

Kriminalvårdsverket
601 80 NORRKÖPING

Kriminalvårdens uppgivna avtal med Brinova Nova 173 angående en ny kriminalvårdsanstalt i Östersund

NOU:s ställningstagande

Transaktionen avseende den nya kriminalvårdsanstalten i Östersund omfattas av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). Kriminalvårdsverket skall handlägga upphandlingen enligt reglerna om byggtreprenader i 3 kap. LOU såvida inte verket kan visa att undantagsregeln i 1 kap. 3 § andra stycket LOU är tillämpligt, i vilket fall istället reglerna i 6 kap. nämnda lag skall iaktas. Endast i den mån regeringen skulle bevilja Kriminalvårdsverket undantag enligt 6 kap. 17 § LOU kan verket göra avsteg från dessa regler.

Skäl

1. *Sakomständigheter*

1.1. Nämnden för offentlig upphandling (NOU) utövar tillsyn över den offentliga upphandlingen enligt 7 kap. 9 § LOU.

1.2. NOU tog i september månad 2006 del av uppgifter i Östersundsposten om ett kommande avtal mellan Kriminalvårdsverket och Brinova Nova 173 angående en ny kriminalvårdsanstalt i Östersund. I tidningsartiklarna framgick bl.a. att LOU inte skulle tillämpas vid tilldelning av kontraktet rörande den planerade nya kriminalvårdsanstalten. Kostnaderna för att uppföra denna kriminalvårdsanstalt beräknades enligt tidningsuppgifterna till ca 400 miljoner kronor. Uppgifterna föranledde NOU att påbörja en utredning av de faktiska förhållandena.

1.3. Kriminalvårdsverket har efter förelägganden från NOU inkommit med skriftliga redogörelser rörande sakomständigheterna kring uppförandet av den

nya kriminalvårdsanstalten. Kriminalvårdsverket har sammanfattningsvis uppgett följande. Kriminalvården får inte äga fastigheter utan är hänvisad till att tillgodose sitt behov av ändamålsenliga lokaler genom hyresavtal. I de fall avtal om lokalhyra omfattar längre tid än sex år har Kriminalvården att lämna hyresavtalen till regeringen för godkännande. Kriminalvården befann sig hösten 2004 och befinner sig alltjämt i en mycket svår beläggningssituation. Kriminalvårdens planering av en anstalt i Östersund har skett med utgångspunkt från vad som anges i den av riksdagen antagna propositionen Vårt framtida försvar (prop. 2004/05:5). Av skyndsamhetsskäl diskuterades i första hand en förhyrning av lokaler som försvarsmakten stod i begrepp att lämna. Sådana alternativ visade sig dock inte möjliga. Kvar stod att söka mark för en ny anläggning. Lokaliseringsutredning och detaljplan togs fram av Östersunds kommun samtidigt som förhandlingar fördes mellan kommunen och Kriminalvården om villkor för bl.a. förvärv av marken. För att finna en hyresvärd till den kommunägda marken inledde Kriminalvården övergripande överläggningar med Brinova Nova 173 om möjligheterna att med dem teckna ett hyresavtal för en framtida anläggning, vilket blir så utformat och med sådana villkor att regeringen godkänner avtalet för slutligt tecknande av Kriminalvården. Hyresavtal mellan Kriminalvården och Brinova Nova 173 har inte träffats. Inte heller finns några andra skriftliga överenskommelser mellan parterna. Kommunfullmäktige i Östersund beslutade den 29 juni 2006 att till Brinova Nova 173 överlåta den fastighet som kommunen och Kriminalvården utsett för uppförande av den nya anstalten (Östersund Skogsvaktaren 1). Enligt beslutet skall området nyttjas för anläggande av en ny kriminalvårdsanstalt. Försäljningen gäller under villkor att ett hyresavtal senast den 31 mars 2007 upprättas mellan Kriminalvården och Brinova Nova 173 om förhyrning av blivande kriminalvårdsanstalt. Kriminalvården har inte ansökt om att regeringen medger sådana undantag som avses i 6 kap. 17 § LOU. Kriminalvården avvaktar ställningstagande från NOU om upphandling enligt LOU skall genomföras i det aktuella fallet.

2. *Rättsläget*

2.1. Med termen *upphandling* förstås enligt 1 kap. 5 § LOU köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggtreprenader eller tjänster.

2.2. Termen *byggtreprenad* innefattar enligt 1 kap. 5 § LOU utförande eller både projektering och utförande av ett arbete, som kan hänföras till en verksamhet som anges i avdelning C i bilagan till LOU, eller ett byggnads- eller anläggningsarbete i sin helhet, vars resultat självständigt kan fullgöra en teknisk och ekonomisk funktion. Denna svenska definition står inte helt i överensstämmelse med det bakomliggande EG-direktivet, som inkluderar avtal som har till syfte att oavsett form genomföra ett bygg- eller anläggningsarbete som uppfyller den upphandlande enhetens krav.¹ Direktivets lydelse har

¹ Europaparlamentets och Rådets Direktiv 2004/18/EG (bestämmelse med denna innebörd fanns även i det tidigare direktivet 93/37/EEG), se även Kammarrätten i Göteborg mål nr 3859-1999, NOU Info okt-97 s 6 samt NOU Info sammanställning 96, s. 37

företräde framför motsvarande bestämmelse i LOU.² En upphandlande enhet kan inte åberopa en felaktig eller bristfällig införlivning av gemenskapsrätten i den nationella lagstiftningen till sin egen fördel.³ Termen byggtreprenad täcker sålunda även kontrakt med innebörden att en entreprenör uppför en byggnad på mark som inte ägs av denna upphandlande enhet och sedan säljer eller hyr ut till enheten. Dessa kontrakt omfattas dock endast av reglerna om byggtreprenader om byggnaden uppförs enligt den upphandlande enhetens specifikationer eller krav.⁴

2.3. Reglerna i LOU om upphandling av *tjänster* skall enligt 5 kap. 1 § första stycket LOU endast tillämpas om bestämmelserna om varu- och byggtreprenadupphandling inte är tillämpliga. I 5 kap. 1 § andra stycket nämnda lag finns ett antal undantag, som anger när inte heller reglerna om tjänsteupphandling är tillämpliga och transaktionen följaktligen helt faller utanför LOU:s tillämpningsområde. Ett av dessa undantag avser anskaffning av eller nyttjanderätt i vad form som helst till fastighet, byggnad eller annan egendom som utgör fast egendom eller tillhör till fastighet eller byggnad eller rättigheter av nu nämnt slag. Denna undantagsbestämmelse har 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.⁵ Mot bakgrund av lydelsen i det bakomliggande EG-direktivet kan detta undantag avseende hyra dessutom bara omfatta befintliga lokaler.⁶

2.4. Enligt 1 kap. 3 § andra stycket LOU gäller endast bestämmelserna i 6 kap. i nämnda lag för bl.a. upphandling som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet. Enligt 6 kap. 17 § LOU får regeringen föreskriva eller i enskilda fall besluta om dels undantag från bestämmelserna om annonsering i detta kapitel, dels de undantag i övrigt från bestämmelserna i detta kapitel som är nödvändiga med hänsyn till försvars- och säkerhetspolitiska intressen. Regeringen får i föreskrifter eller i enskilda fall överlåta till en upphandlande enhet att själv besluta om sådana undantag.

² RÅ 1996 ref 50

³ C-148/78; *Publico Ministero v. Ratti*, (1979) ECR 1629. Egen försummelse får inte åberopas som befrielsegrund.

⁴ NOU:s ärenden 2000-09-06, 1999/0188-29 samt 2000-11-28, 2000/0324-29. I det sistnämnda ärendet tillskrev NOU regeringen och påtalade att bl.a. definitionen av byggtreprenader och hyresundantaget vid tjänsteupphandlingar inte fullt ut överensstämde med de bakomliggande EG-direktiven samt föreslog att LOU skulle ändras för att uppnå bättre överensstämmelse med dessa direktiv. NOU har informerat om den bristande införlivningen i NOU Info dec-00.

⁵ NOU:s ärenden 2000-09-06, 1999/0188-29 samt 2000-11-28, 2000/0324-29

⁶ Europaparlamentets och Rådets Direktiv 2004/18/EG (bestämmelse med denna innebörd fanns även i det tidigare direktivet 93/37/EEG), ang. bestämmelsens direkta effekt, se C-76/97 *Walter Tögel mot Niederösterreichische Gebietskrankenkasse*, REG 1998 s. 5357 (se även NOU Info okt-00, okt-98 samt NOU:s ärende 2000-09-06 1999/0188-29)

3. *Bedömning*

3.1. Utredningen visar att Brinova Nova 173 planerar att uppföra en kriminalvårdsanstalt på mark som inte ägs av Kriminalvårdsverket och sedan hyra ut lokalerna till verket. Av Kriminalvårdsverkets uppgifter framgår i och för sig inte huruvida verket lämnat några specifikationer till Brinova Nova 173 avseende utformningen av anstalten. Kriminalvårdsanstalter har emellertid en synnerligen speciell karaktär och deras alternativa användningsområden torde vara obefintliga. Några andra potentiella hyresgäster än Kriminalvårdsverket finns knappast. Den anstalt som skall byggas i Östersund skall ostridigt täcka ett specificerat behov vad avser antalet platser som den skall tillgodose och det får hållas för visst att anstalten även i övrigt måste uppfylla en lång rad olika miljö- och säkerhetsmässiga krav. Enligt NOU:s mening bör det kunna presumeras att byggnader med denna speciella karaktär endast byggs efter utförliga anvisningar från den som skall nyttja byggnaden. NOU finner det sålunda ställt utom allt rimligt tvivel att den planerade anstalten i Östersund är avsedd att uppföras enligt Kriminalvårdsverkets krav och specifikationer. Transaktionen, vars kontraktsvärde vida överstiger tröskelvärdena, omfattas därmed av upphandlingsreglerna för byggentreprenader.

3.2. NOU vill ändå framhålla att frågan huruvida Kriminalvårdsverket lämnat dessa specifikationer endast har betydelse för valet av upphandlingsform. Om upphandlingsreglerna avseende byggentreprenader inte skulle ha varit tillämpliga, skulle transaktionen istället ha omfattats av reglerna för upphandling av tjänster. Av utredningen framgår att Östersunds kommuns försäljning av mark till Brinova Nova 173 endast gäller under förutsättning att hyresavtal senast den 31 mars 2007 upprättats med Kriminalvårdsverket och Brinova 173 om förhyrning av den blivande kriminalvårdsanstalten. Eftersom förhyrningen således inte avser någon befintlig byggnad, är undantagsregeln avseende hyra i 5 kap. 1 § LOU inte tillämplig.

3.3. Sammanfattningsvis finner NOU att transaktionen omfattas av LOU. Upphandlingen skall handläggas enligt reglerna om byggentreprenader i 3 kap. LOU såvida inte Kriminalvårdsverket kan visa att undantagsregeln i 1 kap. 3 § andra stycket är tillämplig, i vilket fall istället reglerna i 6 kap. nämnda lag skall iakttas. Endast i den mån regeringen skulle bevilja Kriminalvårdsverket undantag enligt 6 kap. 17 § LOU kan verket göra avsteg från dessa regler.

3.4. Med dessa uttalanden avslutar NOU ärendet.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndmöte den 16 november 2006, i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, teknologie doktor Börje Hed, chefsjuristen Hans Ekman, förbundsjuristen Eva Sveman, chefsjuristen Dan Holke, upphandlingschefen Lisbeth Johnson och chefsjuristen Anna Lefevre Skjöldebrand. Beslutet fattades i närvaro av NOU:s kanslichef Margareta Hentze efter föredragning av jur.kand. Anders Svenson. Beslutet expedieras i enlighet med föredragandens förslag.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Anders Svenson