

Michael Slavicek
Telefon 08 - 454 48 51 eller 031-10 50 75

Datum
2000-09-06
Ert datum

Vår beteckning
1999/0188-29
Er beteckning

Polismyndigheten i Hässleholm
Box 295
281 23 HÄSSLEHOLM

Fråga om polismyndighetens anskaffning av lokaler i Hässleholm utgör ett hyreskontrakt eller borde ha upphandlats som en byggentreprenad

Nämnden för offentlig upphandling, NOU, utövar tillsyn över den offentliga upphandlingen enligt 7 kap. 9 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU).

NOU har fått uppgift om att NCC har fått i uppdrag att bygga ett polishus i Hässleholm för 22 miljoner kronor. Beställare uppgavs vara Länsförsäkringar i Göinge som hade för avsikt att hyra ut lokalerna till polismyndigheten. NOU har därför tillskrivit Polismyndigheten i Hässleholm för att utreda de faktiska omständigheterna. NOU frågade om den aktuella byggnation hade upphandlats enligt reglerna i LOU och, om så inte varit fallet, ange de skäl som Polismyndigheten haft för att anse att en upphandling enligt LOU inte var erforderlig.

Polismyndigheten i Hässleholm har i skrivelserna den 24 november 1999 och den 20 juni 2000 anfört i huvudsak följande. Polismyndigheten, som på grund av omorganisation aktivt har sökt efter nya lokaler, har kontaktats av Länsförsäkringar i Göinge. Länsförsäkringar hade byggt ett kontorshus i Hässleholm och hade av kommunen fått byggrätt till ett liknande kontorshus på en närbelägen tomt. Försäkringsbolagets förfrågan till polismyndigheten var om myndigheten var intresserad av att hyra lokaler i den kontorsbyggnad den hade rätt att bygga. Försäkringsbolaget presenterade ritningar på byggnaden och erbjöd polismyndigheten att få sedvanliga hyresgästanpassningar av de lokaler i byggnaden, som polismyndigheten var intresserad av. Polismyndigheten inledde då förhandlingar om ytbehov, hyresgästanpassning och villkor i ett kommande hyresavtal. Länsförsäkringars upphandling av byggentreprenaden av den huskropp som nu är under byggnation och i vilken polismyndigheten skall hyra pågick parallellt med hyresförhandlingarna. Sista anbudsdagen var den 7 juni 1999 och hyresavtalet undertecknades av polismyndigheten den 4 juni och av hyresvärden den 9 juni 1999. Polismyndigheten skall enligt hyresavtalet disponera en kontorsyta på 2 200 kvadratmeter och 425 kvadratmeter garageyta. Polismyndigheten avser vidare att inledningsvis hyra även en lokal i byggnadens bottenplan för att använda som cykelförråd för upphittade cyklar. När polismyndighetens behov av denna lokal upphör skall hyresvärd och hyresgäst

Michael Slavicek/99-188y

Postadress
Box 2012
103 11 STOCKHOLM

Besöksadress
Norra Riddarholmshamnen 1
Stockholm
<http://www.nou.se>

Telefon (växel)
08 - 454 44 40

Telefax
08 - 791 72 81

E-post: registrator.nou@nou.se

Michael Slavicek

gemensamt verka för att lokalen hyrs ut till annan hyresgäst för butiksändamål. Hela översta våningsplanet om ca 500 kvadratmeter är avskilt från polismyndighetens verksamhet och avsett att uthyras till en annan hyresgäst. Lokalerna står i dagsläget tomma och arbete med att finna en hyresgäst pågår. Det hyresavtal som polismyndigheten i juni 1999 tecknat är på sex år. I avtalet finns en skyldighet för polismyndigheten att vid avflyttning återställa fyra arrester och vapenrum till motsvarande standard som förrådsutrymme. Därutöver skall polismyndigheten demontera och bortföra en receptionsdisk. Byggnationen har inte upphandlats enligt reglerna i LOU. Polismyndigheten har betraktat transaktionen som en vanlig uthyrning av kontorslokaler och därmed föremål för undantag enligt 5 kap. 1 § LOU. Lokalerna som polismyndigheten kommer att hyra utgör endast en del av byggnaden och byggnaden hade inte utförts efter myndighetens riktlinjer i högre grad än en sedvanlig hyresgäst Anpassning av kommersiella lokaler. Lokalerna har inte den speciella karaktär som värmeverk, skola, sjukhus, brandstation eller liknande. Den enda speciella anpassningen av lokalerna är fyra arrester, rastgård och ett rum för vapenförvaring. Reception och receptionsdisk är inte av så speciell karaktär. Polismyndighetens återställningsskyldighet innebär att lokalerna efter myndighetens eventuella avflyttning inte har någon speciell karaktär utan kan hyras till vem som helst som kommersiell kontorsyta.

NOU:s bedömning

Anledningen till NOU:s förfrågan var att LOU kunde vara tillämplig på transaktionen. Polismyndigheten är en upphandlande enhet enligt LOU och transaktionen kunde ha omfattats av reglerna om byggentreprenad. De överväganden som gjorts framgår av bifogad föredragningspromemoria.

NOU anser vid en sammantagen bedömning att det inte är visat att anskaffningen av myndighetens lokaler i Hässleholm omfattas av definitionen av byggentreprenad enligt direktivet 93/37/EEG. Någon anledning att anta att polismyndigheten haft för avsikt att "på vilket sätt som helst" låta uppföra en byggnad som uppfyller myndighetens krav har inte kommit fram.

NOU anser dock inte att transaktionen omfattas av undantaget för uthyrning, eftersom uthyrningen inte avsåg en befintlig byggnad. Polismyndigheten synes dock inte haft för avsikt att kringgå bestämmelserna i LOU. Med hänsyn härtill och med beaktande av reglernas komplexitet och den inte helt fullständiga införlivningen av de aktuella direktivbestämmelserna i svensk rätt (att undantaget endast gäller hyra av lokaler i en befintlig byggnad) finner NOU det tillfyller att för Polismyndigheten i Hässleholm påpeka att det åberopade undantaget i 5 kap. 1 § LOU avser endast befintliga byggnader. NOU utgår ifrån att Polismyndigheten i sina kommande anskaffningar beaktar vad som anförs i detta yttrande.

Datum
2000-09-06Vår beteckning
1999/0188-29

Michael Slavicek

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats av chefjuristen Hans Sylvén efter föredragning av kammarrättsassessorn Michael Slavicek.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Hans Sylvén

Michael Slavicek

Bilaga:

Föredragningspromemorian i ärendet

Michael Slavicek

Föredragningspromemoria angående polismyndighetens anskaffning av lokaler i Hässleholm

Rättsläget

LOU införlivar med svensk rätt bl. a. reglerna om offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten och upphandling av tjänster.¹ En upphandlande enhets upphandling av kontrakt om bygg- och anläggningsarbeten skall styras av reglerna i 3 kap. eller vid värde under tröskelvärdena av 6 kap. LOU.² Det är först när en tillämpning av reglerna om upphandling enligt 3 kap. (och rimligen även byggtreprenad under tröskelvärdena enligt 6 kap.)³ kan uteslutas, som reglerna om upphandling av tjänster i 5 kap. kan bli tillämpliga.⁴ Undantagsreglerna i 5 kap. 1 § LOU har således enligt NOU:s mening sin huvudsakliga giltighet för en gränsdragning mellan tjänster som omfattas, respektive inte omfattas av regelverket och kan inte utgöra en utgångspunkt för en uteslutning av reglerna om byggtreprenad.

NOU återger i det följande delar av ett yttrande till Kammarrätten i Göteborg för att bättre klargöra de olika begreppens innebörd.⁵ I yttrandet anges följande:

Begreppet byggtreprenad definieras i 1 kap. 5 § LOU: "utförande eller både projektering och utförande av ett arbete, som kan hänföras till en verksamhet som anges i bilaga C i bilagan till denna lag, eller byggnads- eller anläggningsarbete i sin helhet, vars resultat självständigt kan fullgöra en teknisk och ekonomisk funktion." Den bakomliggande bestämmelsen i direktiv 93/37/EEG, art. 1 (a) lyder i engelsk version: "public works contracts are contracts for pecuniary interest concluded in writing between a contractor and a contracting authority as defined in (b), which have as their object either the execution, or both the execution and design, of works related to one of the

¹ Rådets direktiv 93/37/EEG (EGT L 199/54) av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten, 92/50/EEG (EGT L 209/1) av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster och Europaparlamentets och Rådets direktiv 97/52/EG av den 13 oktober 1997 om ändring av direktiven 92/50/EEG, 93/36/EEG och 93/37/EEG om samordning av förfarandena vid tilldelning av kontrakt vid offentlig upphandling av tjänster, varor samt bygg- och anläggningsarbeten samt vidare Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten.

² Beroende på om kontraktets värde överstiger eller understiger de i 3 kap. LOU angivna tröskelvärdena.

³ Definitionen av byggtreprenad i 1 kap. 5 § LOU är gemensam för hela lagen.

⁴ 5 kap. 1 § Detta kapitel gäller upphandling av tjänster av det slag som anges i avdelning A i bilaga till denna lag om tjänsterna inte omfattas av bestämmelserna i 2 och 3 kap. I fråga om upphandling av tjänster som avses i avdelning A i bilagan och som görs för verksamheter som avses i 4 kap. 1 § första stycket tillämpas dock endast andra stycket denna paragraf samt 2 §, 3 § andra stycket, 4 § tredje stycket, 5 § första stycket, 7, 9, 10 och 25 §§ detta kapitel. Vid upphandling av tjänster som avses i avdelning B i bilagan till denna lag tillämpas 6 kap.

⁵ Kamarrätten i Göteborg, dom den 8 oktober 1999 i mål nr 3859-1999. Beslut om utformningen av NOU:s yttrande togs vid nämndsammanträde den 26 augusti 1999.

Michael Slavicek

activities referred to in Annex II or a work defined in (c) below, or the execution, by whatever means, of a work corresponding to the requirements specified by the contracting authority;" (Artikelbestämmelsen inkluderar således även definitionen av upphandlingskontrakt enligt samma paragraf.)

Definitionen i 1 kap. 5 § LOU står, som tidigare påtalats av NOU (se NOU-info, sammanställningen 96 sid. 37), inte helt i överensstämmelse med ordalydelsen i den citerade artikelbestämmelsen, som inkluderar avtal som har till syfte att på vilket sätt som helst genomföra ett bygg- eller anläggningsarbete som uppfyller den upphandlande enhetens krav.

Definitionen av bygg och anläggningsarbeten i byggdirektivet har vidgats i förhållande till föregående versioner. Den del av definitionen som inte införlivats i LOU återfanns inte heller i det första byggdirektivet 71/305/EEG, utan togs först in i direktiv 89/440/EEG. I ingressen till det senare direktivet angavs att "Innebörden av offentliga bygg- och anläggningsarbeten bör anges tydligt, så att man i synnerhet tar hänsyn till nya former av sådana kontrakt,....." (punkt 8).

EG-kommissionen har i sin Guide to the Community rules on public works contracts från 1997 (sid. 12) (som Kommissionen själv anger inte ha "legal value" och inte nödvändigtvis representerar dess officiella ståndpunkt) uppgett att utvidgningen av definitionen och särskilt den del som inte införts i LOU har klargjort att alla bygg- och anläggningsarbeten, oavsett om de åtföljs av andra uppgifter, är byggentreprenader. Tillämpningsområdet för direktivet är det största möjliga ("as wide as possible") i syfte att fånga in hela det spektrum av kontraktsförhållanden som skulle kunna övervägas av upphandlande enheter för att tillgodose dessa särskilda behov. Vidare anges att köp av existerande byggnad faller utanför tillämpningsområdet om inte byggnaden uppförts i enlighet med den upphandlande enhetens krav och denne förbundit sig att köpa byggnaden efter uppförandet. Likaså faller ren förhyrning av byggnad utanför om ingen koppling finns till uppförande eller till ett köpavtal.⁶

Ordalydelsen av undantagsbestämmelsen i lagens 5 kap. 1 § är inte heller helt överensstämmande med EG-direktivet, då bestämmelsen inte begränsar undantaget till befintliga byggnader.⁷ Bestämmelsen återfinns i art. 1 (a) (iii)

⁶ Jfr. även Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Sweet and Maxwell, London 1996, sid. 129. Sue Arrowsmith menar att definitionen (av byggentreprenad) avser att inkludera även sådana situationer, där en leverantör för en upphandlande enhets räkning låter någon uppföra en byggnad på mark som inte ägs av enheten och förbinder sig att överlåta eller hyra ut marken och byggnaden till enheten vid ett senare tillfälle. Bestämmelsen gäller endast i de fall byggnaden uppförs enligt enhetens anvisningar. Den gäller t. ex. inte i ett fall då en upphandlande enhet köper mark med byggnader på villkor att investeringar skall göras i upprustning av byggnaderna utan specificering beträffande upprustningen.

⁷ Enligt 5 kap. 1 §, 2 st, 1 p. LOU undantas från bestämmelserna i 5 kap. LOU "anskaffning av eller nyttjanderätt i vad form som helst till fastighet, byggnad eller annan egendom som utgör fast egendom eller tillbehör till fastighet eller byggnad eller rättigheter av nu nämnt slag". Den

Michael Slavicek

direktivet 92/50/EEG som utgör direktivets avdelning I. Direktivets lydelse måste därför enligt NOU:s mening äga företräde framför motsvarande bestämmelse i LOU.⁸

NOU har i det ovannämnda yttrandet till kammarrätten angivit även följande:

NOU har i sitt nyhetsbrev (NOU info okt -97 sid. 6) framhållit att definitionen avser att klarlägga att alla kontrakt som gäller utförande av ett bygg- eller anläggningsarbete, oavsett om de kombineras med andra uppgifter eller ej, är byggtreprenadkontrakt⁹ och vidare att en upphandlande enhet inte kan genom olika "arrangemang" (t.ex. genom uppdrag åt konsult/ombud att sköta upphandlingen m. fl. uppgifter och sluta avtal med en entreprenör) frångå sig ansvaret för att upphandlingen genomförs enligt gällande regler. Vidare täcker definitionen även vissa kontrakt som ibland betecknas som "utvecklingskontrakt", dvs. då en entreprenör bygger på mark som inte ägs av den upphandlande enheten och sedan säljer eller hyr ut marken inklusive byggnad till den upphandlande enheten. Sådana kontrakt omfattas dock endast om byggnaden uppförs enligt den upphandlande enhetens specifikationer eller krav.

NOU vill vidare göra följande förtydligande av uttalandet i NOU:s nyhetsbrev (NOU info sept. -93 -- dec. -95 sid. 49). Uttalandet gäller gränsdragningen mellan undantaget i 5 kap. 1 § LOU beträffande köp och hyra av fastighet å ena sidan och entreprenad å andra sidan: "Undantaget i 5 kap. 1 § LOU avser endast färdiga byggnader. Däremot är uppförandet av en byggnad efter beställarens riktlinjer att anse som en entreprenad. Detta blir särskilt tydligt när byggnaden blir av speciell karaktär såsom värmekraftverk, skola, sjukhus, brandstation eller liknande. Är det däremot fråga om byggnader som vem som helst kan tänkas köpa och som inte planerats för den upphandlande enheten kan sannolikt undantaget användas redan under byggnationen."¹⁰ NOU avsåg med uttalandet att ange att byggnader med sådan speciell karaktär som de angivna får presumeras vara planerade för den upphandlande enhetens räkning. Avsikten var inte att ange att enbart sådana byggnader som en upphandlande enhet är ålagd att tillhandahålla skulle falla utanför undantagsbestämmelsens tillämpningsområde. Även uppförandet av byggnader som har ett allmänt intresse såtillvida att även andra skulle kunna tänkas köpa dem, skall enligt NOU:s mening upphandlas enligt LOU under förutsättning att de planerats för den upphandlande enheten eller uppförts enligt enhetens krav.

Kammarrätten i Göteborg har i dom den 8 oktober 1999 i mål nr 3859-1999 i stort sett helt godtagit resonemanget i NOU:s yttrande. Kammarrätten ansåg att

bakomliggande bestämmelsen i tjänstedirektivet, art. 1 (a) (iii) gör undantag för "contracts for the acquisition or rental, by whatever financial means, of land, existing buildings, or other immovable property" . Den svenska direktivtexten anger att undantaget avser befintliga byggnader.

⁸ Regeringsrätten har tidigare förklarat en bestämmelse i ett direktiv inom området offentlig upphandling äga företräde framför motsvarande bestämmelse i LOU vid felaktig införlivning (RÅ 1996 ref. 50).

⁹ Med detta avser NOU även kontrakt om byggkoncession.

¹⁰ I det då bedömda fallet fanns det inte någon påbörjad byggnation.

Michael Slavicek

definitionen av byggtreprenad i 1 kap. 5 § LOU inte ordagrant återger samtliga de situationer som återfinns i den bakomliggande bestämmelsen i art. 1 (a) i byggdirektivet (93/37/EEG), som inkluderar även "the execution, *by whatever means*, of a work corresponding to the requirements specified by the contracting authority;" Bestämmelsen torde dock med hänvisning till en dom från EG-domstolen¹¹ ha direkt effekt. Den i målet aktuella byggnationen av en simhall ansågs därför omfattas av reglerna i 3 kap. LOU. Med hänsyn till att definitionen av byggtreprenad i 1 kap. 5 § LOU är gemensam för 3 kap. och 6 kap. i LOU, ansågs byggnationen omfattas av LOU även om dess värde skulle beräknas understiga tröskelvärdet. Byggnationen skulle följaktligen ha upphandlats enligt bestämmelserna i LOU, med hänsyn framför allt till att finansieringen skulle ske till största delen med kommunala medel och att en slutlig äganderättsövergång till kommunen var avgörande för affären.

Förslag till beslut och motivering

Vid en sammantagen bedömning av det som polismyndigheten angivit anser NOU det inte är visat att anskaffningen av myndighetens lokaler i Hässleholm omfattas av definitionen av byggtreprenad enligt direktivet 93/37/EEG. Någon anledning att anta att polismyndigheten haft för avsikt att "på vilket sätt som helst" låta uppföra en byggnad som uppfyller myndighetens krav har inte kommit fram. NOU beaktar att polismyndigheten inte hyr hela byggnaden och den aktuella huskroppen synes inte ha planerats särskilt för polismyndighetens behov. De projekterade lokalerna uppges inte heller ha anpassats till polismyndighetens behov i sådan utsträckning att byggnaden kan anses ha uppförts enligt myndighetens krav. Det kan därför antas att polismyndigheten haft för avsikt att sluta ett rent hyresavtal med lämplig hyresvärd utan någon koppling till avtal av byggtreprenad. Ett sådant avtal som avser uthyrning av lokaler i en redan befintlig byggnad, utgör köp av sådan tjänst som enligt 5 kap. 1 § LOU är undantagen från lagens tillämpning.¹²

Polismyndigheten har slutit avtal om anskaffning av den aktuella tjänsten innan det funnits en befintlig byggnad. Tjänsten kan därför inte anses utesluten från LOU:s tillämpning. NOU anser dock att Polismyndigheten inte haft för avsikt att kringgå bestämmelserna i LOU. Med hänsyn härtill och mot bakgrund av den inte helt fullständiga införlivningen av de aktuella direktivbestämmelserna i svensk rätt finner NOU inte anledning att rikta någon kritik mot hanteringen.

¹¹ C-76/97, Walter Tögel mot Niederösterreichische Gebietskrankenkasse, REG 1998 sid. 5357, (se *NOU info oktober -98*)

¹² Även på denna punkt är LOU:s utformning mindre lyckad, då paragrafen uttryckligen undantar "anskaffning av eller nyttjanderätt i vad form som helst till fastighet, byggnad eller annan egendom....." endast från tillämpningen av reglerna i 5 kap. Undantaget gäller dock enligt Regeringsrättens dom den 4 mars 1998 i mål 164-1995 även 6 kap. LOU.