanpassningen. Hyresgästen ska godkänna anpassningsåtgärderna innan arbetena utförs. Av hyresavtalet framgår även att Migrationsverkets hyresandel av lokalen är 100 procent.

Efter att ha beretts tillfälle att yttra sig över Konkurrensverkets utkast till beslut inkom Migrationsverket med ett yttrande den 20 december 2010. Av yttrandet framgår sammanfattningsvis följande. Migrationsverket har inget i sak att erinra mot Konkurrensverkets bedömning, och menar att det kan föreligga svårigheter att avgöra var gränsen går mellan en sedvanlig hyresgäst Anpassning som inte påverkar hyresundantagets tillämplighet och en dylik situation som medför att ett byggtreprenadkontrakt som ska upphandlas enligt LOU anses vara för handen. Avslutningsvis understryks att Migrationsverket framöver kommer att hantera hyresavtal som kräver omfattande hyresgäst Anpassningar som byggtreprenadkontrakt som ska upphandlas enligt reglerna i LOU.

Skäl

Rättsläget

LOU bygger i huvudsak på EU-direktiv.¹ EU har genom dessa direktiv infört gemensamma bestämmelser om offentlig upphandling inom unionens hela inre marknad. Upphandlingslagstiftningen ska tolkas och tillämpas i enlighet med direktivens syfte och lydelse samt EU-domstolens praxis. Även de grundläggande principerna² som härrör från EUF-fördraget ska iakttas vid upphandlingar.

LOU ska enligt 1 kap. 2 § tillämpas när en upphandlande myndighet vidtar åtgärder i syfte att tilldela ett kontrakt avseende varor, tjänster, byggtreprenader eller byggkoncessioner. Enligt 2 kap. 10 § LOU avses med kontrakt ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som i) sluts mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer, ii) avser utförande av byggtreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster, och iii) undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur.

Tecknande av offentliga kontrakt ska som huvudregel föregås av en annonsering (7 kap. 1 § LOU). Vid offentlig upphandling som överstiger ett visst tröskelvärde ska upphandlingen handläggas enligt de direktivstyrda delarna i LOU och annonseras i Europeiska unionens tidning (EUT) genom databasen Tenders Electronic Daily (TED). Tröskelvärdet för upphandling av byggtreprenader för statliga myndigheter var 47 778 869 kr mellan åren 2008 - 2010.³ Värdet av ett kontrakt ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats (3 kap. 3 § LOU).

¹ Bl.a. direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.

² Bl.a. likabehandlingsprincipen (inkl. principen om icke-diskriminering), principen om ömsesidigt erkännande, proportionalitetsprincipen och transparensprincipen.

³ Se Tillkännagivande (2008:32) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

Begreppet byggentreprenadkontrakt i samband med offentlig upphandling ska tolkas vidsträckt och på så sätt att direktivens ändamålsenliga verkan säkerställs.⁴ Det innebär att den rättsliga klassificering som görs av parter i ett avtal, inte är av avgörande betydelse.⁵ Vid bedömningen av huruvida ett kontrakt ska anses utgöra ett offentligt byggentreprenadkontrakt eller en annan typ av kontrakt ska kontraktets huvudsakliga syfte fastställas.⁶

Ett byggentreprenadkontrakt utgör enligt 2 kap. 3 § LOU ett kontrakt som avser utförande, eller både projektering och utförande, av ett arbete som kan hänföras till någon av de i bilaga 1 till lagen angivna verksamheterna, eller medföra att ett byggnadsverk⁷ realiseras, oavsett hur kontraktet utformas, enligt krav som ställs av den upphandlande myndigheten. För att den upphandlande myndigheten ska anses ha specificerat sina behov i den mening som anges i bestämmelsen krävs att myndigheten har vidtagit åtgärder för att specificera byggentreprenaden eller åtminstone ha utövat ett bestämmande inflytande över dess projektering.⁸ Konkurrensverket och Nämnden för offentlig upphandling har tidigare uttryckt att uppförandet av en byggnad efter beställarens riktlinjer är att anse som en byggentreprenad.⁹

Enligt EU-domstolens praxis krävs vidare för att det ska vara fråga om ett byggentreprenadkontrakt att den upphandlande myndigheten erhåller en prestation mot vederlag i enlighet med detta kontrakt. Prestationen ska vara av direkt ekonomiskt intresse för den upphandlande myndigheten. Ett sådant ekonomiskt intresse föreligger bl.a. när den upphandlande myndigheten på rättslig grund garanteras tillgång till de anläggningar som är föremål för kontraktet för att använda dem för offentliga ändamål, eller i de risker som myndigheten står för det fall att byggentreprenaden blir ett ekonomiskt misslyckande.¹⁰

Enligt 1 kap. 6 § p 1 LOU omfattas inte kontrakt som avser hyresrätt, förvärv av fastighet eller någon annan rättighet till fastighet av upphandlingsreglerna. Motsvarande bestämmelse finns i artikel 16 i direktiv 2004/18/EG. Mot bakgrund av lydelsen i bestämmelserna om hyresundantaget i LOU respektive direktivet kan undantaget i regel endast omfatta befintliga byggnader. I prop. 2006/07:128 anges att det är oklart vad som i artikel 16 i direktivet avses med undantaget för befintliga byggnader. Vidare anges att det faktum att uttrycket "befintlig byggnad"

⁴ EU-domstolens dom i mål C-399/98 *Ordine degli Architetti m.fl.* p 52.

⁵ EU-domstolens dom i mål C-536/07 *Kommissionen mot Tyskland* p 54. Se även EU-domstolens dom i mål C-399/98 *Ordine degli Architetti m.fl.* p 63-75.

⁶ EU-domstolens dom i mål C-536/07 *Kommissionen mot Tyskland* p 57.

⁷ Med byggnadsverk avses det samlade resultatet av bygg- och anläggningsarbeten, om resultatet självständigt kan fullgöra en teknisk eller ekonomisk funktion, se 2 kap. 3 § LOU.

⁸ EU-domstolens dom i mål C-451/08 *Helmut Müller* p 67.

⁹ Se Konkurrensverket dnr 128/2009 och 613/2008 samt NOU dnr 1999/0188-29.

¹⁰ EU-domstolens dom i mål C-451/08 *Helmut Müller* p 48, 51-52.

används syftar till att klargöra att undantaget inte omfattar byggentreprenadkontrakt.¹¹

Undantag från skyldigheten att följa unionsrättens bestämmelser om offentlig upphandling ska enligt EU-domstolens praxis tolkas restriktivt. Den som åberopar en undantagsbestämmelse har bevisbördan för att det verkligen föreligger sådana omständigheter som motiverar att undantagsbestämmelsen kan tillämpas.¹²

Bedömning

Migrationsverket är en upphandlande myndighet enligt 2 kap. 19 § LOU och ska följa regelverket vid tilldelande av kontrakt avseende bl.a. byggentreprenader. Migrationsverket har ingått ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor med en leverantör, dvs. Brinova Åstorp AB som är undertecknat av båda parter. Detta avtal är därmed ett kontrakt i LOU: s mening. Ett sådant kontrakt omfattas av upphandlingslagstiftningen och ska som huvudregel tilldelas i enlighet med de i LOU angivna förfaranderegler.

Fråga uppkommer om det ifrågavarande kontraktet är att anse som ett byggentreprenadkontrakt som i enlighet med 2 kap. 3 § LOU ska föregås av en offentlig upphandling. Vid en sådan bedömning är det inte av avgörande betydelse hur parterna själva har valt att benämna kontraktet, utan kontraktets huvudsakliga föremål och syfte.

Ett av kriterierna vid bedömningen av huruvida ett kontrakt utgör ett byggentreprenadkontrakt är att aktuella arbeten utförs enligt krav som uppställts av den upphandlande myndigheten. Utredningen i aktuellt ärende visar att Migrationsverket deltagit aktivt i projekteringen av arbetena och att dessa arbeten utförs enligt Migrationsverkets krav och anvisningar, vilka specificerats genom lokalprogrammet. Enligt Konkurrensverkets mening är det därmed tydligt att arbetena ska täcka ett behov som Migrationsverket specificerat och att dessa arbeten genomförs efter Migrationsverkets krav och anvisningar. Det är också klarlagt att Migrationsverket står kostnaden för arbetena. Av hyresavtalet med tillhörande bilagor framgår vidare att den del av hyran som avser ersättning för hyresgästpassningen (6 885 000 kr/år) är betydligt högre än den del som rör grundhyran (2 016 000 kr/år).

¹¹ Prop. 2006/07:128 s. 290-291.

¹² Se bl.a. EU-domstolens dom i de förenade målen C-20/01 och C-28/01 *Kommissionen mot Tyskland* p 58.

Vidare erhåller Migrationsverket en prestation mot vederlag i enlighet med det avtal som myndigheten ingått med Brinova Åstorp AB, dvs. Migrationsverket erhåller ombyggnation som betalas genom hyra. Migrationsverket ska enligt överenskommelsen ersätta Brinova Åstorp AB för nedlagda kostnader för det fall projektet upphör, och bär därmed den ekonomiska risken. Migrationsverket garanteras också genom hyreskontraktet på rättslig grund tillgång till de lokaler som är föremål för kontraktet för att använda dem i sin verksamhet. Enligt Konkurrensverkets bedömning har Migrationsverket således ett direkt ekonomiskt intresse av aktuell prestation.

Vad gäller hyresundantaget i 1 kap. 6 § p 1 LOU kan följande konstateras. Undantaget kan i och för sig åberopas i de fall det är fråga om uppförande av byggnader som vem som helst kan tänkas hyra. Däremot är det, liksom vid befintliga byggnader, fråga om en byggentreprenad i de fall uppförandet sker i enlighet med en upphandlande myndighets anvisningar och riktlinjer, vilket blir särskilt tydligt då byggnaderna är av speciell karaktär. Att förvarsheter har en speciell karaktär och att dess alternativa användningsområden är få framgår tydligt av det lokalprogram som ligger till grund för hyresgäst Anpassningen och som bl.a. anger vilka säkerhetskrav som måste ställas på lokalerna. Andra potentiella hyresgäster finns knappast utan att omfattande ombyggnadsarbeten måste genomföras. Detta framgår tydligt av den överenskommelse som Migrationsverket och Brinova Åstorp AB träffat, enligt vilken Migrationsverket ska ersätta Brinova för kostnader hänförliga till återställande av hyresobjektet till ursprungligt skick i det fall aktuellt projekt upphör. Hyresundantaget är därför enligt Konkurrensverkets bedömning inte tillämpligt i detta ärende.

Vid en sammantagen bedömning finner Konkurrensverket att kontraktet mellan Migrationsverket och Brinova Åstorp AB är ett byggentreprenadkontrakt. Tecknandet av kontraktet skulle därmed ha föregåtts av en offentlig upphandling i enlighet med förfarandereglerna i LOU. Då värdet för kontraktet (133 515 000 kr) överstiger aktuellt tröskelvärde (47 778 869 kr) borde upphandlingen även ha annonserats i EUT. Migrationsverkets upphandling av förvarsheten i Åstorp är således enligt Konkurrensverkets bedömning en otillåten direktupphandling. Vad Migrationsverket anfört i övrigt föranleder ingen annan bedömning.

Konkurrensverket vill vidare informera om följande. I det fall en upphandlande myndighet har genomfört en otillåten direktupphandling får Konkurrensverket enligt 17 kap. 2 § LOU ansöka hos allmän förvaltningsdomstol om att den upphandlande myndigheten ska betala en upphandlingsskadeavgift. Konkurrensverket kan ansöka om upphandlingsskadeavgift först sex månader efter det att tidsfristen gått ut för leverantörer att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet. Reglerna om upphandlingsskadeavgift gäller för upphandlingar som påbörjats den 15 juli 2010 eller senare. När det gäller en otillåten direktupphandling anses denna påbörjad när ett avtal har slutits utan att upphandlingen har annonserats enligt bestämmelserna i LOU, om inte myndigheten kan visa att ett upphand-

lingsförfarande enligt lagen rent faktiskt har påbörjats vid en tidigare tidpunkt (prop. 2009/10:180 s. 310). Den otillåtna direktupphandlingen avseende ombyggnationen av förvarsenheten får i enlighet med vad som framkommit i ärendet anses påbörjad den 6 oktober 2010 då hyreskontraktet avseende förvarsenheten tecknades. Det kan konstateras att den tidigaste tidpunkt då Konkurrensverket har möjlighet att ansöka om upphandlingsskadeavgift således är den 6 april 2011 enligt 17 kap. 7 § LOU.

Detta beslut har fattats av generaldirektören. Föredragande har varit Helena Henriksson.

Dan Sjöblom

Helena Henriksson

Kopia till
Justitiedepartementet
Integrations- och jämställdhetsdepartementet
Näringsdepartementet
Socialdepartementet

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats