



UPPSALA  
UNIVERSITET

# Juridiska institutionen

## Vårterminen 2014

Examensarbete i civilrätt, särskilt fastighetsrätt  
30 högskolepoäng

# Lokalhyresrätten och LOU

En problembeskrivning

Författare: Alexandra Berglin

Handledare: Docent Erika P Björkdahl





# Innehållsförteckning

<b>1 Inledning</b> .....	<b>4</b>
1.1 Introduktion till ämnet .....	4
1.2 Syfte och frågeställningar .....	5
1.3 Avgränsningar och förtydliganden.....	6
1.4 Metod och material .....	7
1.5 Disposition .....	8
<b>2 Upphandlingsrättsliga utgångspunkter</b> .....	<b>10</b>
2.1 Bakgrund och ändamål.....	10
2.2 Upphandlingspliktiga köp .....	11
2.3 När omfattas part i ett hyresförhållande av upphandlingsplikt? .....	13
2.3.1 Privata aktörer i en myndighetsliknande roll .....	13
2.3.2 Offentliga hyresgäster.....	14
2.3.3 Offentliga hyresvärdar.....	15
2.4 Konsekvenser av åsidosatt upphandlingsplikt .....	16
2.4.1 Rättsmedel vid upphandlingsfel.....	16
2.4.2 Statsstöd.....	17
<b>3 Hyresbegreppet enligt 12 kap JB</b> .....	<b>19</b>
3.1 Definintion av hyra .....	19
3.2 Hyreskontraktets omfattning.....	21
3.2.1 Särskilt om arbeten som utförs i hyresgästens lokaler.....	21
3.2.2 Ändring av hyresvillkoren eller hyresobjektet?.....	22
3.3 Blandade kontrakt .....	23
<b>4 LOU:s tillämplighet på hyreskontrakt</b> .....	<b>26</b>
4.1 Hyresundantaget.....	26
4.1.1 Definition av hyra .....	26
4.1.2 Blandade kontrakt.....	28
4.1.3 Sammanfattning.....	30
4.2 Byggentreprenadkontrakt.....	30
4.2.1 Inledande anmärkningar .....	30
4.2.2 Byggentreprenad enligt 2 kap 3 § LOU .....	31
4.2.3 Byggnadsverk som realiseras .....	32
4.2.3.1 Allmänt om begreppet .....	32
4.2.3.2 Nybyggnationsfallet .....	34
4.2.3.3 Om- och tillbyggnationsfallen .....	34

4.2.4 Enligt myndighetens anvisningar.....	36
4.2.5 Slutsatser avseende bygentreprenadbegreppet .....	38
4.3 Tjänst- och tjänstekoncessionskontrakt.....	39
<b>5 Förhållandet mellan LOU och 12 kap JB .....</b>	<b>42</b>
5.1 Allmänt om hyresdefinitionen.....	42
5.2 Tillämpliga regler vid hyresgästanpassningar .....	42
5.3 Tillämpliga regler vid hyresgästs rätt till hyra och utövande av tjänst.....	43
<b>6 Särskilt om hyresgästanpassningar .....</b>	<b>45</b>
6.1 Inledande anmärkningar.....	45
6.2 Den offentliga hyresgästens utrymme att anpassa lokalen.....	45
6.2.1 Allmänt om hyresvärdens skydd för äganderätten.....	45
6.2.2 Hyresgästens möjlighet att ändra i lokalen.....	46
6.2.2.1 Ombyggnationer som krävs för avtalsenlig användning .....	46
6.2.2.2 Ombyggnationer i samband med ändring av lokalens användning.....	48
6.2.2.3 Anpassningar som kräver tillbyggnation .....	49
6.2.2.4 Sammanfattning.....	50
6.2.3 Problembeskrivning avseende hyresgästanpassningar .....	50
6.2.4 Slutsatser.....	52
6.3 Alternativ för den offentlige hyresgästen .....	53
6.3.1 Hur undviks risken för otillåten direktupphandling? .....	53
6.3.2 Genomföra upphandling .....	55
<b>7 Särskilt om uppsägning av tjänsteleverantörer .....</b>	<b>57</b>
7.1 Inledande anmärkningar.....	57
7.2 Innebörden av ett indirekt besittningsskydd vid upphandling.....	58
7.2.1 Det indirekta besittningsskyddet .....	58
7.2.2 De besittningsbrytande grunderna .....	59
7.2.2.1 Upphandling – ett sakligt skäl för uppsägning? .....	59
7.2.2.2 Betydelsen av om det är tjänst eller tjänstekoncession som upphandlas.....	60
7.2.3 Intresseavvägningen.....	61
7.2.4 Sammanfattning.....	63
7.3 Rekommendationer till offentliga hyresvärdar .....	64
7.3.1 Inför hyreskontraktets ingående.....	64
7.3.2 Inför en eventuell uppsägning.....	64
<b>8 Avslutning.....</b>	<b>66</b>
<b>Käll- och litteraturlista.....</b>	<b>68</b>



# 1 Inledning

## 1.1 Introduktion till ämnet

Även innan Sveriges medlemskap i EU fanns det en upphandlingsreglering i svensk rätt. Sedan 1900-talets början har statens köp av varor reglerats i syfte att säkerställa affärsmässighet, rättssäkerhet och transparens. I dess ursprungliga form gav bestämmelserna svenska varor företräde framför utländska. De upphandlande myndigheterna skulle även beakta behovet av en viss vara inom landet och förhindra arbetslöshet vid upphandlingen.<sup>1</sup> Därmed skiljer sig reglerna mycket från vad som gäller idag, eftersom dagens upphandlingslagstiftning istället tillkommit i strävan att förverkliga EU:s inre marknad och undanröja handelshinder.<sup>2</sup> Även om upphandlingslagstiftningen genomgått en väsentlig utveckling sedan 1900-talets början visar historien att svensk hyresrätt tillkommit i en tid innan företeelser som EU:s upphandlingslagstiftning var kända. Det är därmed inte konstigt om regelverken inte korresponderar. Frågan är vilka konsekvenser de får för parterna i ett hyresförhållande och för hyreskontraktets existens.

Kontrakt som avser lokalhyra innefattar ibland även andra kontraktsvillkor, såsom att hyresvärden ska bygga om en lokal eller att hyresrätten är kopplad till en rätt och/eller skyldighet för hyresgästen att bedriva viss verksamhet i lokalen. Det är inte ovanligt att villkoren betraktas som en upphandlingspliktig byggentreprenad eller tjänst. Samtidigt är ofta parternas primära syfte med kontraktet att avtala om lokalhyra, vilket utgör ett undantag från skyldigheten att upphandla. Genom nu nämnda beröringspunkter mellan regelverken uppstår frågan huruvida regelverken korresponderar eller inte.

De senaste åren har en rad domar meddelats som berör såväl offentlig upphandling som hyresrätt. I en dom från Förvaltningsrätten ålades Migrationsverket att betala cirka en halv miljon kronor i upphandlingsskadeavgift efter att myndigheten fått de lokaler som skulle hyras anpassade efter avsedd användning, s.k. hyresgästanpassning.<sup>3</sup> Avgörande för utfallet var bedömningen att hyresgästanpassningen utgjorde en upphandlingspliktig entreprenad och inte ett led i förvärv av en hyresrätt. Det anmärkningsvärda med domen är att vanliga hyresvillkor om iordningställande av lokaler för hyresgästens avsedda användning kan komma att betraktas som byggentreprenader i *upphandlingsrättslig* mening, istället för hyra.

---

<sup>1</sup> Prop. 1992/93:88 s. 34.

<sup>2</sup> Se t.ex. mål C-360/96, *Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden mot BFI Holding BV.*, p. 41 och C-380/98, *University of Cambridge*, p. 16.

<sup>3</sup> Se Förvaltningsrätten i Linköpings dom med mål nr. 3834-11.

I ett annat nyligen avgjort mål från Stockholms tingsrätt önskade en kommun upphandla tjänster med anknytning till den av kommunen uthyrda lokalen. Kommunen ansåg det möjligt att bryta det indirekta besittningsskyddet och således få hyreskontraktet att upphöra utan att som hyresvärd bli ersättningsskyldig gentemot hyresgästen.<sup>4</sup> Situationen i målet aktualiserar frågan om hur 12 kap. jordabalkens (1970:994) (JB) tvingande regler om det indirekta besittningsskyddet förhåller sig till en offentligrättslig förpliktelse att upphandla. Frågan fick domstolen aldrig anledning att behandla. Det är likväl intressant att undersöka om jordabalkens regler kan påverka möjligheten att säga upp ett kontrakt som är avsett att upphandlas, eller om en avsikt att upphandla tvärtom kan få betydelse för om det indirekta besittningsskyddet kan brytas.

Det är mot bakgrund av dessa avgöranden som uppsatsen har tagit form. Gemensamt för avgörandena är att de berör förhållandet mellan svensk hyresrättslig lagstiftning och EU:s regelverk om offentlig upphandling. Svårigheten att dra gränsen mellan å ena sidan upphandlingspliktiga entreprenader eller tjänster, och å andra sidan hyra som är undantaget sådan plikt är känd sedan tidigare. Någon uppmärksamhet har emellertid inte riktats de hyresrättsliga problem som kan tänkas uppstå när upphandlande myndigheter intar ställning som part i ett lokalhyresförhållande.

## 1.2 Syfte och frågeställningar

Uppsatsen ämnar undersöka om och i så fall i vilka avseenden EU:s upphandlingsreglering och svensk civilrättslig hyresrätt inte korresponderar. Detta syftar i sin tur till att beskriva vilka konsekvenser eller problem det medför hyresrättsligt. Avsikten är slutligen att utreda om det finns lösningar på eventuella problem.

För detta ändamål behöver regleringen av offentlig upphandling i samband med lokalhyra beskrivas och analyseras, varvid särskilt fokus ägnas hyresgästanpassningar och det indirekta besittningsskyddet. Eftersom hyra är undantaget upphandlingsplikt kommer förutsättningarna för att hyra ska anses föreligga samt hyreskontraktets omfattning att undersökas enligt såväl hyresrätten som upphandlingsrätten. Undersökningen syftar till att fastställa om hyresbegreppen överensstämmer mellan rättsområdena.

Konsekvenserna av en eventuell diskrepans undersöks därefter. Syftet är att beskriva hur rättigheter och skyldigheter enligt den hyresrättsliga regleringen påverkas av att upphandlingsplikt föreligger. För att besvara syftet kommer följande att utredas närmare:

---

<sup>4</sup> Se Stockholms tingsrätts dom med mål nr. T 15000-11.

Vad innebär det för en fastighetsägare när en *offentlig hyresgäst* måste upphandla arbete som utförs på dennes fastighet? Hur påverkar ett annorlunda definierat hyresbegrepp rätten till ombyggnation och skyddet för ägande? Kan en *offentlig hyresvärd*s skyldighet eller önskan att upphandla leda till att hyreskontraktet med befintlig hyresgäst upphör utan ersättningsskyldighet enligt det indirekta besittningsskyddet? Avsikten är även att utreda vilka risker parterna ställs inför samt om det är möjligt att reducera riskerna vid avtalets ingående. Av de två olika situationerna ges den som avser offentliga hyresgäster större utrymme med anledning av det oklara rättsläget på upphandlingsrättens område.

### 1.3 Avgränsningar och förtydliganden

Temat för uppsatsen är att behandla situationer när upphandlingsrätten möter hyresrätten. Genom att låta detta utgöra ramen tillåter man sig fundera över en mängd situationer som inbegriper båda rättsområdena. För att hyresrätten och upphandlingsrätten överhuvudtaget ska bli intressant i samma sammanhang krävs att en part i hyresförhållandet är en upphandlande myndighet. En naturlig avgränsning är mot denna bakgrund att inte behandla hyresförhållanden där endast privata aktörer är inblandade. Således kommer antingen hyresvärdssidan eller hyresgästsidan vara – som jag har valt att kalla det – offentlig. Undersökningen av förhållandet och konflikten mellan hyresrätt och upphandlingsrätt har vidare utgått från två huvudsakliga praktiska situationer. I det första fallet är hyresgästen offentlig och kontraktet med hyresvärden avser såväl hyra som entreprenad. I det andra fallet är hyresvärden offentlig och genom avtalet ges hyresgästen en nyttjanderätt samt rätt att utföra tjänster i lokalerna. Uppdelningen är inte korrekt i juridisk mening. Situationen när hyresgästen är offentlig utesluter nämligen inte att parterna avtalar om tjänster och vice versa. Däremot har just dessa konstellationer av parter och avtalsföremål visat sig ge upphov till ett par intressanta problem från hyresrättslig synpunkt.

Ett till upphandlingsrätten angränsande rättsområde är statsstödsrätten. Statsstöd kan ses som andra sidan av myntet eftersom upphandlingsfel kan resultera i att statsstöd lämnas. Statsstödsproblematiken kommer dock inte beröras mer än vad som är nödvändigt för att ge en fullständig bild av upphandlingsrätten.

För tydlighets skull ska även sägas att den delen av fastighetsrätten som behandlas är lokalhyresrätten. Det kan noteras att arrende aktualiserar liknande frågor i och för sig,



eftersom sådana upplåtelser också omfattas av hyresundantaget. Med tanke på de valda frågeställningarna blir andra nyttjanderättsformer dock inte relevanta att behandla.

## 1.4 Metod och material

Arbetet med uppsatsen har bestått i att klarlägga gällande rätt på två traditionellt sett skilda rättsområden. Genom att systematisera rätten inom dels svensk civilrättslig hyresrätt, dels EU-rättslig upphandlingsrätt har det sedan varit möjligt att identifiera var systematiken mellan rättsordningarna brister. Undersökningen bygger väsentligen på studium av domskälen i rättspraxis. Utgångspunkten för att besvara syftet med framställningen kan beskrivas som den rättsdogmatiska metoden.

Den rättsdogmatiska metoden innebär att gällande rätt tolkas för att lösa ett problem genom att studera lagstiftning, prejudikat, lagförarbeten och juridisk litteratur. Vid tolkningen måste hänsyn tas till rättskällornas auktoritet. Rättskällorna rangordnas då efter den nu föreskrivna ordningen.<sup>5</sup> Betydelsen av en sådan hierarki visar sig främst när rättskällor är motstridiga eller annars brister i systematik.

Som rättsområde är offentlig upphandling starkt förankrat i unionsrätten. Upphandlingsrätten utgör även ett eget rättsområde enligt nationell svensk rätt. Detta följer av att EU:s medlemsstater är förpliktigade att implementera EU-direktiv i svensk rätt, däribland direktiven som avser upphandling. Av denna anledning har redogörelsen av gällande rätt, särskilt beträffande hyresundantaget, sin utgångspunkt i EU-direktiv och EU-domstolens rättspraxis. EU-rättens betydelse på området för upphandling utesluter förvisso inte att den rättsdogmatiska metoden tillämpas i dessa delar. Samtidigt är dock EU-rätten en autonom rättsordning varmed andra rättskällor och sätt att hantera dem följer.<sup>6</sup> Den rättsdogmatiska metoden behöver därför kompletteras med den EU-rättsliga. Av särskild vikt är härvid förhållandet mellan EU-direktiv och nationell rätt.

Av artikel 288 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) följer att direktiv är bindande för medlemsstaterna med avseende på de resultat som ska uppnås. Däremot lämnas det upp till medlemsstaterna själva att avgöra hur reglerna ska utformas och genomföras, förutsatt att så sker i enlighet med direktivet och dess syften. Oavsett utformningen av den nationella implementeringen är medlemsstaterna förpliktigade att

---

<sup>5</sup> Kleineman, *Rättsdogmatisk metod*, s. 25 och 32 f.

<sup>6</sup> Se Rachel, *EU-rättslig metod*, s. 109.

tolka den nationella lagstiftningen i ljuset av direktiven.<sup>7</sup> En sådan tolkning ska göras så långt det är möjligt.<sup>8</sup> Av särskilt intresse från hyresrättslig synpunkt är att även annan nationell lagstiftning ska tolkas så att direktivens syfte uppnås.<sup>9</sup> Således är det inte bara nationell upphandlingsrätt som påverkas av EU-rätten.

Framställningen har även sin utgångspunkt i att det upphandlingspliktiga området ska tolkas extensiv för att tillgodose kraven på god konkurrens såväl som de EU-rättsliga principerna om medlemsstaternas lojalitet och skyldighet att verka för unionsrättens effektiva genomslag.<sup>10</sup> Vid bristande systematik är det således EU-rättsliga källor som ges företräde och auktoritet.

Bland de EU-rättsliga källorna fyller avgöranden från EU-domstolen en viktig funktion. EU-rätten har framförallt tolkats mot bakgrund av EU-rättslig praxis. Därtill har Kommissionens skrivelser beaktats. Det är inte ovanligt att Kommissionen skapar policys och informella regelverk för att tillkännage deras syn på hur unionsrätten ska tolkas. Bland dessa kan nämnas Kommissionens riktlinjer.<sup>11</sup> Sådana riktlinjer är emellertid inte formellt bindande.<sup>12</sup>

## 1.5 Disposition

För att skapa förståelse för de problem som följer av mötet mellan EU:s konkurrensrätt och svensk civilrättslig hyresrätt ges inledningsvis en översiktlig bild av upphandlingslagstiftningen (avsnitt 2). I nästkommande avsnitt behandlas hyresbegreppet. Först ska definitionen av hyra och hyresbegreppets omfattning behandlas utifrån ett svenskt civilrättsligt perspektiv (avsnitt 3). Därefter utreds hyresbegreppet utifrån upphandlingsrätten. Fokus kommer särskilt att ägnas undantaget från upphandlingsplikt som avser hyra (avsnitt 4).

Baserat på resultatet av undersökningen beträffande hyresbegreppet i 12 kap. JB och LOU ska något sägas om förhållandet mellan regelverken. Två centrala frågor är i vilka avseenden hyresbegreppen inte korresponderar samt när LOU blir tillämpligt på vanliga civilrättsliga hyresförhållanden (avsnitt 5). Sedan följer en fördjupad genomgång där

---

<sup>7</sup> Även kallat *direktivkonform tolkning*. Principen härrör från mål C-14/83, *Von Colson*.

<sup>8</sup> Se mål C-106/89, *Marleasing*, p. 8.

<sup>9</sup> Se mål C-397/01, *Pfeiffer*, p. 115.

<sup>10</sup> Beträffande effektivitetsprincipen, se t.ex. Craig & de Búrca, *EU Law – Text, Cases and Materials*, s. 218. Den s.k. lojalitetsprincipen framgår av artikel 4.3 i fördraget om europeiska unionen (FEU).

<sup>11</sup> Kommissionens riktlinjer är vanligt förekommande i synnerhet på statsstödsrättens område. Se Craig & de Búrca, *EU Law – Text, Cases and Materials*, s. 1086.

<sup>12</sup> Mål C-310/99, *Italien mot Kommissionen*, p. 52.

hyresundantaget sätts i relation dels till vad som är gängse på hyresmarknaden i fråga om villkor gällande iordningställande av lokal (avsnitt 6), dels till möjligheten att säga upp kontrakt med en tjänsteleverantör där även hyra ingår (avsnitt 7). Avsnitt 6 utgår ifrån situationen när hyresgästen är offentlig medan det i avsnitt 7 är hyresvärden som är offentlig. Avsikten i dessa delar är att utreda om upphandlingslagstiftningen och nationell hyresrätt är förenliga. I de avseenden det föreligger konflikter mellan regleringarna beskrivs även dessa. En sammanfattning av de beskrivna problemen och ett par rekommendationer inför hyreskontraktets ingående ges avslutningsvis (avsnitt 8).

## 2 Upphandlingsrättsliga utgångspunkter

### 2.1 Bakgrund och ändamål

När stat och kommun rättshandlar i kommersiella förhållanden måste ett omfattande regelverk beaktas och särskilt måste de mellanstatliga förpliktelseerna som följer av medlemskapet i Europeiska unionen iakttas. En fri marknad och en sund konkurrens är ledorden som lett till en EU-rättslig reglering av den offentliga upphandlingen. Som ett led i att skapa fri rörlighet på EU:s inre marknad ges aktörer möjlighet att erbjuda varor, tjänster eller byggtreprenader åt myndigheter i en annan medlemsstat.<sup>13</sup> En sådan möjlighet tillgodoses genom ett krav på att upphandlingar som huvudregel ska annonseras.<sup>14</sup> Förfarandet med annonsering förväntas även bidra till att landets fiskala medel används på önskvärt sätt genom ökad konkurrens. Det är däremot inte något primärt syfte att offentlig sektor ska göra bra affärer.<sup>15</sup> Samtidigt har senare tids utredningar lyft behovet av en upphandlingsreglering som i större utsträckning främjar den goda affären.<sup>16</sup> Förutom gällande EU-direktiv är EU:s allmänna principer om öppenhet, likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande samt proportionalitet tillämpliga även ifråga om offentlig upphandling.<sup>17</sup>

Upphandlingsregleringen har sin utgångspunkt i två EU-direktiv, nedan kallade upphandlingsdirektivet<sup>18</sup> respektive försörjningsdirektivet.<sup>19</sup> Direktiven har implementerats i svensk rätt genom antagandet av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) samt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF).<sup>20</sup>

Upphandlingsdirektivet är i huvudsak ett s.k. minimidirektiv som ställer upp vissa minimikrav som måste tas med i den nationella regleringen. Medlemsstaterna är dock inte förhindrade att införa strängare krav i den nationella lagstiftningen än vad som följer

---

<sup>13</sup> Se t.ex. mål C-360/96, *Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden mot BFI Holding BV.*, p. 41 och C-380/98, *University of Cambridge*, p. 16.

<sup>14</sup> Se 7 kap. 1 § och 15 kap. 4 § LOU.

<sup>15</sup> Se Pedersen, *Upphandlingsrättens grunder*, s. 12 och 15.

<sup>16</sup> Se SOU 2013:12 Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling.

<sup>17</sup> Se 1 kap. 9 § LOU samt skäl 2 till direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster m.m. Se även Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurements*, s. 183 ff.

<sup>18</sup> Direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster m.m.

<sup>19</sup> Direktiv 2004/17/EG om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

<sup>20</sup> Upplysningsvis gällde dessförinnan lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

av direktivet så länge som reglerna är förenliga med direktivet och unionsrätten i övrigt.<sup>21</sup> Att nationell rätt skiljer sig från upphandlingsdirektivet betyder således inte automatiskt att den nationella rätten är oförenlig med direktivet. För Sveriges del har strängare lagstiftning antagits genom att LOU föreskriver upphandlingsplikt för vissa kontrakt som understiger de i upphandlingsdirektivet föreskrivna s.k. tröskelvärdena vilka därmed faller utom det direktivstyrda området.<sup>22</sup> I de delar upphandlingsdirektivet föreskriver en fullständig reglering av en viss fråga finns däremot inget utrymme till avvikelse från det föreskrivna, s.k. fullharmonisering.

## 2.2 Upphandlingspliktiga köp

När en statlig myndighet, kommunal myndighet och vissa offentliga företag avser att anskaffa varor, tjänster, byggentreprenader eller byggkoncessioner måste ett sådant avtal föregås av offentlig upphandling, se 1 kap. 2 § jämte 2 kap. 19 § LOU.<sup>23</sup> Med offentlig upphandling avses enligt 2 kap. 13 § LOU det särskilda förfarande och de åtgärder som myndigheter vidtar i syfte att tilldela kontrakt eller ingå ramavtal om köp, tjänst eller byggentreprenad.

I 2 kap. 10 § LOU definieras kontrakt som ett skriftligt avtal innehållandes ekonomiska villkor, förutsatt att det ingås mellan upphandlande myndighet och leverantör samt undertecknas av parterna. Vidare behöver avtalet avse byggentreprenad, varor eller tjänster för att vara just ett kontrakt. Kravet som avser *skriftligt avtal* syftar till att fastställa när en upphandling ska anses avslutad, vilket är viktigt för möjligheten att överpröva upphandlingen enligt 16 kap. LOU. Däremot har avsikten med formkravet inte varit att föreskriva en annan ordning för avtalets ingående än vad som följer av allmänna avtalsrättsliga regler. Därav följer att civilrättslig bundenhet i och för sig kan uppstå innan ett skriftligt kontrakt upprättats.<sup>24</sup> Det är även tidpunkten för den rättsligt bindande viljeförklaringen som avgör när ett avtal kan överprövas för påstådd överträdelse, exempelvis på grund av att ett kontrakt tilldelas utan något formellt

---

<sup>21</sup> Jfr. mål C-31/87, *Beentjes*, p. 20.

<sup>22</sup> Se mål C-412/04, *Kommissionen mot Italien*, p. 65. Se 1 kap. 2 § 2 st. och 15 kap. LOU. Beträffande nu gällande tröskelvärden, se 3 kap. 1 § LOU med hänvisning till tillkännagivande (2014:5) om tröskelvärden vid offentlig upphandling. Exempelvis omfattas endast byggentreprenader som uppgår i ca 45 miljoner kronor av upphandlingsplikt enligt upphandlingsdirektivet. För kontrakt vars värde understiger tröskelvärdena tillämpas 15 kap. LOU.

<sup>23</sup> Se vidare 2 kap. 19 § för vad som är att jämställa med myndighet. Av samma paragraf förtydligas även i vilka fall offentliga företag omfattas av begreppet.

<sup>24</sup> Se prop. 2001/02:142 s. 73 f.

anbudsförfarande.<sup>25</sup> Genom att den avtalsrättsliga modellen för avtals ingående är avsedd att tillämpas måste innebörden vara att upphandlingsregleringen inte kan kringgås exempelvis genom att avtal görs muntligt.<sup>26</sup> Om ett muntligt avtal inte föregås av upphandling bör det alltså kunna överprövas på grund av överträdelse av LOU. Konstaterandet är relevant då det senare ska visa sig att något skriftlighetskrav inte finns beträffande lokalhyreskontraktet (se avsnitt 3.1).

Med *ekonomiska villkor* avses avtal genom vilket prestationen att tillhandahålla en upphandlande myndighet en vara eller tjänst sker i utbyte mot någon typ av ersättning, så länge ersättningen har ett reellt värde.<sup>27</sup> Som motprestation beaktas exempelvis köp, leasing eller andra onerösa fång.<sup>28</sup> Kravet innebär inte att ett upphandlingspliktigt förvärv på ett konkret eller materiellt sätt behöver utföras åt den upphandlande myndigheten så länge som det finns ett direkt ekonomiskt intresse hos den upphandlande myndigheten av att prestationen utförs.<sup>29</sup> Vid hyra bör ett kontrakt exempelvis kunna utgöras av ett åtagande av hyresvärden att bygga om den uthyrda lokalen för den offentliga hyresgästens avsedda användning, förenat med en justering av hyran motsvarande värdet av den utförda tjänsten. Enligt EU-domstolens rättspraxis är det tillräckligt att den offentliga hyresgästen på rättslig grund garanteras tillgång till den anläggning som byggtreprenadkontraktet avser. Alternativt kan ett direkt ekonomiskt intresse anses föreligga när möjlighet ges till användning av anläggningen i framtiden.<sup>30</sup> Ett sådant intresse kan också bestå av ekonomiska bidrag eller i att myndigheten står risken att prestationen som ska utföras enligt kontraktet misslyckas ekonomiskt.<sup>31</sup> För att garantera att syftet med upphandlingen uppnås är kontraktsdefinitionen tänkt att ges en vid tillämpning.<sup>32</sup>

Inom ramen för kontraktsdefinitionen faller alltså samtliga avtal som ålägger parterna ekonomiskt mätbara prestationer. Sätillvida är upphandlande myndigheter skyldiga att upphandla sina förvärv, förutsatt att kontraktet inte uttryckligen undantas

---

<sup>25</sup> Se mål C-26/03, *Stadt Halle*.

<sup>26</sup> Jfr. Adlercreutz & Gorton, *Avtalsrätt I*, s. 20 jämte prop. 2001/02:142 s. 73 f. Notera dock att lagstiftaren menar att LOU inte ämnar skapa ett parallellt avtalsrättsligt regelverk för prekontraktuella och kontraktuella relationer mellan privaträttsliga och offentligrättsliga subjekt *i annan utsträckning än vad som är nödvändigt* för att implementera upphandlingsdirektiven.

<sup>27</sup> Se mål C-399/98 *Ordine degli Architetti m.fl.*, p. 77-85 samt C-220/05 *Auroux m.fl.*, p. 45.

<sup>28</sup> Se Kammarrätten i Stockholms dom med mål nr. 797-06.

<sup>29</sup> Jfr. mål C 451/08, *Helmut Müller*, p. 58.

<sup>30</sup> Jfr. mål C 451/08, *Helmut Müller*, p. 51 och 52. Det kan tilläggas att så alltid kommer vara fallet om det är fråga om ett hyresavtal i civilrättslig mening, se vidare 3.1 nedan.

<sup>31</sup> Se Konkurrensverkets rapportserie 2011:2, *Fallgropar vid entreprenadupphandlingar*, s. 24 med hänvisning till mål C-399/98, *Ordine degli Architetti m.fl.* och C-220/05, *Auroux m.fl.*

<sup>32</sup> Se mål C-399/98, *Ordine degli Architetti m.fl.*, p. 52.

från LOU eller är benefikt.<sup>33</sup> Vidare är kontraktets föremål och värde bestämmande för om undantag kan göras gällande, men även för vilka regler som är tillämpliga vid en eventuell upphandling. Kontrakt som avser hyra är exempel på kontrakt föremål som uttryckligen undantas, se 1 kap. 6 § LOU. Enligt skälen till upphandlingsdirektivet motiveras undantaget av de särdrag som sådana kontrakt uppvisar varför regelverket för offentlig upphandling inte bör tillämpas (se vidare avsnitt 4.1).<sup>34</sup> Om värdet av kontraktet understiger något av de i lagen angivna tröskelvärdena krävs inte heller någon upphandling enligt direktivet. I viss utsträckning föreskriver dock LOU en utökad upphandlingsplikt genom att även kontrakt som understiger tröskelvärdena måste upphandlas.<sup>35</sup> För kontrakt vars värde inte uppgår till mer än cirka en halv miljon kronor krävs därför inget särskilt anbuds förfarande, även kallat tillåten direktupphandling.<sup>36</sup>

## 2.3 När omfattas part i ett hyresförhållande av upphandlingsplikt?

### 2.3.1 Privata aktörer i en myndighetsliknande roll

Det är endast upphandlande myndigheter som omfattas av en skyldighet att upphandla, se 1 kap. 2 § LOU. Privata aktörer, såsom en privat hyresvärd eller hyresgäst, omfattas alltså inte av LOU. Ett undantag härifrån följer däremot av 3 kap. 2 § LOU varigenom en privat hyresvärd under ett par förutsättningar kan bli upphandlingspliktig. Motivet till bestämmelsen är att de som upphandlar, även om de inte utgör en sådan enhet som omfattas av lagens tillämpningsområde, bör låta det ske på ett enhetligt sätt och enligt LOU:s krav när upphandlingen i vid mening är offentlig.<sup>37</sup>

Bestämmelsen är endast tillämplig avseende byggtreprenadkontrakt och därtill hörande tjänster som överskrider tröskelvärdena och som avser vissa speciella byggnader. Till sådana byggnader räknas enligt samma paragraf sjukhus, anläggningar för sport, rekreation och fritid, skol- eller universitetsbyggnader eller byggnader för administrationsändamål. För att en privat aktör ska anses upphandlingspliktig krävs dessutom att mer än hälften av kostnaden för kontraktet täcks av direkta bidrag från den upphandlande myndigheten. Därmed avses att en upphandlande myndighet som inte själv genomför upphandlingen men som finansierar densamma är förpliktigad att

---

<sup>33</sup> Se t.ex. Pedersen & Olsson, *Upphandlingskrönika – blandade kontrakt*, s. 616.

<sup>34</sup> Skäl 24 till upphandlingsdirektivet.

<sup>35</sup> För sådana upphandlingar är det dock tillräckligt med ett s.k. förenklat förfarande. 15 kap. 1 och 3 §§.

<sup>36</sup> Se 2 kap. 23 samt 15 kap. 3 § LOU.

<sup>37</sup> Prop. 1992/93:88 s. 73.

säkerställa att upphandlingsregelverket följs.<sup>38</sup> Begreppet omfattar även andra fall när offentlig sektor står för halva kostnaden utan att det är fråga om bidrag i formell mening. En hyresgäst som erlägger betalning för lokalyra bör endast i vissa särskilda fall anses lämna sådant bidrag som avses i 3 kap 2 § LOU.<sup>39</sup> Detta kan enligt min tolkning bero på följande antaganden. Om en privat hyresvärd låter uppföra ett hus av den speciella karaktär som ifrågavarande lagrum avser och den offentliga hyresgästen enbart erlägger normal hyra, men där tjänsten att utföra själva arbetet tagits i beaktande vid hyressättningen, är det inte fråga om bidrag.<sup>40</sup> Endast i sådana fall hyran överkompenserar den privata aktören för de utförda arbetena bör hyran innebära att bidrag utgår. Även om den offentliga hyresgästens erlagda ersättning på några årtiondens sikt skulle överskrida hälften av vad det kostade att uppföra huset är det således inte rimligt att beakta en normal hyra som bidrag. Motsvarande argument bör för övrigt kunna appliceras på den motsatta situationen att en offentlig hyresvärd anskaffar byggtreprenadarbeten för en privat hyresgästs räkning, exempelvis avseende byggnation av ett privat sjukhus. Den offentliga hyresvärden är då upphandlingspliktig, men inte den privata hyresgästen, förutsatt att den offentliga hyresvärden tar full och normal betalning för de byggtreprenadarbeten den ombesörjer.

Med detta kan konstateras att privata aktörer i många fall nog inte omfattas av upphandlingsplikt i den givna situationen, framförallt med anledning av att det brister i rekvisitet bidrag. Oavsett var ägandet ligger skulle direkt bidrag till byggnationsarbete av en specialbyggnad kunna leda till att en privat part blir upphandlingspliktig, så är dock inte fallet om ersättningen för utförda arbeten är normal. Fortsättningsvis är utgångspunkten att hyran som en offentlig hyresgäst erlägger inte omfattas 3 kap. 2 § LOU och således är inte heller den privata hyresvärden upphandlingspliktig. Detta påverkar dock inte det faktum att den offentliga aktören är upphandlingspliktig, varom mer nedan.

### 2.3.2 Offentliga hyresgäster

Kontrakt som avser förvärv av hyresrätt undantas från upphandlingsplikt enligt 1 kap. 6 § LOU. När en offentlig hyresgäst ingår hyresavtal har det dock många gånger

---

<sup>38</sup> Prop. 1992/93:88 s. 73.

<sup>39</sup> Jfr. Rosén Andersson m.fl., *Lagen om offentlig upphandling – En kommentar*, s. 69.

<sup>40</sup> Det ska tilläggas att det är naturligt att hyresgästen står kostnaden för utfört arbete ifråga om sådana specifika anpassningar som det rör sig om i nuvarande fall. Hyresvärden kan ju i princip inte hyra ut lokalerna i ett sådant utförande till en annan hyresgäst än just den upphandlande myndigheten.



varit svårt att fastställa om kontraktet är undantaget upphandlingsplikt eller inte. Detta beror på att ett villkor för lokalupplåtelsen ofta är att lokalerna ska tillhandahållas i ett visst skick, ibland för att det överhuvudtaget ska vara möjligt att bedriva en viss verksamhet. Lokalanpassningar inför tillträdet eller under löpande hyresförhållande är en normal företeelse på hyresmarknaden. Arbetet som sådana anpassningar innebär har ibland betraktats som upphandlingspliktiga byggentreprenadarbeten. Orsaken är att anpassningar som kan avse allt från inredningsarbete till mer omfattande renoveringar i många fall innebär att entreprenadarbete utförs i någon utsträckning. Det råder därför osäkerhet om i vilken utsträckning som sedvanliga s.k. hyresgäst Anpassningar ska upphandlas. Det står emellertid klart att det kan föreligga upphandlingsplikt för en offentlig hyresgäst vid anpassningar inför tillträdet eller arbeten under löpande hyresförhållande.

### **2.3.3 Offentliga hyresvärdar**

Det är inte ovanligt att ett kontrakt mellan en offentlig hyresvärd och en privat hyresgäst utöver regleringen av hyresförhållandet även reglerar den verksamhet som ska bedrivas i den upphandlande myndighetens lokaler. Det kan röra sig om tjänster som verksamhetsutövaren erbjuder och som offentlig sektor har intresse i och inflytande över. Sådan verksamhet kan bland annat bestå i att hyresgästen driver ett museum, tillhandahåller simundervisning i en kommunal simhall, svarar för mat och servering i offentliga representationslokaler eller bedriver äldreomsorg. Avtalsförhållandet kan även betecknas som ett samarbete mellan en offentlig hyresvärd och en privat hyresgäst. Genom samarbetet tillgodoses utbudet av samhällsviktiga tjänster, vilka offentlig sektor normalt har att svara för.<sup>41</sup>

Uthyrning av lokaler omfattas inte av upphandlingsregleringen. I kombination med att hyresgästen utför tjänster i lokalen kan en offentlig hyresvärd ändå bli tvungen att konkurrensutsätta anskaffningen av tjänster i samband med lokalupplåtelsen. En offentlig hyresvärd kan alltså omfattas av upphandlingsplikt.

---

<sup>41</sup> Någon egentlig gräns för vad som "normalt" är verksamhet som bedrivs av å ena sidan offentlig sektor och å andra sidan näringslivet får anses vara svår att dra. Samtidigt som offentlig sektor utför tjänster på områden som traditionellt sett ansetts förbehållna näringslivet (jfr. prop. 1990/91:117 s. 33 f.) ombesörjer näringslivet i allt större utsträckning välfärdstjänster (se Svenskt näringslivs rapport – Vad vore offentlig sektor utan företagen?).

## 2.4 Konsekvenser av åsidosatt upphandlingsplikt

### 2.4.1 Rättsmedel vid upphandlingsfel

Om en upphandlande myndighet antingen bryter mot reglerna vid en pågående upphandling eller åsidosätter skyldigheten att annonsera finns i 16 kap LOU en rad åtgärder som kan vidtas. En leverantör som lider skada kan begära överprövning av en upphandling eller av ett avtals giltighet om det inte upphandlingsförfarandet iakttas.<sup>42</sup>

När myndigheten är en hyresgäst som behöver verksamhetsanpassa den förhyrda lokalen är det framförallt att avtal ingås utan föregående annonsering som är problematiskt, vilket kan antas bero på att gränsdragningen mellan hyra och entreprenad inte är tydlig. Detta leder till kringgåenden av upphandlingsplikten, medvetet eller omedvetet.<sup>43</sup> Sedan några år tillbaka finns särskilda rättsmedel som avser att förhindra sådana kringgåenden, så kallad direktupphandling.<sup>44</sup> Efter en leverantörs ansökan om överprövning är det möjligt att *ogiltigförklara avtal* i domstol. Det innebär att avtalet drabbas av civilrättslig ogiltighet. Ogiltigheten är retroaktiv varmed utförda prestationer är tänkta att återgå. Är detta inte möjligt ska förmögenhetsläget återställas.<sup>45</sup> Ett avtal får dock inte ogiltigförklaras om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse.<sup>46</sup>

Doktrinen om tvingande hänsyn förekommer inom olika områden i EU-rätten och utgör grund för undantag från den fria rörligheten. Artikel 340 ska liksom andra undantag från den fria rörligheten tolkas restriktivt. Hänsyn får bland annat tas till allmän ordning och säkerhet, skydd för liv och hälsa etcetera.<sup>47</sup> I regel får ekonomiska intressen endast beaktas i begränsad omfattning.<sup>48</sup> Ekonomiska intressen med direkt koppling till kontraktet i samband med upphandling omfattas inte av allmänintresset.<sup>49</sup> Är

---

<sup>42</sup> Se 16 kap. 4 § LOU beträffande möjligheten till överprövning. Pågående upphandlingar prövas enligt 16 kap. 6 § LOU medan överprövning av ett avtals giltighet prövas enligt 16 kap. 13 § LOU.

<sup>43</sup> Se Konkurrensverkets rapportserie 2011:2, *Fallgropar vid entreprenadupphandlingar*, med hänvisningar till tillsynsärenden.

<sup>44</sup> Prop. 2009/10:180 s. 100 och skäl 13 till upphandlingsdirektivet. Beträffande terminologin, se t.ex. Konkurrensverkets rapportserie 2011:2, *Fallgropar vid entreprenadupphandlingar*.

<sup>45</sup> Prop. 2009/10:180 s. 361 f. Den praktiska betydelsen av att avtalet ogiltigförklaras när det är fråga om hyresgäst Anpassningar kan dock ifrågasättas, åtminstone i de fall som hyresgäst Anpassningar hunnit färdigställas innan ogiltighet inträder. Det skulle nämligen vara orimligt om prestationerna återgår i ett sådant sammanhang, samtidigt som parterna endast kan teckna ett nytt avtal avseende hyra. Ett sådant avtal bör inte kunna ingås med bindande verkan om sanktionen är tänkt att fylla någon funktion. Antagligen måste ett hyresavtal som ingås i efterhand därför betraktas som upphandlingspliktigt.

<sup>46</sup> Se 16 kap. 14 § LOU.

<sup>47</sup> Prop. 2009/10:180 s. 138.

<sup>48</sup> A. prop. s. 137.

<sup>49</sup> Enligt artikel 2d punkten 3 i upphandlingsdirektivet avses med direkt koppling t.ex. kostnader för förseningar i samband med fullgörandet av kontraktet, kostnader i samband med inledandet av ett nytt upphandlingsförfarande, kostnader i samband med byte av ekonomisk aktör samt kostnader för rättsliga skyldigheter i samband med ogiltighet.

konsekvenserna av att hänsyn inte tas till ekonomiska intressen oproportionerliga eller orimliga och är kontraktet viktigt för myndigheternas tillhandahållande av service till samhället bör intresseavvägningen leda annorlunda.<sup>50</sup>

Därtill finns en möjlighet för konkurrensverket att ta upp frågan om *upphandlingsskadeavgift* i domstol. Om ett avtal anses bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse föreligger däremot en skyldighet för konkurrensverket att föra en sådan talan.<sup>51</sup> Upphandlingsskadeavgiften får uppgå till 10 miljoner kronor och är begränsad till ett belopp motsvarande 10 % av kontraktets värde.<sup>52</sup>

*Skadeståndsskyldighet* kan även uppkomma i förhållande till motparten i det avtalsförhållande där avtalet ogiltigförklaras eller gentemot de leverantörer som inte fått chansen att delta i en upphandling.<sup>53</sup> I det fall ett avtal ogiltigförklaras kan det röra sig om skada som myndighetens medkontrahent ådragit sig till följd av kostnader för att ett kontrakt börjat fullgöras.<sup>54</sup> Av rättspraxis kan utläsas att en skälig ersättning bör utgå. Bland annat ligger faktorer som överträdelsens karaktär, nedlagda kostnader och utsikter till vinst till grund för uppskattningen av ersättningen.<sup>55</sup> Beaktande av om motparten var i ond eller god tro bör även vara möjligt vid en skälighetsbedömning.<sup>56</sup>

Liksom vissa remissinstanser påpekat föreligger en risk för att möjligheten att ogiltigförklara avtal kan verka hämmande på intresset av att ingå kontrakt med offentliga organ.<sup>57</sup> Detta torde inte minst vara fallet för privata hyresvärdar med anledning av den osäkerhet som råder avseende hyresundantagets tillämplighet. Riskerna vid en felaktig tillämpning av hyresundantaget är alltså betydande i den bemärkelsen att hyresavtalet kan komma att upphöra och avgifter tvingas betalas.

## 2.4.2 Statsstöd

Om upphandlande myndigheter underlåter att iaktta upphandlingsförfarandet är det inte alltid möjligt att garantera att anskaffningen skett till ett marknadsmässigt pris. Om kontraktet sluts till överpris är det vidare tänkbart att myndighetens agerande kan komma

---

<sup>50</sup> Prop. 2009/10:180 s. 362.

<sup>51</sup> 17 kap. 1 och 2 §§ LOU.

<sup>52</sup> 17 kap. 4 § LOU.

<sup>53</sup> Se 16 kap. LOU.

<sup>54</sup> Se prop. 2009/10:180 s. 226.

<sup>55</sup> Se NJA 2000 s. 712 och NJA 2007 s. 349. Enligt förarbetena är dessa rättsfall, som förvisso avser *leverantör* som lidit skada, även tillämpliga ifråga om skada som orsakats medkontrahenten till följd av avtalets ogiltighet, se prop. 2009/10:180 s. 226.

<sup>56</sup> Se prop. 2009/10:180 s. 226.

<sup>57</sup> Se remissyttrande över betänkande Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet (Ds 2009:30), Stockholms kommun (PM 2009:RI, Dnr 001-1516/2009) s. 4 som återges i prop. 2009/10:180 s. 127.

att betraktas som ett stöd åt det företag som står för leveransen.<sup>58</sup> Sådant beteende från myndigheters sida riskerar att hota konkurrensen på marknaden genom att vissa privata aktörer gynnas framför andra. För att förhindra en sådan ordning föreskriver EU:s primärrätt ett förbud mot att statligt stöd lämnas, se artikel 107.1 FEUF. Från förbudet föreskrivs undantag i artikel 107.2-107.3 FEUF. Med stöd av artikel 108 FEUF har Kommissionen kompetens att övervaka och ingripa vid olagligt statsstöd enligt ett system som bygger på förhandsgranskning. Granskningsförfarandet innebär bland annat att tilltänkta statsstöd ska anmälas till Kommissionen. Eftersom förbudsregeln är den enda relevanta för uppsatsens frågeställningar kommer övrig reglering inte behandlas närmare.

Med otillåtet statsstöd avses åtgärder genom vilka (i) en ekonomisk fördel lämnas (ii) av staten eller i form av statliga medel (iii) som snedvrider konkurrensen och har (iv) mellanstatlig påverkan. Sådana åtgärder är enligt artikel 107.1 FEUF oförenliga med den inre marknaden och därmed förbjudna.

En ekonomisk fördel kan lämnas i form av till exempel direkta subventioner, skattelättnader, lägre ränta eller fördelaktiga lånevillkor. Det behöver inte endast röra sig om positiva förmåner utan även reduktion av avgifter etcetera räknas.<sup>59</sup> Enligt EU-domstolen ska frågan om statligt stöd har lämnats, bedömas mot bakgrund av om det aktuella företaget erhållit en ekonomisk fördel vilken företaget inte skulle ha fått under normala marknadsmässiga förhållanden.<sup>60</sup> Det innebär att myndigheters förvärv som exempelvis sker till underpris kan betraktas som statligt stöd i EU-rättslig mening. Genom att förvärv föregås av annonsering i enlighet med upphandlingsregleringen är det dock möjligt att försäkra sig om att konkurrensutsatta köp leder till marknadsmässiga priser. Risker för att statsstöd utbetalas infinner sig därför antingen vid fall av otillåten direktupphandling eller vid myndigheters anskaffningar som inte är upphandlingspliktiga, såsom tjänstekoncessioner. Den sista situationen får jag anledning att återkomma till i analysen av vilken betydelse upphandlingsregleringen får för en offentlig hyresvärds möjlighet att säga upp kontrakt med inslag av både tjänst och hyra.

---

<sup>58</sup> För en utförligare diskussion avseende relationen mellan offentlig upphandling och statsstödsrätten, se t.ex. Bartosch, *The Relationship Between Public Procurement and State Aid Surveillance – The Toughest Standard Applies*, s. 551 ff.

<sup>59</sup> Craig & de Búrca, *EU Law – Text, Cases and Materials*, s. 1088 ff.

<sup>60</sup> Mål C-39/94, *SFEI m.fl. mot La Poste*, p. 60.

## 3 Hyresbegreppet enligt 12 kap JB

### 3.1 Definition av hyra

Hyra föreligger enligt jordabalkens definition i de fallen (i) hus eller del av hus, (ii) upplåts till nyttjande, (iii) genom avtal och (iv) mot ersättning, se 12 kap. 1 § 1 st. JB. Därmed uppställs fyra rekvisit för att hyra ska anses föreligga. Definitionen av hyra är viktig eftersom det inte är avsett och inte heller lämpligt att tillämpa hyresbestämmelserna på avtalsförhållanden för vilka reglerna inte är avsedda.<sup>61</sup> Av denna anledning kommer rekvisiten som konstituerar hyra behandlas mer ingående.

Ett bindande *avtal* om hyra ingås genom att parterna utbyter överensstämmande viljeförklaringar i enlighet med allmänna avtalsrättsliga regler. Det beror på att hyreslagen inte föreskriver några formkrav eller på annat sätt reglerar hur avtal sluts.<sup>62</sup> Enligt avtalsrätten uppstår bundenhet redan genom muntliga överenskommelser.<sup>63</sup> Därtill anses en utfästelse att i framtiden hyra ut en lokal vara bindande.<sup>64</sup> Till skillnad från kontraktsdefinitionen i LOU behöver hyreskontraktet alltså inte vara skriftligt (se avsnitt 2.2). Denna skillnad gör det dock inte möjligt att ingå hyreskontrakt och samtidigt undvika en eventuellt upphandlingspliktig situation enligt LOU. Som nämdes i föregående avsnitt skulle utbyte av viljeförklaringar räcka för att kunna göra gällande rättsmedel i fall av upphandlingsfel. Kontraktsdefinitionen i LOU fyller alltså en annan funktion än att ange formen för vad som utgör ett giltigt avtal.

Med upplåtelse av *hus eller del av hus* avses normalt affärslokal, villa, garage etcetera.<sup>65</sup> Oavsett om upplåtelse sker av t.ex. en museibygnad eller kontorslokal bör det inte råda någon tvekan om att rekvisitet är uppfyllt, eftersom det måste vara fråga om hyra av ett hus eller del av hus.<sup>66</sup> Något som möjligtvis kan vara problematiskt är när avtal träffas om upplåtelse av en byggnad som ännu inte upprättats, eller del av hus som inte färdigställts. Förutom de rekvisit som fastslagits i jordabalken har nämligen ytterligare krav ställts upp i rättspraxis som kräver att hyresobjektet är bestämt och lokaliserat.<sup>67</sup>

---

<sup>61</sup> Jfr. Björkdahl, *Hyra av bostad och lokal*, s. 29.

<sup>62</sup> Se a.a.s. 20.

<sup>63</sup> Se lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område. Förutom kravet på anbud och accept föreskriver lagen inte några formkrav, varvid bl.a. muntliga avtal kan träffas, se Adlercreutz & Gorton, *Avtalsrätt I*, s. 20.

<sup>64</sup> Se Björkdahl, *Hyra av Bostad och Lokal*, s. 21.

<sup>65</sup> Bengtsson, Hager & Victorin, *Hyra och annan nyttjanderätt till fast egendom*, s. 35 f.

<sup>66</sup> Lejman, *Om begreppet nyttjanderätt till fast egendom*, s. 11 f.

<sup>67</sup> Se NJA 2001 s. 10 där ett avgörande skäl till varför upplåtelsen inte kunde betraktas som hyra var att hyresobjektet inte var klart definierat. Omständigheterna var sådana att Stockholms Lokaltrafik lämnat tillstånd till att ställa upp bord för försäljning vid valfri tunnelbanestation.

Under förutsättning att avtalet omfattar anvisningar om byggnadens eller lokalens läge, omfång och form, bör hyresobjektet dock vara tillräckligt utpekat enligt vad som just sagts. Det innebär att hyreskontrakt under dessa omständigheter kan tecknas även avseende upplåtelseobjekt som ännu inte uppförts. Betydelsen av att civilrättsliga hyreskontrakt kan avse både befintliga och icke befintliga byggnader uppenbarar sig vid en jämförelse med definitionen av hyra enligt LOU vilken är betydligt snävare.<sup>68</sup> När hyresdefinitionerna på detta sätt inte överensstämmer blir konsekvensen att upphandlingsplikt i vissa fall föreligger avseende rena civilrättsliga hyresförhållanden. Hyresundantaget i LOU tillämpas därför inte alltid när avtalsförhållandet avser hyra enligt 12 kap. JB. Är parterna inte uppmärksamma och låter de exempelvis uppföra upplåtelseobjektet utan ett föregående anbudsförfarande kan situationen bedömas som en otillåten direktupphandling.

När hyresgästen i gengäld mot nyttjanderätten svarar med en motprestation, såsom pengar eller arbete, anses *ersättning* utgå för upplåtelsen.<sup>69</sup> Detta rekvisit motsvarar sålunda i huvudsak kravet på ekonomiska villkor enligt den upphandlingsrättsliga kontraktsdefinitionen (jfr avsnitt 2.2).

Slutligen måste det även vara fråga om *upplåtelse till nyttjande* för att hyra ska föreligga enligt jordabalkens definition. Det innebär att en juridisk eller fysisk person ensam äger disponera över ett visst utrymme men även att nyttjandet är det övervägande momentet i avtalet.<sup>70</sup> Är rätten att använda en lokal endast en av flera förpliktelser under avtalet är det emellertid inte säkert att hyresbestämmelserna alls är tillämpliga på avtalsförhållandet. Ett exempel på sådana avtal är när hyresrätten är förenad med utförandet av en tjänst eller samarbete i en verksamhet. Inslag i ett hyreskontrakt som är främmande för ett hyresförhållande eller som medför att upplåtelsen endast utgör ett underordnat moment, innebär att kravet på upplåtelse till nyttjande inte kan anses uppfyllt.<sup>71</sup> Skulle det brista i rekvisitet är det alltså inte överhuvudtaget fråga om hyra i lagens mening.<sup>72</sup> Det är dock möjligt att 12 kap JB kan tillämpas avseende hyreskontraktet, förutom i den del som inte avser hyra (se avsnitt 3.3).

---

<sup>68</sup> Se avsnitt 4.1-4.2.

<sup>69</sup> Se Holmqvist & Thomsson, *Hyreslagen – En kommentar*, s. 8. Notera även att 12 kap. 19 § 3 st. JB kräver att hyran är till beloppet bestämd, i annat fall utgår hyran med skäligen belopp, se 4 st. samma lagrum.

<sup>70</sup> Se Björkdahl, *Hyra av bostad och lokal*, s. 31 f.

<sup>71</sup> Se t.ex. RBD 8:94 och NJA 1971 s. 129. I NJA 1971 s. 129 avsåg hyresavtalet ”bedrivande av restaurang- och serveringsrörelse” samt ”lokaler avsedda för kioskförsäljning”. Vidare var upplåtarens och nyttjanderättshavarens vardera verksamheter nära förbundna till varandra. Trots många för hyra främmande inslag så var dessa moment ej av sådan beskaffenhet att det fräntog avtalets karaktär av hyra. Se även Björkdahl, *Hyra av bostad och lokal*, s. 43.

<sup>72</sup> Beträffande att blandade avtal kan hänföras till rekvisitet i fråga, se Björkdahl, *Hyra av bostad och lokal*, s. 32.

## 3.2 Hyreskontraktets omfattning

### 3.2.1 Särskilt om arbeten som utförs i hyresgästens lokaler

Om ovanstående villkor är uppfyllda föreligger en nyttjanderätt till ett utpekat objekt. Vad som närmare följer av nyttjanderätten är däremot inte nödvändigtvis givet. Därför bör hyreskontraktet även ange t.ex. vilket tillträdesdatum som gäller för upplåtelsen, vilken ersättning (hyra) som ska utgå, vilket skick som lägenheten ska befinna sig i vid tillträdet respektive under avtalstiden samt hur underhåll av det avtalade skicket ska skötas. I viss utsträckning fyller lagfästa normer i 12 kap. JB ut kontraktet om inget avtalats i en viss fråga. Bland annat ska hyresvärden i sådana fall enligt 12 kap. 9 § JB tillhandahålla hyresobjektet i brukbart skick för det avsedda ändamålet. Motsvarande skick ska även upprätthållas under hyrestiden vilket framgår av 15 §. Utgångspunkten är den allmänna avtalsrättsliga och när avtal träffats om lokalens skick är avtalet sålunda avgörande för tillträdesskicket.<sup>73</sup>

Vid lokalhyra är det inte ovanligt att justeringar av hyresavtalet sker efter den specifika situationen och att parterna avtalar om annat än vad jordabalkens dispositiva regler föreskriver. Parterna kan exempelvis komma överens om att hyresgäst Anpassning av lokalen ska ske, antingen genom att det tas in som ett villkor inför tillträdet eller genom att de beslutar om saken efterhand under löpande hyresförhållande. Utöver vad som specifikt angivits i avtalet måste enligt lagförarbetena även upplåtelseändamålet och de naturliga förutsättningar som avtalet vilar på tas i beaktande vid iordningställandet av lokalen inför tillträdet.<sup>74</sup> Hyresgäst Anpassningar kan exempelvis ske innan tillträdet för att möjliggöra att viss verksamhet kan bedrivas i lokalen i enlighet med upplåtelseändamålet. De kan också äga rum under hyrestiden, bland annat när verksamhetsinriktningen avser att ändras eller när verksamheten skulle kunna förbättras genom att anordningar byts ut till mer moderna. Rent praktiskt anpassas lokalerna ofta på hyresgästens bekostnad, t.ex. genom hyrespåslag motsvarande kostnaderna för nedlagt arbete. Detta utesluter dock inte att hyresvärden ombesörjer själva arbetet, särskilt beträffande arbeten inför tillträdet (hyresvärden kan då i sin tur ingå ett entreprenadkontrakt med tredje man eller utföra arbetena på egen hand). En sådan ordning faller sig naturlig med beaktande av hyresvärdens förpliktelser som följer av att det föreligger ett hyresförhållande mellan parterna från det att hyresgästen tillträder lokalerna.

---

<sup>73</sup> Jfr 17 § köplagen (1990:931), 16 § konsumentköplagen (1990:932), 9 § konsumenttjänstlagen (1985:716) och 4 kap. 19 § JB. Se även Björkdahl, *Hyra av bostad och lokal*, s. 93.

<sup>74</sup> Se NJA II 1908 nr. 5:1 s. 139.

Villkor om hyresgästanpassning kommer sannolikt att förstås som avtal om hyresobjektets skick. Standarden som anges i 12 kap. 9 § eller 15 § JB ska då inte gälla. Anledningen till att den utfyllande regeln ändå berörs i detta sammanhang är att den säger något om hur hyresgästanpassningar som företeelse betraktas i en hyresrättslig kontext. En förklaring till att hyresgästanpassningar civilrättsligt ses som en del av hyreskontraktet bör vara att sådant arbete påverkar vilket skick lokalen upplåts i, samt att det skick som fordras i sin tur är ett resultat av enligt lag bunden utfyllning av hyreskontraktet om skicket inte regleras i avtalet.<sup>75</sup> På sätt och vis är det därför möjligt att tala om att 12 kap. JB innehåller regler som omfattar hyresgästanpassningar. När avtalet inte föreskriver något ska som nämnts brukbart skick för det avtalade ändamålet anses som godtagbar standard för hyresförhållandet. Tillställer inte hyresvärden lokalen i det avtalade skicket, inbegripet hyresgästanpassningar, åsidosätter han sina förpliktelser enligt 12 kap. JB vilket i sin tur kan aktualisera påföljdsreglerna enligt samma kapitel, se 11 och 16 §§. Mot bakgrund av det anförda kommer parternas avtal om skick och underhåll vara underkastade den hyresrättsliga regleringen. Om hyresgästen själv vidtar ändringar avseende hyresobjektet, med eller utan avtalat godkännande av hyresvärden, är även det en situation som lyder under det hyresrättsliga regelverket. Hyresgästen ska i sådana fall inte bara ersätta hyresvärden för de skador som åtgärderna i lokalerna orsakar enligt 12 kap. 24 § JB, utan han är även förpliktigad att återställa lokalen till ursprungligt skick vid sin avflytt.<sup>76</sup>

Hyresgästanpassningar kommer alltså att omfattas av den hyresrättsliga regleringen, oavsett av vem de vidtas och på vems bekostnad. Sådan är emellertid inte utgångspunkten på upphandlingsrättens område. Hyresgästanpassningar omfattas då ofta av LOU:s regler om byggtreprenad och inte av de som avser hyra, varom mer nedan (se avsnitt 4).

### **3.2.2 Ändring av hyresvillkoren eller hyresobjektet?**

Åtaganden och förpliktelser om att tillställa lokalen i ett visst skick kan vara av olika karaktär. Vid anpassningar inför tillträdet bör det framförallt vara fråga om ombyggnationer i olika utsträckning av ett på förhand och i kontraktet bestämt upplåtelseobjekt. Anpassningar som äger rum under hyrestidens gång kan dessutom tänkas omfatta en förändring av upplåtelseobjektet som sådant, exempelvis genom en

---

<sup>75</sup> Beträffande bunden utfyllning, jfr. Mellqvist, *Entreprenadrätten och kontraktsrättens finrum*, s. 236.

<sup>76</sup> Victorin, *Kommersiell hyresrätt*, s. 184.



tillbyggnation som ökar lokalytan. Om hyresgäst Anpassningar sker under löpande hyreskontrakt blir det relevant att avgöra om sådana åtaganden ska anses utgöra ett tillägg till hyresvillkoren i befintligt kontrakt eller anses reglera hyresobjektet som sådant.<sup>77</sup> Konsekvenserna av hur sådana åtaganden kategoriseras är skilda och beror förenklat på om det är fråga om ombyggnation eller tillbyggnation.

Av NJA 2007 s. 303 framgår att förändringar av upplåtelseobjektets storlek, t.ex. fall av tillbyggnation, innebär att upplåtelseobjektet förändras. Eftersom omfattningen av hyresobjektet bestäms av hyresavtalet (jfr. avsnitt 3.1) innebär en sådan disposition att befintligt hyreskontrakt upphör och att ett nytt hyreskontrakt ingås avseende den större lokalen. Detta för med sig att ett nytt hyresförhållande inleds i samband med tecknandet av kontraktet avseende den nya lokalstorleken.<sup>78</sup> I samband med hyresgäst Anpassningar är det alltså viktigt att skilja mellan åtaganden om ombyggnad respektive tillbyggnad. Som det senare ska visa sig kan denna företeelse få betydelse för om upphandlingsplikt föreligger i samband med hyresgäst Anpassningar, något som i sin tur kan bli avgörande för om en konflikt föreligger mellan regelverken – d.v.s. 12 kap JB och LOU – i den enskilda situationen.<sup>79</sup> Huruvida ett åtagande betraktas som ett hyresvillkor eller som en överenskommelse om hyresobjektet som sådant kan antas bli relevant för frågan om hyresundantagets tillämpning. Den närmare betydelsen av olika åtaganden från kontraktsrättslig synpunkt kommer att diskuteras mer utförligt nedan (se avsnitt 6.3).

Sammanfattningsvis är det viktigt att ha i åtanke att den civilrättsliga utgångspunkten är att eventuella överenskommelser om hyresgäst Anpassning normalt omfattas av hyreskontraktet. För att avgöra hyreskontraktets närmare omfattning är det inte alltid tillräckligt att beakta enskilda villkor, dessa måste i sin tur ses mot bakgrund av ändamålet samt övriga förutsättningar för avtalets ingående. Därtill bör parterna vara uppmärksamma på att åtaganden om hyresgäst Anpassning kan innebära att ett nytt hyreskontrakt anses ingått.

### 3.3 Blandade kontrakt

När ett avtal innehåller delar från olika rättsområden föreligger ofta en svårighet att bestämma vilka rättsfrågor som ska avgöras av 12 kap. JB och i vilken utsträckning dessa regler ska påverka avtalsförhållandet i de delar det inte rör sig om ett renodlat

---

<sup>77</sup> Björkdahl, *Hyra av bostad och lokal*, s. 33.

<sup>78</sup> Se t.ex. NJA 2007 s. 303. Jfr även Björkdahl, *Hyra av bostad och lokal*, s. 33 f.

<sup>79</sup> Se avsnitt 6.3.1.

hyresförhållande.<sup>80</sup> Traditionellt sett har uppfattningen varit att 12 kap. JB ska tillämpas avseende hela det kontrakt vars huvudsakliga moment utgörs av ett hyresförhållande.<sup>81</sup> Genom ett sådant synsätt klassificerar man ett helt avtalsförhållande som lokalhyra, förutsatt att hyresmomentet inte framstår som underordnat i avtalet, vilket för övrigt bör vara ett ganska högt ställt krav.<sup>82</sup> Man får då godta att 12 kap. JB inte i alla delar passar så väl in i sammanhanget.<sup>83</sup> Detta kan dock medföra att de särdrag som ett sådant kontrakt innebär inte beaktas i tillräcklig utsträckning.<sup>84</sup>

Av samma anledning som definitionen av hyra är viktig kan det emellertid inte heller anses lämpligt att 12 kap. JB tillämpas på andra delar av ett avtal än de som avser just hyresförhållandet. Det kan uttryckas som att en hyresgäst inte kan anses förtjänt av skydd enligt bl.a. reglerna om uppsägning i 12 kap. 57 § JB i den delen avtalet med hyresvärden exempelvis reglerar verksamheten som hyresgästen bedriver. Motsvarande ståndpunkt får anses ha kommit till uttryck genom NJA 2007 s. 1018. Tvisten i målet avsåg huruvida hyreslagens uppsägnings- och ersättningsregler kunde tillämpas på hela avtalsförhållandet, där såväl lokalhyra som verksamheten som sådan reglerades. Det ska noteras att Högsta domstolen inte prövade om samarbetsavtalet var möjligt att säga upp enligt 12 kap. JB. Istället utgick domstolen från att samarbetsavtalet rimligen måste ha varit möjligt att säga upp.

I litteraturen har en metod för hur blandade kontrakt ska hanteras utkristalliserats mot bakgrund av domskälen i nyssnämnda rättsfall. Metoden innebär att den relevanta rättsfrågans art ska vara bestämmande för vilket regelverk som ska tillämpas för att avgöra en viss rättsfråga, såsom möjligheten att säga upp ett kontrakt. Om rättsfrågan avser affärssamarbetet snarare än hyresförhållandet kan tänkas att den är av sådan karaktär att den bör lösas enligt andra regler än 12 kap. JB. Vid en hyresrättslig förlängningstvist som avser ett blandat kontrakt är det lämpligt att ställa sig frågan om rättsföljden av att vissa regler tillämpas är önskvärd.<sup>85</sup> Är det exempelvis önskvärdt att en hyresvärd vid uppsägning av ett blandat kontrakt kan bli ersättningsskyldig för det positiva kontraktssintresset, sett till motsvarande regler på civilrättens område?<sup>86</sup>

---

<sup>80</sup> Björkdahl, *Hyra av bostad och lokal*, s. 43.

<sup>81</sup> Se t.ex. NJA 1949 s. 209 samt NJA 1971 s. 129.

<sup>82</sup> Bengtsson, Hager & Victorin, *Hyra och annan nyttjanderätt till fast egendom om*, s. 37 och särskilt not 8.

<sup>83</sup> A.a.s. 37 f.

<sup>84</sup> Jfr. Björkdahl, *Tvistlösning vid samarbeten där det ingår ett lokalyresavtal*, s. 83. Jfr. även NJA 1971 s. 129 där Högsta domstolen konstaterade att man i sådana rättsförhållanden det nu är fråga är möjligt att ta skälig hänsyn till den speciella natur som rättsförhållandet uppvisar vid tillämpningen av 12 kap. JB.

<sup>85</sup> Björkdahl, *Tvistlösning vid samarbeten där det ingår ett lokalyresavtal*, s. 90.

<sup>86</sup> Jfr. 28 § lagen (1991:351) om handelsagentur (HagL), 52 § lagen (1914:45) om kommission (KommL) m.fl. vilka Högsta domstolen hänvisade till i sina skäl.

Sett i relation till LOU är valet av metod för att hantera blandade kontrakt intressant eftersom det påverkar i vilken utsträckning hyresregleringen tillämpas på avtalsförhållandet. Bedömningen är inte minst betydelsefull i situationer när en offentlig hyresvärd behöver säga upp en privat hyresgäst tillika tjänsteleverantör i syfte att upphandla en ny sådan motpart. I en sådan situation är det liksom i de angivna exemplen problematiskt om besittningsskydd råder.

## 4 LOU:s tillämplighet på hyreskontrakt

### 4.1 Hyresundantaget

#### 4.1.1 Definition av hyra

Inom EU-rätten finns inga specifika regler för hyra. Kontrakt som avser hyra har dessutom undantagits upphandlingsregleringens tillämpningsområde. Det så kallade hyresundantaget som fastslås i 1 kap. 6 § LOU föreskriver att lagen inte gäller för kontrakt som avser förvärv av fastighet, arrenderätt, hyresrätt, bostadsrätt, tomträtt, servitutsrätt eller någon annan rättighet till fastighet. En textuell tolkning ger vid handen att hyra utgör undantag från LOU i dess helhet och inte enbart från skyldigheten att upphandla.

Hyresundantaget tillkom i syfte att exkludera kontrakt som beroende av dess särdrag inte kan anses lämpade för upphandling.<sup>87</sup> Vad som avses med särdrag förklaras emellertid inte närmare. Ett sätt att förstå undantaget är att fastighetens icke-generiska art gör den olämplig för upphandling. Är exempelvis en kommun intresserad av att förvärva en specifik fastighet är det inte rimligt att begära in anbud från flera fastighetsägare avseende andra fastigheter.<sup>88</sup> En ytterligare anledning till undantaget är att utrymmet för mellanstatlig konkurrens är begränsat i fråga om fastighetsrelaterade rättigheter. En förutsättning för att ett förvärv av fastighet eller nyttjanderätt till fastighet ska vara lämpad för verksamheten i fråga får nämligen anses vara att fastigheten är belägen i den medlemsstat där verksamheten bedrivs.<sup>89</sup> Genom avsaknaden av gränsöverskridande intresse blir det inte heller aktuellt att tillämpa de EU-rättsliga principerna på hyreskontrakt.<sup>90</sup>

Någon egentlig definition av vad som utgör hyra framgår inte av hyresundantaget. EU-domstolen har emellertid fastslagit som utgångspunkt att undantagen från fördragets regler som avser att säkerställa rättigheter på upphandlingsområdet ska tolkas restriktivt. I linje med detta ankommer det på den som vill göra gällande ett undantag från reglerna

---

<sup>87</sup> Se skäl 24 till upphandlingsdirektivet. Se även Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, s. 303.

<sup>88</sup> Rosén Andersson m.fl., *Lagen om offentlig upphandling – En kommentar*, s. 61.

<sup>89</sup> Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, s. 303.

<sup>90</sup> Det kan noteras att eftersom principerna har ställning som primärrätt så gäller de alldeles oavsett eventuella undantag i LOU, förutsatt att kontraktet är av gränsöverskridande intresse. För en utförlig redogörelse avseende EU:s primärrätt och dess tillämplighet på kontrakt som undantas från upphandlingsdirektivet samt upphandlingsplikt enligt LOU, se Sundstrand, *Primärrättens reglering av offentliga kontrakt*.

att visa varför undantaget ska tillämpas.<sup>91</sup> Därtill har EU-domstolen understrukit att upphandlingsdirektivet ska tolkas så att dess ändamålsenliga verkan säkerställs.<sup>92</sup> Det har då ansetts sakna betydelse vad ett kontrakt betecknas som. Avgörande för dess klassificering är istället hur kontraktet förstås i funktionella termer.<sup>93</sup> Följden tycks vara att samtliga avtal som omfattas av EU-rättens tillämpningsområde ska upphandlas.<sup>94</sup> Dessa utgångspunkter får enligt min uppfattning anses viktiga för att undvika kringgåenden och för att tillgodose ändamålen med upphandlingslagstiftningen på bästa sätt.

Hyresundantaget utgår från förvärv av fastighet eller fastighetsrelaterade rättigheter. I definitionen av fastighet ingår befintlig byggnad. Av 1 kap. 2 § LOU framgår att: *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.*<sup>95</sup> För att klargöra innebörden av undantaget måste det bland annat utredas vad som är befintlig byggnad.

Vad som avses med ”befintlig byggnad” framgår inte av upphandlingsregleringen och det är därmed oklart vad som egentligen menas med begreppet. I förarbetena till LOU anförs att terminologin ämnar klargöra att undantaget för köp och hyra av byggnader inte omfattar byggentreprenadkontrakt.<sup>96</sup> Som det senare ska visa sig är uppförandet av en byggnad ett avgörande rekvisit för att en prestation ska anses utgöra en upphandlingspliktig byggentreprenad enligt 2 kap. 3 § LOU. Det alltså särskilt tydligt att entreprenadarbeten inte kan utgöra hyra och att 2 kap. 3 § LOU kan användas för att förklara innebörden av 1 kap. 6 § LOU (som kräver att byggnaden är befintlig) samt för att klargöra när undantaget är tillämpligt. Mot bakgrund av den tolkningsvägledning som presenterats i EU-domstolens rättspraxis enligt ovan verkar lagstiftarens resonemang inte vara begränsat till byggentreprenadarbeten. Med andra ord bör samtliga anskaffningar som faller inom LOU:s tillämpningsområde kunna uteslutas från hyresbegreppet. Sålunda synes definitionen av olika – i synnerhet upphandlingspliktiga – anskaffningar som omfattas av LOU bli viktig för att avgöra om hyresundantaget är tillämpligt i det

---

<sup>91</sup> Se exempelvis förenade målen C-20/01 och C-28/01, *Kommissionen mot Tyskland*, p. 58. Jfr hänvisningen till EU-domstolens avgöranden i den svenska propositionen, prop. 2006/07:128 s. 291.

<sup>92</sup> Mål C-399/98 *Ordine degli Archetti*, p. 52.

<sup>93</sup> Mål C-399/98 *Ordine degli Archetti*, p. 63-75.

<sup>94</sup> Rosén Andersson m.fl., *Lagen om offentlig upphandling – En kommentar*, s. 62.

<sup>95</sup> Jfr. ordalydelsen i artikel 16 upphandlingsdirektivet som lyder “[t]his Directive shall not apply to public contracts for the acquisition or rental of existing buildings...”.

<sup>96</sup> Prop. 2006/07:128 s. 290.

enskilda fallet. Innebörden av undantaget blir alltså i någon mån negativt bestämt. Olika förvärv som faller inom lagens tillämpningsområde och som är av intresse i samband med hyra kommer därför att behandlas i det följande (se avsnitt 4.2-4.3).

#### 4.1.2 Blandade kontrakt

Ett avtal som innebär att en *offentlig hyresgäst*, förutom rätten till nyttjande, även får lokalen iordningställd efter avsedd användning innehåller inte sällan moment av både hyra och byggtreprenad. På samma sätt är det inte ovanligt att en *offentlig hyresvärd* upplåter lokal med en rätt och skyldighet att bedriva viss verksamhet i lokalen som myndigheten har intresse i. I båda dessa praktiska situationer omfattar hyreskontraktet moment både av hyra och av anskaffningar som omfattas av LOU. Ett kontrakt kan alltså innefatta båda delarna om något av rekvisiten för byggtreprenad, tjänst eller tjänstekoncession är uppfyllda.

Bedömningen av om ett kontrakt som delvis lyder under upphandlingsregleringen, delvis ska undantas enligt hyresundantaget, beror först och främst på om delarna är så sammanbundna att de inte kan separeras.<sup>97</sup> Om delarna inte kan separeras är kontraktets huvudsakliga ändamål avgörande för vilka bestämmelser som ska tillämpas avseende hela kontraktet.<sup>98</sup> Om det huvudsakliga ändamålet utgörs av en prestation som är undantagen upphandlingsplikt blir kontraktet i dess helhet undantaget upphandlingsplikt och inte endast den huvudsakliga delen.<sup>99</sup> Kan kontraktets olika delar separeras ska de däremot bedömas var för sig. D.v.s., en del som faller under 1 kap. 6 § LOU (hyresundantaget) behöver inte upphandlas, men det behöver den delen som omfattas av exempelvis 2 kap. 3 § LOU (byggtreprenad).

Vid bedömningen av om ett kontraktets olika delar är möjliga att separera synes EU-domstolen ha utgått från om avtalet endast kan ingås med en motpart.<sup>100</sup> Som det senare ska visa sig kommer arbeten som utförs åt en *offentlig hyresgäst* i vissa situationer inte kunna utföras av annan än hyresvärden. I sådana fall ligger det därför nära till hands att betrakta kontrakt med moment av både hyra och byggtreprenad som en enhet, varvid samma regler tillämpas avseende hela kontraktet (se avsnitt 6). På motsvarande sätt bör det förhålla sig i situationer när kontrakt innehåller moment av hyra och tjänst, om den

---

<sup>97</sup> Förenade målen C-145/08 och C-149/08, *Club Hotel Loutraki*, p. 48.

<sup>98</sup> Konkurrensverkets rapportserie 2011:2, *Fallgropar vid entreprenadupphandlingar*, s. 7; C-536/07 *Kommissionen mot Tyskland*, p. 57.

<sup>99</sup> Jfr. förenade målen C-145/08, *Club Hotel Loutraki*, p. 48 och 49.

<sup>100</sup> Förenade målen C-145/08 och C-149/08, *Club Hotel Loutraki*, p. 53 och 54.

privata aktören som utövar tjänster åt en *offentlig hyresvärd* av praktiska skäl är tvungen att nyttja lokalerna i sitt uppdrag.

En förutsättning för att delarna ska anses sammanbundna, varmed de inte kan separeras, bör dessutom vara att de är beroende av varandra för att ändamålet med kontraktet ska kunna förverkligas.<sup>101</sup> Eftersom hela tanken med en hyresgäst Anpassning är att möjliggöra en för den *offentliga hyresgästen* ändamålsenlig användning av lokalen kan man förmoda att både entreprenaddelen och hyresdelen av ett kontrakt måste betraktas som nödvändiga för att uppnå syftet med hyreskontraktet. Detsamma bör gälla när en *offentlig hyresvärd* uppdrar åt en privat aktör att utföra vissa tjänster åt myndigheten i dennes lokaler. Lokalupplåtelsen bör vara en nödvändig förutsättning för att verksamhetsutövaren ska kunna fullgöra sina förpliktelser enligt avtalet när dessa exempelvis ålägger den privata aktören att bedriva förskola, servering eller museirelaterad verksamhet.

När kontraktets huvudsakliga syfte ska fastställas har prestationernas värde ansetts utgöra en av flera bedömningsgrunder.<sup>102</sup> Att även andra faktorer kan beaktas gjordes klart i *Kommissionen mot Tyskland*.<sup>103</sup> EU-domstolen konstaterade att det aktuella avtalet förutom byggentreprenad även innehöll moment av hyra. Det primära syftet med avtalet fastställdes vara att uppföra byggnad. Utan uppförandet av byggnaden skulle det inte finnas några lokaler att hyra varför hyreskontraktet rent logiskt måste vara underordnat byggentreprenadkontraktet. Därtill menade EU-domstolen att ersättningen för de olika prestationerna enligt avtalet inte är avgörande för hur avtal ska klassificeras. Omständigheten att ersättningen för hyra väsentligen översteg ersättningen för entreprenadarbetet tillmättes därför begränsad betydelse. Slutsatsen synes bero på att de olika ersättningsposterna inte är jämförbara eftersom ersättningen för byggentreprenaden i själva verket är en periodisering av kostnaderna för upprättandet av byggnaderna.<sup>104</sup> Beroende på hur man väljer att fördela kostnaderna hade det i annat fall varit möjligt att åstadkomma en lösning för att undvika att upphandlingsregleringen blir tillämplig. I dylika fall får det anses lämpligt att inte fästa allt för stor vikt vid prestationernas värde.

Sammanfattningsvis innebär en klassificering av den huvudsakliga prestationen i ett kontrakt som hyra att hela avtalet undantas från upphandling. Kontraktets huvudsakliga syfte ska fastställas genom en objektiv bedömning av vad som utgör den övervägande

---

<sup>101</sup> Jfr. Pedersen & Olsson, *Upphandlingskrönika – blandade kontrakt*, s. 623.

<sup>102</sup> Mål C-412/04, *Kommissionen mot Italien*, p. 48 och 49.

<sup>103</sup> Mål C-536/07 *Kommissionen mot Tyskland* p. 56 och 57. Se även Kammarrätten i Göteborg mål nr. 7477-08.

<sup>104</sup> Mål C-536/07, *Kommissionen mot Tyskland*, p. 61.

huvudprestationen enligt kontraktet, jämfört med de prestationer som är av underordnad eller kompletterande art. Vad exakt som ska tas i beaktande vid denna bedömning är emellertid inte klart. Parterna i ett hyresförhållande bör emellertid inte blint förlita sig på att det huvudsakliga syftet i deras mening är att reglera ett hyresförhållande (jfr avsnitt 3.3).

#### **4.1.3 Sammanfattning**

För att avgöra om hyresundantaget är tillämpligt måste sammanfattningsvis följande klargöras: Innehåller kontraktet per definition inslag av annat än bara hyra? Om så är fallet kommer kontraktets olika delar sannolikt att betraktas som sammanbundna i de två situationer som uppsatsen behandlar. Avgörande för frågan om hyresundantagets tillämplighet blir i sådana fall om lokalupplåtelsen är det huvudsakliga syftet med kontraktet. Är lokalupplåtelsen underordnad den delen av kontraktet som avser prestationer som faller inom LOU:s tillämpningsområde är motsatsvis LOU tillämpligt på hela avtalsförhållandet (se vidare avsnitt 4.4). I det följande utreds frågan om i vilka situationer som parterna kan anses ha avtalat om annat än bara hyra. I den mån det är möjligt ska även kommenteras vilket moment som kan anses vara det huvudsakliga.

## **4.2 Byggentreprenadkontrakt**

### **4.2.1 Inledande anmärkningar**

I praktiken är det vanligt förekommande att hyresundantaget orsakar problem när hyra och byggentreprenad förekommer i kombination.<sup>105</sup> Som exempel på byggentreprenad nämns i lagförarbetena att en myndighet som avser att hyra en lokal uppdrar åt fastighetsägaren att bygga om lokalen innan tillträdet.<sup>106</sup> Mot denna bakgrund är den praktiska situationen som nu ska behandlas den följande – hyresvärden är en privat aktör och hyresgästen är en upphandlande myndighet. Byggnaden som är föremål för upplåtelse till den offentliga hyresgästen är antingen ett resultat av en nybyggnation eller en om-/tillbyggnation av redan befintlig byggnad. Genom arbetet anpassas upplåtelseobjektet efter den verksamhet som är avsedd att bedrivas av hyresgästen, såsom kontors-, restaurang- eller sjukhusverksamhet. Anpassningen kan vidare tänkas

---

<sup>105</sup> Jfr. Trepte, *Public Procurement in the EU*, s. 245.

<sup>106</sup> Prop. 2006/07:128 s. 290.



ske inför tillträdet eller under löpande hyresförhållande. Frågan är om det överhuvudtaget föreligger inslag av byggtrepenad i dessa situationer. Om så är fallet kan man även tala om att kontraktet mellan privat hyresvärd och offentlig hyresgäst innehåller moment av dels hyra, dels utförande av byggtrepenadarbete. Situationen är då mest sannolikt upphandlingspliktig om kontraktet huvudsakligen avser byggtrepenad, enligt vad som framgått av diskussionen i avsnitt 4.1.2.

Utifrån den aktuella situationen uppstår frågan i vilka fall arbetena som en hyresgästpassning innebär utgör byggtrepenad. Liksom beskrivningen antyder kan situationen göras mer eller mindre nyanserad beroende på vilka arbeten som utförs, för vilken verksamhet och vid vilken tidpunkt. Avsikten i det följande är att klargöra vad som avses med byggtrepenadkontrakt enligt 2 kap. 3 § LOU samt att undersöka om upphandlingspliktig byggtrepenad föreligger eller inte utifrån olika typfall – nybyggnation, tillbyggnation och ombyggnation kommer att diskuteras.

#### **4.2.2 Byggtrepenad enligt 2 kap 3 § LOU**

En klassificering av ett kontrakt som byggtrepenad leder till att upphandlingsregleringen blir tillämplig och att kontraktet omfattas av upphandlingsplikt. Därför är det viktigt att försöka klargöra vilka åtgärder som faller inom ramen för kontraktstypen och som därmed inte kan undantas som hyra. Enligt 2 kap. 3 § LOU föreligger ett byggtrepenadkontrakt i de fall som ett kontrakt

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

Punkt 1 tar sikte på kontrakt som avser arkitekt- och ingenjörsarbeten (projektering) samt utföranden av arbeten såsom grundarbeten, markundersökningar, el- och VVS-installationer (arbeten enligt bilaga 1). Eftersom de arbeten som avses finns förtecknade i lagen bör det första fallet i vart fall inte vara lika komplicerat som det andra. För att det ska vara fråga om ett byggtrepenadkontrakt enligt punkt 2 framgår att två villkor ska vara uppfyllda. Dels krävs att ett kontrakt medför att ett *byggnadsverk realiserar*. Förmodligen är det mot bakgrund av detta krav som befintliga byggnader enligt

undantaget i 1 kap. 6 § ska ses.<sup>107</sup> Dels måste genomförandet ske *enligt krav från den upphandlande myndigheten*.<sup>108</sup>

Mot denna bakgrund finns det två skäl till att utreda just det andra fallet närmare. Ett skäl är att lagen inte preciserar vilka arbeten som avses och att rekvisiten lämnar utrymme för tolkning. Ett annat och viktigare skäl är att en offentlig hyresgäst i många fall nöjer sig med att det av kontraktet framgår för vilken verksamhet lokalen ska vara iordningsställd vid tillträdet utan att myndigheten uppställer några ytterligare krav. Alltså föreligger egentligen inget kontrakt som *avser* golvläggning, elinstallation, schaktning etcetera. Likväl kan det önskade resultatet som presenteras i exempelvis ett hyreskontrakt utgöra ett byggtreprenadkontrakt enligt punkt 2. Som exempel kan återigen nämnas Migrationsverkets hyreskontrakt varav det framgick att lokalen skulle användas som förvarsenhet. Kontraktet avsåg hyra, med resultatet att ett byggnadsverk realiserades enligt myndighetens instruktioner.<sup>109</sup>

Som följer är det i synnerhet punkt 2 som är problematisk och mest relevant för att besvara uppsatsens frågeställningar som avser hyresgästanpassningar i samband med lokalupplåtelse. Rekvisiten för att punkt 2 ska anses uppfylld förtjänar därför att behandlas mer utförligt i det följande.

### 4.2.3 Byggnadsverk som realiserar

#### 4.2.3.1 Allmänt om begreppet

Inledningsvis ska nämnas att formuleringen ”byggnadsverk realiserar” inte förekommer i artikel 1.2 b i upphandlingsdirektivet som ligger till grund för den svenska bestämmelsen. Motiven till att LOU fått en annan formulering är att den svenska versionen av direktivet ansetts mindre lyckad.<sup>110</sup> Vad som avses med ”byggnadsverk” är enligt lagförarbetena resultatet av de arbeten som utförs, vilka i upphandlingsdirektivet benämns ”byggtreprenad”.<sup>111</sup> Även om det inte framgår uttryckligen av lagförarbetena verkar alltså termen *realisera* åsyfta resultatet att en byggnad kommer till. Lagtexten är alltså något missvisande eftersom den snarare leder tankarna till ett objekt som omsätts genom

---

<sup>107</sup> Se prop. 2006/07:128 s. 290. Jfr även diskussionen under 4.1 ovan.

<sup>108</sup> Se även artikel 1 punkten 2 b i upphandlingsdirektivet för motsvarande bestämmelse.

<sup>109</sup> Se Förvaltningsrätten i Linköpings dom i mål nr. 3834-11.

<sup>110</sup> Se prop. 2006/07:128 s. 297 f.

<sup>111</sup> Se a. prop. s. 297 f. med hänvisning till mål C-220/05 *Auroux m.fl.* Se även den svenska översättningen som lyder ”...kontrakt som avser antingen utförande eller såväl projektering som utförande av sådana byggtreprenader som avser en av de verksamheter som avses i bilaga I eller av en byggtreprenad, eller utförande, oavsett form, av en byggtreprenad som tillgodoser de behov som den upphandlande myndigheten har specificerat...”.

försäljning eller en pant som tas i anspråk. Hädanefter används ”byggnadsverk” för att beteckna resultatet av byggentreprenadarbetena.

Med *byggnadsverk* avses enligt 2 kap. 3 § 2 st. LOU det samlade resultatet av bygg- och anläggningsarbeten, om resultatet självständigt kan fullgöra en teknisk eller ekonomisk funktion. Den närmare betydelsen av som utgör en *självständig teknisk eller ekonomisk funktion* enligt lagens mening illustreras utifrån olika typsituationer i avsnitten som följer.

Med det *samlade resultatet* åsyftas att alla arbeten hänförliga till ett och samma byggnadsverk ska tas i beaktande och läggas samman vid bedömningen. Detta får bland annat betydelse för kontraktsvärdets storlek och kan påverka om kontraktet överstiger de vid var tid gällande tröskelvärdena för upphandling.<sup>112</sup> I syfte att inte uppnå tröskelvärdena och därmed upphandlingsplikt enligt direktiven kan det därför finnas ett intresse i att dela upp arbetena på olika kontrakt där så är möjligt. Den närmare innebörden av vad som utgör ett samlat resultat har behandlats vid EU-domstolen. I målet *Kommissionen mot Frankrike*<sup>113</sup> hade underhålls- och utbyggnadsarbeten avseende befintliga system för el respektive belysning beställts av den upphandlande myndigheten. EU-domstolen kom fram till att kontraktet hänförliga till elsystem respektive belysning avsåg två separata funktioner. EU-domstolen menade även att ett tekniskt samband inte kunde föreligga avseende arbeten inom olika geografiska områden.<sup>114</sup> Applicerat på den praktiska situationen bör byggnationer avseende en specifik byggnad läggas samman vid en bedömning. Avser arbetena olika byggnader och/eller kvarter bör kontraktet avseende varje sådan enhet ses för sig.

Motsvarande regel ställdes upp i *Kommissionen mot Tyskland*<sup>115</sup> med hänvisning till rättsfallet som just diskuterats. Arbetena gällde totalrenovering av en arena avsedd för sport och evenemang. Samtliga kontrakt som den upphandlande myndigheten ingått ansågs hänförliga till samma typ av tjänster, samt att alla dessa kontrakt utgjorde en del av renoveringsprojektet. Renoveringen av arenan var enligt domstolen en enhetlig byggentreprenad i den meningen som avses i europeisk upphandlingsrätt. Kontraktet var hänförliga till ett gemensamt projekt avseende samma byggnad. Kontraktets syfte ingick därtill i samma rumsliga, ekonomiska och funktionella sammanhang. De olika kontraktet utgjorde därför en enda byggentreprenad och därmed en enhetlig upphandling.

---

<sup>112</sup> Se mål C-574/10, *Kommissionen mot Tyskland*.

<sup>113</sup> Se mål C-16/98, *Kommissionen mot Frankrike*.

<sup>114</sup> Se mål C-16/98, *Kommissionen mot Frankrike*, p. 67-71. Se även Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, s. 301.

<sup>115</sup> C-574/10, *Kommissionen mot Tyskland*.

#### 4.2.3.2 Nybyggnationsfallet

Det bör onekligen vara fråga om ett byggnadsverk i de fall som arbetet omfattar uppförandet av en hel byggnad, exempelvis vid uppförandet av en teater.<sup>116</sup> En hel byggnad får mest sannolikt antas fylla någon slags självständig teknisk funktion. Nyuppförande av en byggnad kan ibland även innebära att resultatet fyller en självständig ekonomisk funktion. Som exempel kan nämnas uppförandet av biograf och affärslokaler, om sådana anläggningar är avsedda att nyttjas för affärs- och serviceändamål. Arbeta med en sådan innebörd har av EU-domstolen bedömts fylla en ekonomisk funktion.<sup>117</sup>

Vidare har det i doktrinen ansetts stå klart att exempelvis byggnationen av ett tak inte i sig kan utgöra ett arbete som medför att ett byggnadsverk realiserar.<sup>118</sup> Anledning därtill är enligt min tolkning att ett tak inte självständigt, d.v.s. oaktat att det sitter på huskroppen, har en teknisk eller ekonomisk funktion. En annan sak är att taket i många fall uppförs som ett led i ett större arbete och därmed ändå faller in under begreppet byggnadsverk.<sup>119</sup> En sådan uppfattning kan tänkas bero på att takarbetet då utgör en nödvändig del av byggnadens tekniska funktion samt att byggnaden inte skulle uppföras utan tak. I samband med nybyggnation är det alltså rimligt att betrakta takarbeten, rivningsarbeten och andra arbeten som en del av resultatet i dess helhet. Därmed bör samtliga byggentreprenader som utgör ett led i att åstadkomma slutresultatet att ett nytt hus uppförs omfattas av begreppet byggentreprenad. Om en hel byggnad uppförs är det vidare tänkbart att en upphandlingsrättslig ändamålstolkning skulle leda till att byggentreprenadmomentet ses som det huvudsakliga relativt hyresmomentet (jfr. avsnitt 4.1.2). Således är nybyggnationer mest sannolikt upphandlingspliktiga.

#### 4.2.3.3 Om- och tillbyggnationsfallen

Det verkar stå klart att nyuppförande av en byggnad omfattas av byggentreprenadbegreppet. Fall som snarare avser om- eller tillbyggnationer har inte behandlats på samma sätt i litteraturen eller rättspraxis. I litteraturen har man konstaterats att det är osäkert om ett byggarbete som endast avser en del av en fastighet, anläggning eller byggnad separat medför att byggnadsverk realiserar. Som exempel på

---

<sup>116</sup> Se Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, s. 301.

<sup>117</sup> Mål C-220/05, *Auroux m.fl.*, p. 41. Trots att EU-domstolen inte uttrycker sig i termer av "sjlvständig" ekonomisk funktion synes det vara just en sådan funktion som avses, sett till argumentationen som kontexten. Konkurrensverket ser ut att ha gjort en liknande tolkning av rättsfallet, se Konkurrensverkets rapportserie 2011:2, *Fallgropar vid entreprenadupphandlingar*, s. 22. För ett liknande fall från EU-domstolen, se Mål C-536/07, *Kommissionen mot Tyskland*, p. 59.

<sup>118</sup> Se Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, s. 301.

<sup>119</sup> A.a.s. 301.

sådana svåra fall nämns anläggandet av en simbassäng eller rivningsarbete i syfte att förbereda mark för en ny byggnad.<sup>120</sup> Att situationen då är mer osäker bör bero på att det brister i rekvisitet självständig teknisk eller ekonomisk funktion, därför att arbetet inte självständigt fyller en sådan funktion (t.ex. uppförandet av en teater) och inte heller utgör ett led i ett större arbete (t.ex. ett hus som tillgodoses med tak). Exempelvis bör enbart ombyggnationen eller renoeringen av taket på ett dessförinnan uppfört hus inte innebära att byggentreprenadbegreppet är uppfyllt.

På motsvarande sätt får det bedömas som oklart om inrättandet av en verksamhet i samband med en ombyggnation kan fylla en självständig ekonomisk funktion i lagens mening, vilket åtminstone är möjligt vid nybyggnation enligt ovan (se avsnitt 4.2.3.2). Det kan förmodas att så möjligen skulle kunna vara fallet om ombyggnationerna är så omfattande att de närmast är att jämföra med att ett nytt byggnadsverk uppförs. Som exempel kan nämnas att byggnadens innanmäte rivs och att i princip endast stommen består. Ett annat exempel kan tänkas vara att byggnaden byggs om till att avse en väsentligen annan verksamhet. Jämför härvid Migrationsverkets ombyggnation till försvarsanläggning.<sup>121</sup> En sådan tolkning ligger i linje med motiven till hyresundantaget. Om hyresvärden låter utföra arbete efter myndighetens anvisningar så innebär det en förändring av hyresobjektets utseende eller funktion i någon utsträckning. När en sådan förändring medför att en annan lokal lika gärna hade kunnat fungera för den offentliga hyresgästens ändamål kan anföras att hyresobjektet mister dess icke-generiska prägel, varför det inte längre bör vara motiverat att undanta kontraktet från upphandling ur ändamålssynpunkt. Vid en gränsdragning mellan hyra och byggentreprenad är det således tänkbart att ombyggnationer av viss omfattning leder till att kontraktet bör upphandlas.

Tillbyggnationer av en befintlig byggnad kan bedömas mindre problematiskt att avgöra än ombyggnationer. Exempelvis bör utbyggnationen av en flygel självständigt fylla en teknisk funktion med tanke på likheterna med uppförandet av en helt ny byggnad. Kontrakt som innefattar moment av tillbyggnation, exempelvis i samband med en hyresgäst Anpassning, faller därför med större sannolikhet inom ramen för byggentreprenadbegreppet. Mer bekymmersamt kan det alltså förmodas bli för en offentlig hyresgäst – och då även för hyresvärden – som har behov av att expandera sin verksamhet och som önskar bygga ut befintliga lokaler eftersom byggnation behöver

---

<sup>120</sup> Se Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, s. 301.

<sup>121</sup> Se Förvaltningsrätten i Linköpings dom med mål nr. 3834-11. I enlighet med Migrationsverkets anvisningar hade omfattande ombyggnationer av en lokal vidtagits. Arbetena resulterade i en försvarsenhet. Även om det i vanligt ordalag är fråga om en ombyggnation är det tänkbart att domstolen resonerade som så arbetet var så omfattande att en försvarsenhet i princip kunde anses *uppförd*.

föregås av upphandling. Hyresgästens möjlighet till sådana byggnationer ska senare diskuteras i förhållande till det hyresrättsliga regelverket.

#### 4.2.4 Enligt myndighetens anvisningar

För att byggtrepreneurad ska föreligga enligt 2 kap. 3 § LOU krävs inte bara att det rör sig om ett bygnadsverk som realiserar. Resultatet måste även följa av myndighetens anvisningar. EU-domstolen kom i målet *Helmut Müller* fram till att rekvisitet ska anses uppfyllt när den upphandlande myndigheten vidtagit åtgärder i syfte att specificera sina behov eller i vart fall agerat för att utöva ett bestämmande inflytande över projekteringen.<sup>122</sup> Med andra ord verkar det som om den upphandlande myndigheten *aktivt* ska ha försökt påverka resultatet av en byggnads uppförande samt att det är den upphandlande myndighetens *egna behov* som kommer till uttryck. Motsatsvis skulle följande omständigheter kunna medföra att hyresundantaget blir tillämpligt. Antingen behöver den offentlige hyresgästen förhålla sig passiv till möjligheten att påverka tillval samt hur lokalen anpassas efter verksamheten, eller så behöver de önskemål som lämnas även kunna möta andras behov. Slutsatsen stöds av EU-rättslig doktrin vari det framförs att ytterligare faktorer än enbart hyresgästens passivitet bör kunna beaktas. Som exempel på vad som bör kunna tas med i bedömningen nämns omständigheten att en byggnad skulle ha upprättats oberoende av om den offentlige hyresgästens ingått kontrakt varigenom han på förhand specificerat vilken funktion byggnaden skulle uppnå.<sup>123</sup> I sammanhanget kan påpekas att byggnationer avseende fastighetens mest grundläggande funktioner nog aldrig kan betraktas som byggtrepreneurarbeten, oavsett dess omfattning (jfr. avsnitt 4.2.3), eftersom att sådana byggnationer aldrig kan anses specifika för just hyresgästen. Det är ju då fråga om egenskaper som de flesta byggnader behöver för att överhuvudtaget fungera.<sup>124</sup>

Om hyresvärden erbjuder en offentlig hyresgäst att hyra lokaler i visst utförande och hyresgästen accepterar detta bör det inte vara fråga om sådana anvisningar som avses i 2 kap. 3 § LOU.<sup>125</sup> I sådana fall utövar han inget inflytande utan förhåller sig passiv i förhållande till upplåtelseobjektets utformning. En ren accept från myndigheten bör med

---

<sup>122</sup> Mål C-451/08, *Helmut Müller*, p. 67.

<sup>123</sup> Jfr Trepte, *Public Procurement in the EU* s. 246.

<sup>124</sup> Självklart förekommer dock variationer, exempelvis beroende på om det är affärslokaler eller bostäder det är fråga om. Fastighetens grundfunktion används vanligen i samband med fastighetsköp för att beteckna viss kärnegenskaper hos en fastighet. Jfr. Victorin & Hager, *Allmän fastighetsrätt*, s. 126 och 146.

<sup>125</sup> Jfr Trepte, *Public Procurement in the EU* s. 246.

andra ord inte betraktas som instruktioner från dennes sida. Ett annat scenario när myndigheten till synes förhåller sig passiv är när ändamålet för upplåtelsen kräver att lokalen befinner sig i visst skick vid tillträdet. Det är inte otänkbart att det som underförstått kan anses överenskommet vid avtalstidpunkten motsvarar vissa specifika krav från myndigheten, vilket skulle innebära att byggtreprenad föreligger i upphandlingsrättslig mening trots att villkoren inte framgår direkt av kontraktet. Som exempel kan nämnas att lokalen upplåts för ett ändamål som ställer vissa krav på lokalen t.ex. i fråga om säkerhet. Därtill kommer fastighetens olika typer av kärnegenskaper förmodligen att vara just underförstådda och inte framgå explicit av avtalet. Om lokalen inte är mycket generell till sin utformning finns en risk för att även implicita villkor skulle anses innebära ett inflytande från myndighetens sida eftersom att det annars finns en risk för kringgåenden av upphandlingslagstiftningen. I litteraturen har det även konstaterats att det nog saknar betydelse om myndigheten inte kunnat förutse resultatet av utförandet eftersom att man vid en rättslig prövning endast skulle se till resultatet som sådant och om det bör upphandlas.<sup>126</sup>

Konkurrensverket verkar ha gjort en något annorlunda bedömning jämfört med EU-domstolen i målet *Helmut Müller* vad gäller det betydelsen av myndighetens instruktioner. Konkurrensverket gör skillnad mellan hyresgäst Anpassningar med resultatet att ”vem som helst” kan tänkas hyra lokalerna, respektive hyresgäst Anpassningar som utförs enligt myndighetens anvisningar och riktlinjer.<sup>127</sup> Uttalandet innebär, såvitt jag förstår det, att lokaler som anpassas efter anvisningar men som kan tänkas rymmas av vem som helst faller utom byggtreprenadbegreppet. Är byggnaden av speciell karaktär har det motsatsvis ansetts särskilt tydligt att anvisningarna är sådana som omfattas av LOU. Som exempel nämner Konkurrensverket anpassningen av en domstolslokal.<sup>128</sup> Med Konkurrensverkets syn är det inte många Anpassningar som skulle bli föremål för hyresundantaget. Få lokaler kan nämligen i dess ursprungliga utförande anses vara lämpliga för vem som helst, om det är så uttalandet ska förstås.

I sammanhanget kan följande paradox uppmärksammas. Alldeles oavsett hur och i vilken omfattning en byggnad eller lokal förändras förblir utgångspunkten inom kommersiell fastighetsförvaltning att alla byggnader har alternativa användningsområden. Sålunda kan knappt några, eller endast ett fåtal byggnader anses ha så speciell karaktär att

---

<sup>126</sup> Se även Trepte, *Public Procurement in the EU*, s. 245.

<sup>127</sup> Konkurrensverkets beslut dnr. 584/2010.

<sup>128</sup> Konkurrensverkets beslut dnr. 584/2010.

bakomliggande arbeten bör falla inom LOU:s tillämpningsområde.<sup>129</sup> Möjligen är det då endast byggnader som sjukhus, domstolslokaler etcetera som är av sådan art. Från EU-rättslig synpunkt är emellertid kommersiell fastighetsförvaltning inte en särskilt god referenspunkt för hur långt hyresundantaget bör sträcka sig, även om det låter påverka nationell civilrättslig syn.

Utifrån såväl EU-domstolens och Konkurrensverkets bedömning tycks förekomsten av andra intressenter vara viktig för undantagets tillämplighet. Det är dock oklart om det är tillräckligt att det finns *någon* annan intressent eller om *vem som helst* ska vara intresserad av att hyra lokalerna i det skick de befinner sig i efter entreprenadarbetena. En ändamålstolkning talar dock för det senare alternativet eftersom upphandlingsdirektivet då ges en vidare omfattning. Motsatsvis skulle hyra anses föreligga i färre situationer. Med en sådan tolkning följer en risk för att flertalet fall när den offentliga hyresgästen på ett eller annat sätt har haft inflytande över i vilket utförande hyresvärden ska tillhandahålla hyresobjektet i innebär anvisningar från myndighetens sida (jfr. *Helmut Müller*).

#### 4.2.5 Slutsatser avseende byggenreparationsbegreppet

Utifrån analysen ovan kan sammanfattningsvis följande konstateras: (i) nybyggnationer omfattas av upphandlingsregleringen, (ii) detsamma bör gälla tillbyggnationer, (iii) ombyggnationer omfattas sannolikt inte av upphandlingsregleringen, såvida de inte är av betydande omfattning, (iv) övriga byggnationer är däremot exkluderade, som exempel kan nämnas de som avser grundfunktioner hos fastigheten eller byggnaden i fråga. Endast om den offentliga hyresgästen intagit en i princip helt passiv ställning och om lokalerna är mycket generella till sin utformning bör slutsatsen leda annorlunda i fallen (i)-(iii). Om byggnationerna sker oberoende av den upphandlande myndigheten och de inte hade sett annorlunda ut om någon annan hyrt dem bör hyresundantaget kunna vara tillämpligt.

De här antagandena gör det relevant att pröva de hyresrättsliga konsekvenserna när en upphandling måste ske. För den fortsatta hyresrättsliga analysen kan det även noteras att någon egentlig skillnad inte gjorts mellan byggnationer under löpande hyresförhållande respektive inför tillträdet. Från upphandlingsrättslig synpunkt är det framförallt av betydelse att skilja mellan ny-, om- och tillbyggnationer. Rent praktiskt kan

---

<sup>129</sup> Jfr. Rosén Andersson m.fl., *Lagen om offentlig upphandling – En kommentar*, s. 67.



man dock ana att arbeten inför tillträdet flera gånger kan vara mer omfattande än de som sker under löpande hyresförhållande, varför det är mer sannolikt att sådana faller inom byggtreprenadbegreppet.

### 4.3 Tjänst- och tjänstekoncessionskontrakt

Vid bedömningen av hyresundantagets tillämplighet blir det i vissa fall relevant att avgöra vart gränsen går mellan å ena sidan hyra och å andra sidan tjänst eller tjänstekoncession som definieras i 2 kap. 18 § respektive 17 § LOU. Skälet härtill är att inslag av tjänst kan göra att hyresundantaget i 1 kap. 6 § LOU inte blir tillämpligt. En sådan gränsdragning är framförallt av betydelse när en lokalupplåtelse är kombinerad med en rätt och/eller förpliktelse för hyresgästen att driva viss verksamhet i lokalerna.<sup>130</sup> Den praktiska situationen är nu en annan än den som var aktuell i samband med att byggtreprenadbegreppet diskuterades. Hyresvärden är offentlig medan hyresgästen är privat. Den offentliga hyresvärden hyr alltså ut lokaler till en hyresgäst som ska bedriva verksamhet i densamma. I sådana situationer kan en offentlig hyresvärd ha intresse av att en specifik verksamhet bedrivs i lokalerna, vilket kan vara ett resultat av myndighetens offentligrättsliga uppgifter eller liknande. Därmed är det inte ovanligt att man i hyreskontraktet föreskriver vissa villkor som avser verksamheten snarare än hyresförhållandet som sådant. När hyreskontraktet med den offentliga hyresvärden innebär både en rätt och/eller en förpliktelse att bedriva verksamhet på föreskrivet sätt kan kontraktet i dessa delar komma att bedömas som ett kontrakt avseende tjänst i upphandlingsrättslig mening. I LOU skiljer man vidare på rena tjänster samt tjänstekoncessioner.

Liksom byggtreprenader är *tjänster* upphandlingspliktiga, se 1 kap 2 § LOU. *Tjänstekoncessioner* är däremot inte upphandlingspliktiga. Av 1 kap 2 § sista stycket LOU framgår att tjänstekoncessioner är undantagna upphandlingsregleringens tillämpningsområde, med undantag för skyldigheten att iaktta icke-diskrimineringsprincipen som följer av 12 §.

Av 2 kap. 18 § LOU framgår att tjänstekontrakt är sådana kontrakt som avser utförande av vissa tjänster och som inte utgör byggtreprenadkontrakt enligt 3 § eller varukontrakt enligt 21 §. I ett mål från Kammarrätten hade kommunen upplåtit lokaler

---

<sup>130</sup> Jfr. t.ex. HFD 2012 ref. 29, Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr. 2264-12 och Stockholms tingsrätts dom i mål nr. T15000-11.

för museiverksamhet. I upplåtelsen ingick bl.a. villkor om de öppettider och den inriktning som skulle gälla för verksamheten. Frågan i målet var om hyresundantaget skulle tillämpas på avtalet eller om det utgjorde ett upphandlingspliktigt tjänstekontrakt. Vid sin bedömning fäste Kammarrätten särskild vikt vid de krav som ställts upp av den upphandlande myndigheten. Eftersom museidriften var det central i avtalsförhållandet och då det uppställts krav på styrning och kontroll av verksamheten kunde rättsförhållandet klassificeras som tjänst.<sup>131</sup> Det kan noteras att Kammarrätten verkar göra skillnad på hyra och tjänst på ett sätt som närmast liknar den vid byggtreprenadkontrakt genom att påpeka myndighetens inflytande över verksamheten. Frågan är emellertid om detta är nödvändigt med hänsyn till att tjänstebegreppet närmast definieras negativt utifrån vad som inte utgör byggtreprenad- eller varukontrakt.<sup>132</sup> Eventuellt var det inte för att utröna om det överhuvudtaget var fråga om moment av tjänst i kontraktet som Kammarrätten uttalade sig på angivet sätt. Syftet med att nämna inflytandet från myndighetens sida kan istället ha varit att understryka att kontraktets huvudsakliga ändamål var tjänst och inte hyra, vilket alltså är en fråga för synen på blandade kontrakt (se vidare 4.4).<sup>133</sup>

Med tjänstekoncession avses enligt 2 kap 17 § LOU kontrakt av samma slag som tjänstekontrakt med skillnaden att ersättningen för tjänsterna helt eller delvis motsvaras av rätten att utnyttja tjänsten. Som exempel kan nämnas att en privat aktör åtar sig att driva verksamhet och som ersättning ges en rätt att ta betalt av allmänheten som nyttjar tjänsterna. Sådan betalning kan också kombineras med att den offentliga myndigheten utger viss ersättning för åtagandet.<sup>134</sup> Om leverantörens inkomster väsentligen genereras genom den verksamhet som den bedriver mot utomstående förutsätts det vara fråga om tjänstekoncession.<sup>135</sup> När den offentlige aktören garanterar tjänsteverantören – i vårt fall den privata hyresgästen – finansiering och ekonomisk stabilitet eller står verksamhetsrisken definieras kontraktet däremot inte som tjänstekoncession.<sup>136</sup>

Till skillnad från tjänster är tjänstekoncessioner som just nämnts inte upphandlingspliktiga. Om de likväl upphandlas, exempelvis i syfte att garantera att

---

<sup>131</sup> Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr. 2264-12.

<sup>132</sup> Jfr. även hur tjänster definieras enligt artikel 56 FEUF om fri rörlighet för tjänster.

<sup>133</sup> Det kan noteras att om den praktiska situationen hade varit densamma som i avsnitt 4.2 så skulle konsekvensen av att det brister i byggtreprenadrekvisitet inte rimligen medföra att kontraktet bedöms som avseende tjänster istället. Anledningen måste vara att kontraktet faktiskt inte *gäller* tjänster, utan endast ett visst resultat.

<sup>134</sup> Se Rosén Andersson m.fl., *Lagen om offentlig upphandling* (22 augusti 2014, Zeteo), kommentaren till 2 kap. 17 §.

<sup>135</sup> Se HFD 2012 ref. 29.

<sup>136</sup> Se t.ex. mål C-458/03 *Parking Brixen* och C-382/05 *Kommissionen mot Italien*.

tjänstekoncessionerna erbjuds till ett marknadsmässigt pris, så ska upphandlingen ske iakttagandes de allmänna EU-rättsliga principerna som anges 1 kap 9 §. EU-domstolen har även fastslagit att anbud ska tas in i sådan utsträckning som det är nödvändigt för att nå öppen konkurrens och opartiskhet.<sup>137</sup> Genom att försäkra sig om att förvärv sker till marknadsmässiga priser kan de upphandlade myndigheterna garantera likabehandling och transparens för att inte åsidosätta statsstödsregleringen.<sup>138</sup> Därför är det likväl av praktisk betydelse att göra skillnad mellan hyra och tjänstekoncession. Till skillnad från hyra är anskaffning av tjänstekoncessioner inte helt fria från förpliktelser även om någon traditionell upphandlingsplikt inte föreligger.

---

<sup>137</sup> Mål C 324/98 *Telaustria*, p. 62.

<sup>138</sup> Jfr avsnitt 2.4.2.

## 5 Förhållandet mellan LOU och 12 kap JB

### 5.1 Allmänt om hyresdefinitionen

Inledningsvis kan konstateras att klassificeringen av kontrakt med inslag av hyra skiljer sig vid en upphandlingsrättslig bedömning jämfört med en hyresrättslig bedömning. Till skillnad från LOU innehåller jordabalken en egen definition av hyra. Med detta konstaterande är det även på sin plats att understryka att en klassificering av ett kontrakt som byggtreprenad eller tjänst enligt LOU inte synes påverka det civilrättsliga hyreskontraktets karaktär av just hyra. Den civilrättsliga definitionen är fristående.

När definitionen av hyra enligt de olika bedömningarna inte korresponderar kan det inte uteslutas att kontraktet betraktas som t.ex. byggtreprenad upphandlingsrättsligt men som hyra civilrättsligt. Det bör för övrigt påpekas att fallet sannolikt inte skulle bli det omvända i praktiken eftersom 12 kap. JB erbjuder en mer generös definition av hyra och hyresdefinitionen enligt LOU ska vara restriktiv eftersom den utgör en undantagsregel. En väsentlig bidragande faktor till att bedömningarna leder annorlunda måste vara att hyresdefinitionen enligt LOU blir snäv för att tillgodose upphandlingsdirektivets ändamålsenliga verkan.<sup>139</sup> När hyra ses i svensk civilrättslig kontext är det däremot naturligt att definitionen ges en vidsträckt tolkning så att alla avtalsförhållanden som förtjänar hyresregleringens skydd betraktas som hyra.<sup>140</sup> Ändamålstolkningarna i det enskilda fallet leder således till skilda resultat.

### 5.2 Tillämpliga regler vid hyresgäst Anpassningar

Civilrättsligt kommer hyresgäst Anpassningar anses hänförliga till hyreskontraktet och omfattas av 12 kap. JB. Så är fallet oavsett om det rör sig om ny-, till- eller ombyggnationer. Enligt LOU är utrymmet för att betrakta sådana arbeten som hyra betydligt mer begränsat. Det är därför som synen på vad som ”utgör” hyra inte korresponderar enligt de olika regelverken. Både vid ny- och tillbyggnationer får det bedömas som svårt att åberopa hyresundantagets tillämplighet enligt LOU.

När arbetet som en hyresgäst Anpassning innebär ses som byggtreprenad upphandlingsrättsligt, samtidigt som arbetet från ett svensk civilrättsligt synsätt betraktas

---

<sup>139</sup> Mål C-399/98, *Ordine degli Archetti*, p. 52.

<sup>140</sup> Jfr. Lejman som menar att högsta domstolen genom NJA 1971 s. 129 och NJA 1978 s. 389 visar på ett extensivt hyresbegrepp, SvJT 1985 s. 565.

som en hyresrättslig företeelse, resulterar det i missförstånd om när upphandlingsplikt föreligger och inte. Detta kan i värsta fall till leda till ogiltigförklaring av hyresavtalet och att höga avgifter får betalas. Ytterligare problem finns på det rent civilrättsliga planet och gäller bland annat frågan om vilka konsekvenserna blir för en privat hyresvärd – kan fastighetsägaren tvingas acceptera att en anbudsgivare i hyresgästens upphandling utför arbeten på fastigheten, när fastighetsägaren inte valt motparten själv? Frågan kommer att behandlas utförligt i avsnitt 6.

### 5.3 Tillämpliga regler vid hyresgästs rätt till hyra och utövande av tjänst

Liknande resultatet som presenterats i avsnitt 5.1 ovan är risken stor för att frågor som aktualiseras i situationen som avser en kombinerad hyres- och tjänsterätt kommer att bedömas utifrån hyresrättsliga regler från civilrättslig synpunkt, utan att situationen rymms inom det upphandlingsrättsliga hyresundantaget. Så är fallet förutsatt att rättsfrågan inte uteslutande rör tjänsterna – eller samarbetet om man så vill kalla det – mellan parterna och förutsatt att hyresmomentet inte är underordnat. Frågor som avser tjänsteleverantörens rätt att sitta kvar i lokalerna kommer dock sannolikt att omfattas av det hyresrättsliga besittningsskyddet och det oavsett vilket synsätt som anläggs på blandade kontrakt.<sup>141</sup> Upphandlingsrättsligt är risken emellertid stor att kontraktet anses huvudsakligen avse tjänst (eller tjänstekoncession) för att tillgodose upphandlingsdirektivets ändamålsenliga verkan.

Synen på blandade kontrakt enligt de två regelverken är således inte motstridiga, även om de kan antas leda till olika resultat. Av dispositionsmässiga skäl kommer konsekvensen därav att behandlas i samband med möjligheten att säga upp kontrakt med inslag av dels hyra samt dels tjänst.

Avsikten är att utreda om det indirekta besittningsskyddet hindrar en offentlig hyresvärd från att säga upp ett kontrakt som ger motparten rätt att hyra och utföra tjänster i anslutning till de förhyrda lokalerna. Frågan är relevant eftersom hyresvärden kan ha ett väsentligt intresse av att ta sig ur avtalsförhållandet när denne väljer att upphandla tjänsteleverantör och annan än befintlig hyresgäst vinner anbudsgivningen. I sådana fall tjänstemomentet är det huvudsakliga i avtalsförhållandet är det naturligt att kontraktet i dess helhet tilldelas den leverantör som vinner anbudsgivningen, åtminstone

---

<sup>141</sup> I sammanhanget kan hänvisas till vad som tidigare sagts om att hyresbegreppet sak tolkas extensivt, se avsnitt 3.3 samt 5.1.

från upphandlingsrättslig synpunkt. Från hyresrättslig synpunkt kommer dock hyresmomentet i avtalsförhållandet alltid att omfattas av 12 kap JB och reglerna om uppsägning. Det nu sagda belyser ytterligare en situation när hyresbestämmelserna – i detta fall reglerna om det indirekta besittningsskyddet – är tillämpliga på delar av ett avtalsförhållande som samtidigt omfattas av upphandlingsregleringen. Se vidare avsnitt 7.

## 6 Särskilt om hyresgästanpassningar

### 6.1 Inledande anmärkningar

I det föregående har ett par typfall med hyresgästanpassningar beskrivits som särskilt problematiska eftersom de ligger i riskzonen för att betraktas som byggtreprepararbeten. Problematiken grundar sig i att en eventuell kategorisering av situationen som byggtrepreparad kommer i konflikt med 12 kap. JB och att hyresvärden är den som i första hand har att utföra arbetet. En sådan ordning kan bli problematisk när byggtrepreparader i sin tur är upphandlingspliktiga. Vid framförallt ny- och tillbyggnationer, men även omfattande fall av ombyggnationer, kan det som ovan nämnts föreligga en upphandlingsplikt. Hyresundantaget blir då inte tillämpligt och det är denna praktiska situation som nu ska problematiseras.

Frågorna som ska besvaras i det följande är om en offentlig hyresgäst har rätt att välja entreprenör när hyresgästanpassningen är upphandlingspliktig. Är det rimligt att den offentliga hyresgästen upphandlar och påtvingar hyresvärden en entreprenör denne själv inte har valt, för byggnationer som sker på fastigheten? Svaret är inte givet trots den offentlighetsrättsliga förpliktelsen att anta den byggtrepreparad som vunnit en anbudsgivning. Anledningen är att hyresvärden är ägare av fastigheten. Därmed följer en rätt att förfoga över fastigheten, om än inte en oinskränkt sådan rätt. Det bör dock stå klart att hyresgästens möjlighet att förändra lokalen och upprätthålla visst skick först och främst begränsas genom ansvarsfördelningen som jordabalken föreskriver. Därmed bör hyresvärdens ansvar enligt t.ex. 12 kap. 9 och 15 §§ som berördes i avsnitt 3.2 innebära att hyresgästen i motsvarande situationer inte kan avgöra vem som ska utföra åtgärderna. En annan ordning skulle försvåra för hyresvärden att fullgöra sina lagstadgade skyldigheter. Utrymmet för den offentliga hyresgästens möjligheter att i övriga situationer vidta ändringar av lokalen samt äganderättens omfattning ska utredas i det följande.

### 6.2 Den offentliga hyresgästens utrymme att anpassa lokalen

#### 6.2.1 Allmänt om hyresvärdens skydd för äganderätten

I jordabalkens tolfte kapitel finns en rad bestämmelser som reglerar förhållandet mellan hyresvärden och hyresgästen i syfte att tillgodose respektive parts intressen. Någon rätt att ändra i lokalen tillskrivs inte hyresgästen genom lag. Detta trots att ett sådant intresse

kan vara beaktansvärt.<sup>142</sup> Mellan parterna i ett lokalhyresförhållande råder istället avtalsfrihet, varmed parterna fritt kan bestämma i vilka avseenden ändringar ska få vidtas.

Ett av hyresvärdens viktigaste intressen får anses vara dennes skydd för ägandet av fastigheten. Om möjligheten att vidta förändringar av lägenheten inte reglerats genom avtal är det naturligt att detta intresse sätter ramen för vilka ändringar som får vidtas. I allmänhet gäller att den som har annans egendom i sin besittning är förpliktigad att sköta denna omsorgsfullt.<sup>143</sup> Inom hyresrätten kommer en sådan skyldighet till uttryck genom att det åligger hyresgästen en vårdplikt. Härav följer en fördelning av befogenheter mellan fastighetsägaren och hyresgästen.<sup>144</sup> Vad vårdplikten närmare innebär har enligt lagförarbetena inte ansetts vara möjligt att precisera.<sup>145</sup> Denna skyldighet får dock anses komma till uttryck i 12 kap. 24 § JB som föreskriver att hyresgästen ska vårda lägenheten väl. Genom vårdplikten har hyresgästen därutöver ansetts förhindrad att vidta några som helst ändringar avseende upplåtelseobjektets inredning eller liknande. För ändringar som hyresgästen önskar vidta måste han därför som utgångspunkt inhämta hyresvärdens godkännande, även om ändringen skulle innebära en förbättring.<sup>146</sup> I det följande behandlas ett antal situationer i syfte att klargöra när en hyresgäst likväl kan anses ha rätt att förändra upplåtelseobjektet.

## 6.2.2 Hyresgästens möjlighet att ändra i lokalen

### 6.2.2.1 Ombyggnationer som krävs för avtalsenlig användning

Ovan har det redogjorts för en utgångspunkt för var rätten att vidta åtgärder har placerats, nämligen hos hyresvärden. Skyddet för hyresvärdens äganderätt kan dock inte anses sträcka sig längre än att det möjliggör för parterna att fullgöra kontraktet.<sup>147</sup> Av lagförarbetena följer att en hyresgäst måste kunna vidta sådana ändringar som är nödvändiga för att lokalen ska kunna användas för avtalsenligt ändamål. Bland annat måste den som hyr en fabrikslokal vara berättigad att tillgodose sina behov av anordningar i lokalen för att kunna bedriva avsedd verksamhet.<sup>148</sup> Huruvida en sådan rätt även innebär att rätten att vidta åtgärderna faller på hyresgästen framgår inte. Det kan

---

<sup>142</sup> Jfr. 12 kap. 24 a § JB varigenom bostadshyresgästen har en lagfäst rätt att vidta ändringar såsom tapetsering och målning i lägenheten.

<sup>143</sup> Jfr 12 kap. 2 § handelsbalken (1736:0123 2). Rodhe, *Obligationsrätt*, s. 366 f, Sunberg, *Fel i lejt gods*, s. 248 f.

<sup>144</sup> Sundberg, *Fel i lejt gods*, s. 250.

<sup>145</sup> Jfr NJA II 1908 nr 5:1 s. 147.

<sup>146</sup> NJA II 1908 nr 5:1 s. 148.

<sup>147</sup> Se Björkdahl, *Hyra av bostad och lokal*, s. 140.

<sup>148</sup> NJA II 1908 nr 5:1 s. 148.



dock noteras att hyresvärden inte tycks kunna ingripa mot att hyresgästen själv vidtar åtgärderna förrän hyresgästen flyttar (förutsatt att åtgärderna inte orsakar skada på lokalen eftersom de då kan angripas genom 12 kap. 24 § JB). En förpliktelse att återställa lokalen vid avflytt, och det oavsett om de innebär en förbättring och sker med hyresvärdens godkännande, anses följa av allmänna rättsgrundsatser.<sup>149</sup> Därmed synes hyresgästens utrymme till ändringar i allmänhet vara begränsat. Det kan dock konstateras att något egentligt hinder mot att hyresgästen själv vidtar förbättringsåtgärder inte verkar finnas, eftersom eventuella krav blir aktuella först när hyresförhållandet upphör. Det som nu sagts ger inget direkt besked om vem som har rätt att vidta åtgärderna, men medför i praktiken hyresgästen i princip oförhindrat kan upphandla en entreprenör i sådan utsträckning som arbetena innebär en förbättring snarare än ingrepp på egendomen.

Som i lokalhyresrätten i övrigt kan tilläggas att situation även bör kunna avgöras genom avtalstolkning.<sup>150</sup> Situationen har trots allt sin grund i att hyresvärden implicit kan anses ha samtyckt till att ändringarna vidtas. Är hyresvärden mån om att han själv ska utföra arbetena kan anföras att han bör ta med det som villkor i hyreskontraktet. I annat bör några krav inte kunna göras gällande.

Ibland är det alltså naturligt att förändringar av lokalen får vidtas och hyresvärden synes i det nu berörda fallet inte kunna motsätta sig att hyresgästen bestämmer vem som utför arbetena om han inte gjort förbehåll för detta i samband hyreskontraktets ingående. Hyresgäst Anpassningar kan därför enligt min tolkning genomföras av en entreprenör utsedd av en offentlig hyresgäst, så länge som arbetena behövs för upplåtelseändamålet. Samma sak kan antas gälla för arbeten som inte nödvändigtvis behövs för verksamheten, men som exempelvis effektiviserar densamma utan ingrepp på egendomen. Avser ändringarna förbättringar, såsom att anordningarna på ett sjukhus önskas anpassas eller bytas ut till följd av ny teknik eller eventuellt mer miljövänliga lösningar, bör det vara möjligt.

Utrymmet att vidta ändringar i nu angivna fall innebär att en eventuell upphandlingsplikt avseende ändringsarbetet inte är oförenlig med hyresvärdens skydd för äganderätten. Om entreprenadarbeten utförs som ett led i att verksamheten förändras

---

<sup>149</sup> Beträffande förpliktelsen att återställa, se t.ex. Victorin, *Kommersiell hyresrätt*, s. 184 och Sundberg, *Om ansvar för fel i lejt gods*, s. 249.

<sup>150</sup> Jfr. Victorin som ställer sig tveksam till om principen om återställande fortfarande är aktuell. Istället anför han att det ligger närmare till hands att utgå från avtalstolkning vid bedömningen av förbättringsåtgärder behöver återställas vid hyresgästens avflytt, och det särskilt i situationer när hyresvärden lämnat medgivande till att åtgärderna överhuvudtaget vidtas. Se Victorin, *Kommersiell hyresrätt*, s. 184 ff.

under löpande hyresförhållande blir bedömningen emellertid en annan. Denna situation behandlas härnäst.

#### 6.2.2.2 Ombyggnationer i samband med ändring av lokalens användning

Under vissa omständigheter är hyresgästen berättigad att ändra verksamhetsändamålet i lokalen under löpande hyresförhållande, se 12 kap. 23 § 2 st. JB. Regeln innebär att hyresnämnden ska lämna godkännande till ändrad användning om en hyresgäst innehaft en lokal längre tid än två år och har beaktansvärda skäl för en ändrad användning samt hyresvärden inte har befogad anledning att motsätta sig den. Situationen avser alltså ändringar av verksamhetsändamålet under *löpande hyresförhållande*. För att en sådan rätt ska fylla någon praktisk funktion måste den rimligen inbegripa en rätt att ändra lokalens inredning. Det är sedan en annan sak att de ändringar som följer av en verksamhetsändring är så omfattande att det skulle kunna utgöra skäl att neka ändrat ändamål.

Vad som utgör beaktansvärda skäl respektive befogad anledning får bedömas mot bakgrund av motiven till bestämmelsen. Lagstiftaren har understrukt behovet av att kunna ändra sin verksamhet under löpande hyresförhållande med anledning av den snabba näringslivs- och samhällsutvecklingen. En sådan möjlighet har ansetts kunna förbättra hyresgästens ekonomiska utbyte.<sup>151</sup> Sett från en offentlig hyresgästs perspektiv bör åtgärder som förväntas leda till kostnadsbesparingar utgöra beaktansvärda skäl.<sup>152</sup> Som exempel kan nämnas att två myndigheter beslutar om att slå samman sina verksamheter för att åstadkomma synergieffekter med minskade utgifter som följd. Ett annat exempel kan vara att ökad administration inom vård och omsorg leder till att lokalerna delvis behöver göras om till kontor.

Innebär ändringen ökade kostnader eller krävs ombyggnation av hyresvärden föreligger dock befogad anledning för att motsätta sig denna. Står hyresgästen kostnaderna för ändringen, t.ex. i form av ombyggnations eller installationsarbeten, bör hyresnämnden emellertid godkänna den.<sup>153</sup> Inom ramen för bedömningen av vad som utgör befogad anledning är det i sammanhanget relevant att beakta det faktum att någon verksamhetsändring överhuvudtaget inte kan åstadkommas utan föregående byggtrepreneuradupphandling. Om hyresnämnden beviljar verksamheten ändras bör en

---

<sup>151</sup> Se prop. 1987/88:146 s. 40.

<sup>152</sup> Jfr. Björkdahl, *Hyra av bostad och lokal*, s. 170.

<sup>153</sup> Se prop. 1987/88:146 s. 44 och RBD 14:93.

sådan förutsättning alltså vara underförstådd. Frågan uppstår då om detta faktum kan utgöra befogad anledning att neka ändringen. Man kan tänka sig att hyresvärden skulle behöva ha sakliga skäl för att motsätta sig att ändringsarbetena i samband med att verksamhetsändamålet ändras. Innebär det ingen olägenhet för hyresvärden att hyresgästen utför arbetena bör befogad anledning att motsätta en sådan ordning inte föreligga. Härvid bör kostnaderna och utförandet vara av betydelse. Skulle hyresvärden i andra fall kunna motsätta sig att hyresgästens entreprenör ombesörjer arbetena skulle regeln inte ge något skydd åt offentliga aktörer. Ett sådant utfall av tillämpningen kan lagstiftaren inte ha åsyftat. Offentliga och privata aktörer bör ges samma förutsättningar att bedriva lukrativ verksamhet.

När hyresnämnden beslutar om att godkänna ändrad användning föreligger i och för sig ingen gemensam partsvilja avseende det nya upplåtelseändamålet. I och med funktionen att kunna ersätta partsviljan med hyresnämndens beslut så måste det ändå vara möjligt att upphandla utan inverkan på hyresvärdens skydd för äganderätten. Ekonomiskt motiverade ändringar av lokalens användning bör en offentlig hyresgäst alltså kunna genomföra med hjälp av en entreprenör som upphandlats enligt LOU. I sådana situationer föreligger således inte någon konflikt mellan hyresrätten och upphandlingsrätten.

#### 6.2.2.3 Anpassningar som kräver tillbyggnation

De typfall som hittills redovisats är sådana som i hyresrättslig kontext skulle betraktas som ombyggnationer. Under *löpande hyresförhållande* kan det även bli relevant att behandla frågan om det finns någon möjlighet till tillbyggnationer av befintliga lokaler, vilket visat sig vara ett förekommande önskemål från hyresgästsidan bland annat i samband med att verksamheten expanderar.<sup>154</sup> Som exempel på de situationer som avses kan nämnas att ytterligare yta från en annan lokal interneras i hyresgästens lokal eller att ett hus byggs ut horisontellt. Det följer av hyresavtalets natur att en tillbyggnation inte kan anses underförstådd i kontraktet. Det är ju *lägenheten* som hyresgästen har rätt att nyttja.<sup>155</sup> Därmed måste det vara svårt för hyresgästen att åberopa en rätt till tillbyggnation eftersom en sådan skulle sträcka sig utöver upplåtelseobjektets omfattning. Skulle

---

<sup>154</sup> Remissyttrande över betänkande På jakt efter den goda affären (SOU 2011:73), Domstolsverket, s. 3.

<sup>155</sup> Jfr. avsnitt 3.1 och 3.2 som behandlar vad ett hyreskontrakt är samt dess omfattning. Jfr även bostadshyresgästen vars rätt sträcker sig längre än själva lägenheten. I hyresrätten ingår källarförråd etcetera.

hyresvärdens godta ombyggnationer kan det i vart fall inte anses följa en rätt för hyresgästen att utföra arbetena eftersom de som sagt ligger utom upplåtelseobjektet.

#### 6.2.2.4 Sammanfattning

Trots utgångspunkten om att ändringar i lokalen inte får vidtas utan hyresvärdens godkännande finns alltså visst sådant utrymme. Ibland är ändringsarbete en förutsättning för att alls kunna använda lokalen för avtalat ändamål. Det är då naturligt att tolka avtalet så att det överhuvudtaget går att genomföra. I sådana fall är det möjligt att hyresvärdens anses implicit ha samtyckt till att vissa ändringar genomförs av hyresgästen, om hyresvärdens inte uttryckligen förbehåller sig en sådan rätt. I vart fall kommer antagligen inga påföljder kunna göras gällande mot hyresgästen. Att byggarbetena samtidigt måste upphandlas är då relativt oproblematiskt. En offentlig hyresgäst har i sådana fall möjlighet att upphandla en byggentreprenör.

Sådana om- och tillbyggnationer som är nödvändiga för avtalets genomförande och som inte behöver hyresvärdens godkännande kan i stor utsträckning förmodas ske i *anslutning till tillträdet*. Mer problematiskt är det nog därför i de fall då verksamheten utvecklas på ett sådant sätt att ytterligare arbeten behöver utföras under *löpande hyresförhållanden*. Det är för det första inte säkert att förändringar i myndighetens verksamhet kan motiveras på ekonomisk grund. För det andra kan tillbyggnationer aldrig ske under hyrestiden utan hyresvärdens godkännande. Medan ändringar av upplåtelseändamålet och den verksamhet som bedrivs i lokalen kan framtvingas i vissa fall kan tillbyggnationer eller andra reoveringar utanför upplåtelseobjektet inte i något fall ske mot hyresvärdens vilja (med detta kan implicita kontraktsvillkor likställas). Som framgått av avsnitt 4 föreligger det sannolikt upphandlingsplikt i flera av de nu nämnda situationerna vilket är kärnan till problemet som snart ska utvecklas. Det kan erinras om att risken för upphandlingsplikt visat sig vara särskilt stor vid tillbyggnationer, men mindre ombyggnationer vilka antagligen behöver vara av omfattande slag.

### 6.2.3 Problembeskrivning avseende hyresgästanpassningar

I några angivna situationer finns alltså en civilrättslig förpliktelse att inhämta godkännande avseende såväl arbeten som entreprenör när en hyresgäst önskar ändra i lokalerna, vilka utgör fastighetsägarens egendom. Samtidigt finns det i många fall av hyresgästanpassningar en upphandlingsrättslig förpliktelse som innebär att

byggtreprenadarbeten ska upphandlas enligt det förfarande som LOU föreskriver. Någon skyldighet för en privat hyresvärd att upphandla föreligger som tidigare nämnts inte enligt upphandlingsrätten (se avsnitt 2.3). Det föreligger inte heller någon kontraheringsplikt. Konsekvensen av skyldigheten att upphandla blir därför den följande.

Under *löpande hyresförhållande* när risken för konflikt är som störst måste hyresvärden antingen godta den entreprenör som den offentliga hyresgästen kommer att handla upp, eller så måste den offentliga hyresgästen vid hyrestidens utgång avflytta till nya lokaler för att tillgodose sina behov av exempelvis större lokaler.<sup>156</sup> En hyresgäst med specifika önskemål *inför tillträdet* kan på motsvarande sätt rådas att försäkra sig om att hyresvärden accepterar en upphandlad entreprenör innan hyreskontraktet ingås. Betydelsen av en sådan försäkran bör dock i det enskilda fallet vara beroende av hur önskemålets karaktär förhåller sig till egendomens icke-generiska karaktär. Ibland är fastigheten eller lokalerna kanske så speciella att någon alternativ hyreslokal i princip inte finns. Då bör även hyresinslaget betraktas som det huvudsakliga momentet i kontraktet. Om det inte är det huvudsakliga gäller istället följande. Finner inte hyresgästen någon lokal där hyresvärden godtar att annan vidtar omfattande ombyggnationerna blir konsekvensen i princip att hyresvärdåtagandet, inkluderat hyra och anpassningar, behöver upphandlas.<sup>157</sup>

Det nu sagda föranleder en konflikt mellan hyresvärdens och den offentliga hyresgästens intressen. En förutsättning för att problemet ska vara reellt är emellertid att hyresvärden har ett faktiskt intresse av att arbeten på fastigheten ombesörjs av denne själv eller av entreprenör som denne anlitar. Vid första anblick ser det ut att röra sig om ett rent teoretiskt problem – vilken hyresvärd skulle inte gå med på att en upphandlad entreprenör genomför arbete på fastigheten? I litteraturen har man framfört att myndigheter som finner en lämplig plats för sin verksamhet ofta ställs inför problemet att fastigheten som platsen är belägen på visar sig vara ägd av en exploatör. En exploatör villkorar vanligtvis fastighetsförsäljningar av att de själva eller genom underentreprenörer får vidta avsedda byggtreprenader.<sup>158</sup> Domstolsverket har belyst en liknande problematik på den svenska hyresmarknaden och påpekar att privata fastighetsförvaltare vanligen är bundna till en särskild byggtreprenör på grund av ägarstrukturen, och att de i annat fall ofta ingår ”långsiktigt nära samarbete[n]” med byggtreprenörer.<sup>159</sup> I båda

---

<sup>156</sup> Statliga myndigheter får endast ingå avtal med längre löptid än sex år om regeringen lämnat godkännande därtill, se 9 § förordning (1993:528) om statliga myndigheters lokalförsörjning.

<sup>157</sup> Se även Rosén Andersson m.fl., som förefaller vara av en liknande uppfattning, *Lagen om offentlig upphandling – En kommentar*, s 67.

<sup>158</sup> Trepte, *Public Procurement in the EU*, s 245.

<sup>159</sup> Remissyttrande över delbetänkande På jakt efter den goda affären (SOU 2011:73), Domstolsverket, s 3.

fallen föreligger en kontraktstliknande skyldighet för hyresvärden att inte anlita en annan byggtreprenör. Hyresvärden har då anledning att inte acceptera byggtreprenören som utses genom anbudsgivning. Inte minst föreligger en sådan anledning på grund av skyddet för äganderätten som fastslås i Europakonventionen<sup>160</sup> och som innebär ett skydd för ägarens förfogande över egendomen.

När en skyldighet att upphandla aktualiseras till följd av ett behov av förändrade lokaler kan resultatet för offentlig sektor samtidigt ifrågasättas med hänsyn till om det är lämpligt och kostnadseffektivt.<sup>161</sup> Till att börja med kräver systemet att offentliga hyresvärdar regelmässigt byter lokaler, vilket påverkar parternas möjlighet att ingå hyreskontrakt på längre sikt.<sup>162</sup> Detta kan i värsta fall påverka privata hyresvärdars intresse av att ingå hyreskontrakt med offentlig sektor. Det kan även påverka upphandlande myndigheters förhandlingsposition och de villkor till vilka hyresavtalet erbjuds.

Nuvarande ordning kan även ifrågasättas på upphandlingsrättslig grund. Kostnaderna det innebär att behöva flytta en redan etablerad verksamhet synes inte stå i överensstämmelse med idén om att konkurrensutsätta för att ingå affärsmässiga kontrakt.<sup>163</sup> En offentlig hyresgäst som tvingas flytta ådrar sig förmodligen en rad kostnader som inte täcks av något av kontrakten, varken det befintliga eller det upphandlade. Som exempel kan nämnas flyttkostnader. En annan aspekt av problemet är att dittills gjorda anpassningar i lokalen, upphandlingspliktiga eller ej, kan behöva återställas till ursprungligt skick av den offentlige hyresgästen, om denne inte varit varsam vid kontraktsskrivningen.<sup>164</sup> Ovanstående visar på det orimliga i att regelverken om hyra och offentlig upphandling inte korresponderar.

#### 6.2.4 Slutsatser

Innebörden och räckvidden av de aktuella bestämmelserna leder till att det blir svårt att förlita sig på hyresundantaget när behov av hyresgäst Anpassningar uppstår. Det föreligger

---

<sup>160</sup> Se bestämmelsen om egendomsskydd i artikel 1 första tilläggsprotokollet (d. 20 mars 1952) till konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna. Se även 2 kap. 15 § regeringsformen.

<sup>161</sup> Rosén Andersson m.fl., *Lagen om offentlig upphandling – En kommentar*, s. 67.

<sup>162</sup> A.a.s. 67.

<sup>163</sup> Notera att resultatet förvisso inte är oförenligt med det primära syftet – att statliga medel används på önskvärt sätt – eftersom det tar sikte på att förhindra att pengar går till korrupta ändamål och dylikt. Därtill är offentlig upphandling betydelsefullt eftersom det bidrar till att offentlig sektor gör goda affärer.

<sup>164</sup> Avträdeskicket för lokaler regleras inte uttryckligen i jordabalken, men ska enligt lagens förarbeten styras enligt vad som följer av allmänna rättsgrundsatser. Därav följer att hyresgästen ska återställa lokalen till det skick den befann sig i vid upplåtelsestidpunkten. Se NJA II 1908 nr. 5:1 s. 148.

en risk för att avtalet kan komma att ogiltigförklaras, vilket kan påverka privata hyresvärdars intresse av att ingå kontrakt med offentliga hyresgäster. Av dessa skäl kan det vara en god idé att som utgångspunkt upphandla de arbeten som hyresgästanpassningarna innebär. Det verkar emellertid som att en sådan ordning inte alltid är så enkel att få till stånd. Framförallt rör det sig om ett problem när en offentlig hyresgäst som redan etablerat sig i en lokal inte får den upphandlade leverantören godkänd och därmed behöver flytta. Därmed kanske hyresförhållandet inte heller blir så långvarigt som önskat. Är det inte möjligt att upphandla en byggentrepenad för befintlig lokal kan en utväg vara att upphandla hela hyresåtagandet inkluderat nödvändiga anpassningar varvid befintlig hyresvärd kan delta i anbudsgivningen. Alternativet är annars att ingå nödvändiga överenskommelser om anpassning med hyresvärden under löpande hyresförhållande i situationer när risken för byggentrepenad kan bedömas som mindre. En hyresgäst som står inför ett helt nytt hyresförhållande behöver istället utvärdera möjligheten att få eventuella hyresgästanpassningar utförda av en byggentrepenör den själv väljer (upphandlar) vid val av hyresvärd. Om de tänkbara hyresvärdarna inte accepterar detta kan det antingen bli relevant att upphandla hyresvärdåtagandet eller att ingå hyreskontrakt i förhoppning om att eventuella kommande behov av förändring av lokalerna inte är så omfattande att de är upphandlingspliktiga. Både möjligheten att undvika upphandlingspliktiga situationer samt genomförandet av en upphandling ska behandlas i det följande. Tanken är att visa på vilka ”lösningar” som finns att tillgå till dess lagstiftaren har sett över hur konflikten mellan EU-rätten och svensk civilrätt ska lösas.<sup>165</sup>

## 6.3 Alternativ för den offentlige hyresgästen

### 6.3.1 Hur undviks risken för otillåten direktupphandling?

I det föregående avsnittet behandlades upphandlingspliktiga situationer som är oförenliga med hyresrättsliga regelverket och med skyddet för äganderätten. Accepterar hyresvärden de anpassningar som en offentlig hyresgäst vill genomföra, men vill hyresvärden ha kontroll över vilken byggentrepenör som anlitas, är det viktigt att anpassningen inte

---

<sup>165</sup> Något förslag till lösning har inte kommit i skrivande stund. Problemen med att de olika regelverken inte korresponderar har emellertid uppmärksammats i bl.a. Remissyttrande över slutbetänkande Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling (SOU 2013:12), Advokatfirman Lindahl; Remissyttrande över delbetänkande På jakt efter den goda affären (SOU 2011:73), Domstolsverket; Rosén Andersson m.fl., *Lagen om offentlig upphandling – En kommentar*, s. 66 ff.

leder till upphandlingsplikt. Det finns då ett par saker hyresgästen kan tänka på i samband med kontraktsskrivningen.

Vid *ombyggnationer* som sker *inför tillträdet* bör risken för upphandlingsplikt framförallt kunna minskas genom att myndigheten väljer att hyra en lokal för vilken verksamheten inte behöver ändras och som inte behöver genomgå någon betydande ombyggnation i övrigt. En upphandlande myndighet kan exempelvis avrådas från att göra om en tidigare industrilokal till kontor. I sådana fall minskar risken för att byggtreprenad föreligger och att det utgör det huvudsakliga syftet med avtalet. Även om hyresvärden implicit accepterat själva ändringen behöver han inte ha accepterat att annat än nödvändiga åtgärder vidtas, inom hyresobjektet, av annan än hyresvärden själv. I övrigt är en viktig hållpunkt att grundhyran bör överstiga den del av hyran som motsvarar kostnaderna för att anpassa lokalen. Då är kontraktet åtminstone mer sannolikt att betrakta som huvudsakligen hyra. Rekommendationen blir ungefär densamma för ombyggnationer under *löpande hyresförhållande*. Beträffande detta fall kan återigen nämnas ombyggnation från sjukhus till kontor under löpande hyresförhållande, vilket inte helt säkert skulle behöva accepteras av hyresvärden.

Förutom villkor om ombyggnation i hyreskontraktet kan som nämnts även avtal om *tillbyggnation* under *löpande hyresförhållande* föranleda en konflikt mellan hyresrätten och upphandlingsrätten. Medan en hyresgästanpassning som innebär en ombyggnation betraktas som ett villkor i hyresavtalet innebär avtal om tillbyggnation att ett nytt hyresförhållande inleds.<sup>166</sup> Denna skillnad gör att hyresgästen inför en tillbyggnation bör tänka på ytterligare ett par saker för att undvika upphandlingsplikt. Om en anpassning som innebär en tillbyggnation behöver utföras, exempelvis i syfte att utöka befintliga kontorslokaler, står två alternativ till buds. Antingen är det möjligt att teckna ett avtal för detta ändamål av vilket framgår att hyresobjektet omfattar befintlig samt tillkommande yta, eller så kan avtalet avse enbart den tillkommande ytan. Det sista alternativet innebär att två separata hyreskontrakt föreligger. Hyresförhållandet regleras dels av det ursprungliga hyreskontraktet, dels av det som tecknats för den tillkommande lokalytan.

Fördelen med det första alternativet sett i kontexten av upphandlingsregleringen är att risken för att kontraktet skulle betraktas som upphandlingspliktigt kan bedömas som mindre. Anledningen är att endast en del av hyresobjektet är föremål för byggnationsarbeten som kan få till följd att byggnadsverk anses uppfört. Mot bakgrund av hur man upphandlingsrättsligt hanterar blandade kontrakt finns således en möjlighet

---

<sup>166</sup> Se avsnitt 3.2.



att undvika att situationen betraktas som huvudsakligen avseende byggentreprenad. Utfallet beror givetvis på faktorer som tillbyggnationens storlek relativt hyresobjektets totala area. Som konstaterades i avsnitt 4 är det rimligt att som utgångspunkt betrakta tillbyggnationer som upphandlingspliktiga byggentreprenadarbeten.

Väljer parterna det andra alternativet ska de samtidigt vara medvetna om att hela hyresobjektet som kontraktet avser kommer att uppföras såsom nybyggnation. Risken är därmed större för att åtgärden och kontraktet bedöms som upphandlingspliktigt. Fördelen är istället att det befintliga hyreskontraktet inte "smittas" av upphandlingsplikt vilket sannolikt är fallet enligt alternativ ett. Rimligen är det då enbart det senare avtalet avseende tillkommande lokalyta som kommer vara föremål för eventuella sanktioner som ogiltigförklaring.

Sammanfattningsvis kan sägas att beroende på hur hyresundantaget tolkas så är risken för upphandlingsplikt ibland mindre. Det beror i huvudsak på hur omfattande byggnationerna är samt karaktären av lokalen såväl innan som efter att arbetena utförts. En liten risk för upphandlingsplikt kan i kombination med myndighetens intresse för en särskild lokal leda till att det är värt affärsrisken att ingå det önskade hyreskontraktet eller entreprenadkontraktet. Samtidigt är det ju en fråga som måste ses i förhållande till det praktiska behovet av ytterligare lokaler och möjligheten att få tillgång till lokaler på andra sätt. Trots allt föreligger alltid en osäkerhet avseende hur hyresundantaget kommer att förstås i det enskilda fallet. I värsta fall skulle överenskommelsen om anpassningar ha föregåtts av ett anbudsförfarande, varvid myndighetens agerande bedöms som en otillåten direktupphandling med därmed följande konsekvenser (jfr avsnitt 2.4.1).

### **6.3.2 Genomföra upphandling**

Önskar man undvika risken för otillåten direktupphandling helt bör myndigheten överväga att upphandla hyresvärdåtagandet inkluderat byggentreprenadarbeten. Upphandlingen sker då inför hyreskontraktets ingående. När hyresgästanpassningar önskas borde det vara möjligt för den offentlige hyresgästen att ta med kravspecifikationen för lokalen i anbudsunderlaget. Exempelvis bör annonsen kunna innefatta en rätt att hyra tillsammans med rätten att få lokalen hyresgästanpassad inför tillträdet och eventuellt även vid senare tidpunkt om behov skulle uppkomma. Om någon leverantör (eller hyresvärd) lämnar anbud måste myndigheten i enlighet med 12 kap. 1 § LOU acceptera det mest fördelaktiga anbudet. I några fall är det emellertid

möjligt att genomföra en tillåten direktupphandling. Så är fallet bland annat när några anbud inte inkommer, se jfr 4 kap. 5 § LOU. Myndigheten kan då påbörja ett förhandlat förfarande utan att dessförinnan behöva annonsera. Vidare kan förhandlingarna äga rum med valfri leverantör tillika hyresvärd. Detta är möjligt så länge det kontrakt som slutligen ingås inte innebär en väsentlig förändring i jämförelse med (det ursprungliga) kontraktet som användes vid annonseringen. Lyckas den upphandlande myndigheten under dessa premisser samt i enlighet med upphandlingsregleringen i övrigt formulera ett anbud som för vilket det antingen saknas leverantörer eller där befintlig hyresvärd är den enda lämpliga kan anpassningarna vidtas. En sådan möjlighet måste vara praktiskt betydelsefull inför framförallt byggnationer som sker under löpande hyresförhållanden.

## 7 Särskilt om uppsägning av tjänsteleverantörer

### 7.1 Inledande anmärkningar

När *hyresvärden är offentlig* och hyresgästen är privat uppenbarar sig andra frågor än de som just behandlades i samband med en offentlig hyresgäst. Mellan parterna föreligger i nuvarande situation ett avtalsförhållande som dels avser lokalupplåtelse, dels avser den verksamhet som hyresgästen kommer att bedriva i lokalen. Den fortsatta diskussionen bygger på antagandet att verksamheten som bedrivs i lokalen innebär att hyresgästen bistår den offentliga hyresvärden med tjänster, vilka i sin tur omfattas av LOU i någon utsträckning.<sup>167</sup> Tjänsterna kan antas vara en förutsättning för myndighetens upplåtelse av lokalen till verksamhetsutövaren. Detta får betydelse eftersom att lokalen då antagligen inte kan hyras ut till annan än den som bedriver verksamheten bestående i att bl.a. leverera tjänster åt offentlig sektor och kanske även kommunmedborgare eller andra utomstående. Kontraktet betraktas då som blandat varvid hela avtalsförhållandet omfattas av LOU.

Låt oss anta att kontraktet mellan en offentlig hyresvärd och privat hyresgäst löper på fyra år. Uppsägningstiden är nio månader och sägs avtalet inte upp i rätt tid förlängs avtalet med tre år i taget. Kontraktsvillkoren avseende löptiden kan förstås se ut på en mängd olika sätt, eller rent av vara helt oreglerade och löpa tills vidare. På både lokalhyresrättens och upphandlingsrättens område är avtalen som utgångspunkt tidsbestämda. Även om någon tidsfrist inte uttryckligen finns reglerad i LOU följer det av allmänna EU-rättsliga principer att kontrakt i vart fall inte kan löpa tills vidare utan att strida mot EU-rätten.<sup>168</sup> Anta vidare att den offentliga hyresvärden efter tre år säger upp avtalet till upphörande det datum som infaller ett år därpå, eftersom myndigheten vill upphandla kontraktet. Anlägger man ett allmänt avtalsrättsligt perspektiv istället för ett hyresrättsligt kommer avtalet således att upphöra ett år efter uppsägningen. Så måste utfallet även bli från upphandlingsrättslig synpunkt eftersom kontraktet i dess helhet

---

<sup>167</sup> Jfr härvid skillnaden mellan rena tjänster samt tjänstekoncessioner som behandlades i avsnitt 4.3. Det kan erinras om att hela LOU tillämpas avseende tjänster. Beträffande tjänstekoncessioner är det främst de upphandlingsrättsliga principerna som tillämpas.

<sup>168</sup> Se mål C-454/06 *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH m.fl.*, vari konstateras att någon absolut tidsfrist inte finns för upphandlingskontrakt. Dock är det främmande sett till upphandlingsdirektivets syfte att tjänstekontrakt är tidsbestämda – något som på sikt kan drabba konkurrensen negativt och motverka regleringens tillämpning. Kontrakt avseende tjänstekoncession omfattas förvisso inte av kontraktdefinitionen i 2 kap. 10 § LOU, men likväl omfattas kontraktstypen av de EU-rättsliga principerna. Därför är min tolkning av skälen i målet att de äger tillämpning även i fall av tjänstekoncession.

omfattas av upphandlingsregleringen och därför ska tilldelas den som vinner anbudsgivningen.

Frågan uppstår hur 12 kap. JB påverkar möjligheten att säga upp ett sådant avtal utan ersättningsskyldighet med hänsyn till reglerna om det indirekta besittningsskyddet. Är det inte möjligt att säga upp avtalsförhållandet enligt hyresrätten är innebörden att regelverken inte korresponderar. Utgångspunkten för denna bedömning är att 12 kap. JB enbart ska tillämpas i delar som avser just hyresförhållandet. Skälen härför redovisades i avsnitt 3.3 och ska därför inte behandlas i detta sammanhang. I relevanta delar kommer dock den traditionella hyresrättsliga synen på blandade kontrakt att beröras.

## 7.2 Innebörden av ett indirekt besittningsskydd vid upphandling

### 7.2.1 Det indirekta besittningsskyddet

Ett av lokalhyresgästens viktigaste skydd är att som utgångspunkt få hyresavtalet förlängt såvida hyresbetalningarna sker i tid och avtalsförpliktelseerna i övrigt iakttas. Långsiktig besittning av lokalen är ofta en förutsättning för kontinuitet och trygghet i hyresgästens verksamhet. En sådan trygghet krävs för att verksamheten ska vara lönsam och för att uppmuntra till investeringar i densamma.<sup>169</sup> Samtidigt har hyresvärden ett intresse av att bedriva meningsfull företagsekonomisk verksamhet som ett led i ägandet av fastigheten. Därav har hyresvärden ansetts förtjänt av bland annat vissa möjligheter till ombyggnation, rivning, skäliga hyreshöjningar samt att ändra lokalens bruksändamål.<sup>170</sup> Dessa intressen hos hyresvärden finns angivna i 12 kap. 57 § JB som de besittningsbrytande grunderna. Om någon av dessa grunder föreligger och en intresseavvägning utfaller till hyresvärdens förmån bryts hyresgästens besittningsskydd och hyresvärden kan därmed få hyresavtalet att upphöra.

Till följd av att hyresvärdens ägandentresse anses väga tyngst kan ett lokalhyresavtal aldrig förlängas mot hyresvärdens vilja. Är förlängningsvägran obefogad ska dock hyresgästen kompenseras för den förlust det innebär att behöva avträda lokalen, se 12 kap. 57 § JB jämförd med 12 kap. 58 b § JB. Genom reglerna om hyresvärdens ersättningsskyldighet kommer hyresgästens indirekta besittningsskydd till uttryck.

---

<sup>169</sup> Björkdahl, *Hyra av bostad och lokal*, s. 15.

<sup>170</sup> Prop. 1968:91 Bihang A s. 125-127.

Därmed är avsikten att hyresgästen inte helt utan skydd ska förlora det ofta omfattande värde som nedlagt arbete och kapital betyder för verksamheten.<sup>171</sup>

## 7.2.2 De besittningsbrytande grunderna

### 7.2.2.1 Upphandling – ett sakligt skäl för uppsägning?

Rätten till ersättning kan falla bort enligt bestämmelserna i 12 kap. 57 § 1-5 p JB. Den besittningsbrytande grunden som lämpligen görs gällande i samband med upphandling är den s.k. generalklausulen i 12 kap. 57 § 4 p.<sup>172</sup> Anledningen är att avsikten att upphandla inte stämmer in på någon av de specifika grunderna (det kan noteras att med en traditionell syn på blandade kontrakt skulle även punkten 5 kunna bli tillämplig om det vid en upphandling visar sig att hyran som befintlig hyresgäst erlagt varit oskäligt låg). Genom denna grund ges hyresvärden en möjlighet att bryta besittningsskyddet om det finns en befogad anledning att upplösa hyresförhållandet. Uppsägningsgrunden inbegriper ett krav på att sakligt avflyttningsskäl ska föreligga och att hyresvärdens sakliga avflyttningsskäl ska väga tyngre än hyresgästens intresse av att få behålla lokalen.<sup>173</sup>

Av lagförarbetena följer att generalklausulen är avsedd att kunna tillämpas bl.a. när det är mer lönsamt för hyresvärden att hyra ut lokalen för annat verksamhetsändamål och hyresgästen inte kan erbjuda lika förmånliga villkor.<sup>174</sup> Någon sådan situation föreligger inte i det fall det är fråga om nu. Övriga fall lämnas enligt lagförarbetena åt rättstillämpningen att avgöra.

I rättspraxis har sakligt skäl förelegat när hyresvärden själv behöver lokalen för att driva rörelse i egen regi, för att hyra ut den till boende i fastigheten eller för att utöka sin familjebostad (se NJA 1972 s. 515, NJA 1984 s. 172 och NJA 2007 s. 1018). Med hänvisning till dessa rättsfall konstaterade Högsta domstolen i NJA 2013 s. 1112 att några högre krav inte ställts upp i rättstillämpningen. Domstolen kom sedan till slutsatsen att det är tillräckligt att skälen bärs upp av ett legitimt intresse. Det konstaterades vidare att hyresvärden genom uppsägningen blev av med den dåliga affär som hyresavtalet med hyresgästen innebar. Hyresvärden fick även en ny kapitalstark hyresgäst med känt varumärke, varmed hyran för lokalerna kunde höjas. Av dessa skäl ansågs saklig grund för uppsägning föreligga.

---

<sup>171</sup> Prop. 1968:91 Bihang A s. 120.

<sup>172</sup> Denna grund var utgångspunkten i tingsrättens dom i mål nr. T 15000-11.

<sup>173</sup> Prop. 1968:91 Bihang A s. 125 f.

<sup>174</sup> A. prop. s. 125 f.

Det legitima intresset i det just berörda rättsfallet framstår som sakligt på objektiva grunder och ligger därtill i linje med motiven till att kunna bryta besittningsskyddet som anförts i lagförarbetena.<sup>175</sup> Hyresgästen sägs upp av företagsekonomiska skäl för att öka lönsamheten i hyresvärdens verksamhet, och inte av subjektiva skäl.

Även i andra fall har domstolen beaktat ekonomiska skäl inom ramen för om sakliga skäl föreligger. I NJA 2011 s. 27 var ett sådant skäl att ombyggnation skulle leda till en mer effektiv, ändamålsenlig och företagsekonomisk användning av upplåtelseobjektet. Därtill krävdes att lokalerna uthyrdes till verksamhet av annat slag framöver. Det finns anledning att tro att fallet är hänförligt till det exempel som ges i lagförarbetena.<sup>176</sup> Däremot bör varken förarbetena eller detta prejudikat utesluta att generalklausulen tillämpas av rent företagsekonomiska skäl, utan att verksamhetsändring e.d. ingår som ett led i detta.

På motsvarande sätt förhåller det sig när hyresvärden önskar få hyresavtalet att upphöra med anledning av att en annan hyresgäst vunnit genomförd upphandling av den till hyresavtalet hörande tjänsterättigheten. Resultatet av en upphandling indikerar vilket alternativ som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för hyresvärden att acceptera.<sup>177</sup> Det innebär att en uppsägning till förmån för antagande av en annan leverantör och hyresgäst också svarar mot motiven. Därtill bör upphandling vara ett beaktansvärt intresse sett i ljuset av 2013-års fall. Det kan även antas att som sakligt skäl räknas att hyresvärden följer en i lag angiven skyldighet och det även om den tänkta situationen inte nämns i lagförarbetena. Av denna anledning bör offentlig upphandling i alla fall ses som legitimt och som ett sakligt skäl. Därmed är det dock inte sagt att resultatet av intresseavvägningen inte kan leda till ett annat utfall.

#### *7.2.2.2 Betydelsen av om det är tjänst eller tjänstekoncession som upphandlas*

Sakliga skäl bör alltså föreligga vid upphandling när hyresvärden följer en lagstadgad skyldighet samt åtgärden är företagsekonomiskt motiverad. Alla situationer träffas dock som bekant inte av upphandlingsplikt, vilket är en viktig skillnad mellan tjänster (upphandlingspliktiga) och tjänstekoncessioner (ej upphandlingspliktiga). Därför bör man skilja mellan dessa typfall vid bedömningen av om sakligt skäl föreligger. Mot denna bakgrund kan den offentliga hyresvärdens intresse antas vara olika starkt dels när det

---

<sup>175</sup> Jfr avsnitt 7.2.1 ovan samt prop 1968:91 Bihang A s. 125-127.

<sup>176</sup> Jfr Björkdahl, *Hyra av bostad och lokal*, s. 243.

<sup>177</sup> Jfr tilldelningsgrunderna i 12 kap. 1 § LOU. Som grund för tilldelning anges *lägsta pris* eller det *ekonomiskt mest fördelaktiga* anbudet (varmed kvalitet tilläts gå före pris etc.).

finns en *skyldighet* att upphandla enligt LOU, dels när myndigheten *önskar* upphandla i syfte att försäkra sig om att affärerna inte utgör otillåtet stöd åt enskild eller annars strider mot EU-rättsliga principer.<sup>178</sup>

Rör det sig om en skyldighet att upphandla *tjänst* i LOU:s mening får hyresvärdens intresse bedömas som sakligt i linje med vad som anförts i föregående avsnitt. Sker upphandling av en icke upphandlingspliktig tjänstekoncession blir frågan svårare att avgöra. Det kan i och för sig påstås att myndighetens ovisshet om huruvida den håller sig inom ramen för EU-rätten är skäl nog för att upphandla en tjänstekoncession och låta rättsförhållandet upplösas. Myndigheter har säkerligen ett intresse av att konkurrensutsätta sina förvärv genom upphandling för att vara på den säkra sidan om att olaga statsstöd inte utbetalas. Vidare har Kommissionen ansett att det föreligger en presumtion för att statsstöd lämnas om inte myndighetens anskaffning föregås av ett villkorslöst anbudsförfarande eller en oberoende expertvärdering i dylika fall.<sup>179</sup> EU-domstolen har även fastslagit att anbud behöver tas in i sådan utsträckning som det är nödvändigt för nå öppen konkurrens och opartiskhet.<sup>180</sup> Det är oklart om innebörden är en skyldighet att upphandla. Inhämmandet av anbud är emellertid föga effektivt i syfte att nå transparens om de inte samtidigt följs upp. Skäl talar därför för att EU-domstolen i princip ålagt en skyldighet att upphandla även tjänstekoncessioner.<sup>181</sup>

Trots att tjänstekoncessioner inte är upphandlingspliktiga enligt LOU är offentliga hyresvärdar alltså i princip förpliktigade att konkurrensutsätta sina förvärv. Upphandling av tjänstekoncessioner bör därför, liksom upphandling av tjänster, vara sakligt motiverat enligt 12 kap. 57 § 4 p. JB.

### 7.2.3 Intresseavvägningen

Vid intresseavvägningen som ska ske enligt generalklausulen kan en mängd faktorer beaktas. Av lagförarbetena följer att de sakliga skäl som hyresvärderna anført för att ta lokalen i anspråk ska utvärderas. Enligt lagförarbetena ska också vid intresseavvägningen räknas hyresvärderna tillgodo om denne erbjudit viss ekonomisk kompensation, förlängning av hyresavtalet under viss begränsad tid eller anvisat annan lokal. På

---

<sup>178</sup> EU:s regelverk om statsstöd återfinns i artikel 107-109 FEUF. Se det svenska förbudet mot gynnande av enskild i 2 kap. 8 § konnunallagen (1990:900) samt lagen (2013:388) om tillämpningen av Europeiska unionens statsstödsregler.

<sup>179</sup> Jfr. Kommissionens meddelande om inslag av stöd vid statliga myndigheters försäljning av mark och byggnader (EGT C 209, 10.07.1997).

<sup>180</sup> Mål C-324/98, *Telaustria*, p. 62.

<sup>181</sup> Drijber & Stergiou, *Public procurement law and international market law*, s. 810.

hyresgästens sida beaktas bl.a. dennes behov av lokalen och möjligheten att erhålla en annan lämplig lokal, den tid hyresgästen bedrivit verksamheten i lokalen och arten av denna verksamhet. Hyresgästens beroende av en viss kundkrets eller ett visst affärsläge beaktas även.<sup>182</sup>

Motiven till hyreslagstiftningen anger inte hur blandade kontrakt ska hanteras. Vilken hänsyn som kan tas till annat än hyresförhållandet vid reglernas tillämpning får därför bedömas med vägledning av rättspraxis och allmänna avtalsrättsliga principer. I likhet med den aktuella praktiska situationen var det i NJA 2007 s. 1018 (Shell) fråga om ett samarbetsavtal varav i vart fall en del utgjordes av ett hyresförhållande. Övriga delar av avtalet var relaterade till den verksamhet som bedrevs i lokalen. För att avgöra om det fanns befogad anledning till uppsägning av hyreskontraktet beaktade Högsta domstolen att hyresgästen rimligen måste haft möjlighet att upplösa samarbetsförhållandet. Det är inte uppenbart vad som avses med uttalandet. Domstolen synes dock framhålla att det faktum att samarbetsförhållandet upphör åtminstone är en sådan omständighet som påverkar intresseavvägningen. Hyresgästens begäran om att hela samarbetsförhållandet skulle fortskrida bemötte domstolen med att samarbetsavtal inte har något sådan skydd eller rätt till förlängning i någon lag, se t.ex. 28 § HagL, 52 § KommL samt 7 och 39 §§ LAS. Därtill är inte 12 kap. JB tänkt att kompensera för förlust av samarbetsavtal. En hyresgäst synes alltså ha att räkna med ett försvagat besittningsskydd när det rör sig om ett kombinerat hyres- och rörelseavtal. Därtill påverkar en eventuell uppsägning av samarbetet möjligheten att säga upp hyresförhållandet.

Till omständigheterna hör att parterna bedömde förpliktelserna som följde av samarbetsavtalet som en förutsättning för hyresavtalet, vilket även framgick av avtalen. Mot denna bakgrund är det möjligt att Högsta domstolen beaktade att det ena avtalet var villkorat av det andra avtalet när det senare konstaterades att hyresavtalet kunde upplösas enligt 12 kap. JB. Även om det i det enskilda fallet inte finns en tydlig koppling avtalen emellan bör det ofta vara så att samarbetet utgör en väsentlig förutsättning för hyreskontraktet, vilket gör hyresvärdens intresse starkt. Så är fallet sannolikt om det inte är praktiskt möjligt för annan än hyresgästen att bedriva av myndigheten önskad verksamhet eftersom verksamheten är beroende av nyttjanderätten. Som exempel kan nämnas utlokaliseringen av vård och äldreboende. Mot bakgrund av att hyresgästen ju tilldelats kontraktet genom upphandling av tjänst föreligger också en insikt hos hyresgästen, vilket bör få betydelse vid avvägningen.

---

<sup>182</sup> Prop. 1968:91 Bihang A s. 127.



Till förmån för den privata hyresgästen kan man i och för sig anföra att verksamheten är högst beroende av lokalen och att det i princip är uteslutet att fortsätta bedriva samma verksamhet på annat håll. Dock får de sociala skälen bakom att låta hyresgästen behålla lokalen bedömas som begränsade när tjänsterna är av central betydelse för avtalsförhållandet. Skäl talar därför för att upphandling i sig är ett tillräckligt starkt intresse för att bryta det indirekta besittningsskyddet.

Det kan slutligen noteras att om utgångspunkten istället är att 12 kap. JB ska tillämpas på avtalsförhållandet i dess helhet – d.v.s. den traditionella synen på blandade kontrakt – så krävs befogad anledning till uppsägning även för att tjänstedelen av avtalsförhållandet ska upphöra. Bristande förutsättningar blir då svårt att åberopa som grund. Beroende på vilken hyresrättslig syn vi anlägger på blandade kontrakt kan motiveringen i en intresseavvägning komma att se annorlunda ut. Eventuellt är utfallen även olika.

#### **7.2.4 Sammanfattning**

Det är svårt att dra annat än generella slutsatser avseende vad 12 kap. JB skulle leda till för utfall i den praktiska situationen. Upphandling bör i vart fall utgöra ett sakligt skäl till uppsägningen och det oavsett om kontraktet är en kombination av hyra och tjänst eller hyra och tjänstekoncession. En viktig faktor vid intresseavvägningen bör vara hur ”avtalskomplexet” är uppbyggt, eftersom det säger en del om hur starkt besittningsskyddet rimligen är, hur central upplåtelsen är relativt andra moment i kontraktet samt om hyresgästen har någon inarbetad kundkrets att förlora, etcetera.

En hyresrättslig genomgång visar att det på antagligen finns befogad anledning att säga upp ett hyreskontrakt, om hyresförhållandet förutsätter ett tjänste- eller tjänstekoncessionskontrakt och hyresvärden har möjlighet att frigöra sig från det senare kontraktet. I den aktuella praktiska situationen beror denna möjlighet för en offentlig hyresvärd på att annan än befintlig hyresgäst tilldelats tjänsterättigheten vid en offentlig upphandling. Genom att argumentera utifrån Shell-målet blir slutsatsen att en befintlig hyresgäst som förlorar tjänsterättigheten i samband med en upphandling sannolikt skulle förlora även hyresrätten vid en förlängningstvist. Den praktiska situationen synes inte leda till någon egentlig konflikt mellan 12 kap. JB och LOU, trots att regelverken inte korresponderar avseende bedömningen av blandade kontrakt.

## 7.3 Rekommendationer till offentliga hyresvärdar

### 7.3.1 Inför hyreskontraktets ingående

Med anledning av den osäkerhet som råder beträffande den civilrättsliga synen på blandade kontrakt, men kanske framförallt den hyresrättsliga synen på upphandling, finns det skäl att på förhand hantera möjligheten till uppsägning i händelse av upphandling. På så sätt kan risken för att man som offentlig hyresvärd bedöms ersättningsskyldig i samband med uppsägning minskas. Risken består i att det inte är uppenbart hur en förlängningstvist skulle sluta.

Myndigheten kan bland annat rekommenderas att avtala bort det indirekta besittningsskyddet. En sådan överenskommelse mellan parterna kräver hyresnämndens godkännande om den träffas i anslutning till hyreskontraktets ingående, jfr 12 kap. 56 § 2 st. JB. En sådan överenskommelse kommer med större sannolikhet godkännas om avståendet begränsas till händelsen att upphandling viddas eller att annan leverantör vinner en eventuell anbudsgivning.<sup>183</sup> Om hyresgästen accepterar hyreskontraktet under sådana villkor kan det även vara en idé att låta hyresavtalets giltighet förbehållas av att hyresnämnden godkänner avståendet från besittningsskyddet.

Ett annat alternativ är att ta in som villkor i hyreskontraktet att det upphör när myndigheten väljer att handla upp en annan tjänsteleverantör. En sådan skrivning bör istället få relevans vid intresseavvägningen i samband med en eventuell uppsägning och bör då räknas hyresvärden tillgodo.<sup>184</sup>

### 7.3.2 Inför en eventuell uppsägning

För uppsägningen av hyreskontrakt måste vissa formkrav uppfyllas för att uppsägningen ska anses som giltig. Av 12 kap. 58 § första stycket JB följer bland annat att hyresvärden i uppsägningshandlingen måste ange orsaken till att hyresgästen vägras förlängning av hyresförhållandet. Enligt andra stycket innebär underlåtelse av denna förpliktelse att uppsägningen är utan verkan. Genom att klargöra skälen till varför förlängning vägras är syftet att hyresgästen ska kunna utvärdera sina möjligheter till att få ersättning med anledning av uppsägningen. Beroende på utsikterna för ersättning kan det vara lönt för

---

<sup>183</sup> Jfr. Holmqvist & Thomsson, Hyreslagen (14 juli 2014, Zeteo), kommentar till 12 kap. 56 § 2 st.

<sup>184</sup> Härvid kan uppmärksammas kravet på att besittningsskyddet endast kan avtalas bort genom en särskilt upprättad handling. Således är det inte möjligt ta in detta som villkor i hyreskontraktet. Se 12 kap. 56 § JB.

hyresgästen att inleda ett förfarande för att iaktta sin möjlighet till ersättning. Uppsägningsanledningen som hyresvärden anger utgör ramen för prövningen.<sup>185</sup>

Mot denna bakgrund bör myndigheten noga överväga vad som ska stå med i uppsägningshandlingen i det enskilda fallet. Utifrån argumentationen som förts i avsnitt 7.2 skulle det vara tillräckligt att ange myndighetens avsikt att upphandla som orsak till uppsägningen, eftersom det konstaterats vara ett sakligt skäl på grund av att både tjänst och tjänstekoncession i princip är upphandlingspliktiga. I en underrättsdom har domstolen emellertid avvisat uppsägningen eftersom någon upphandlings*plikt* inte ansågs finnas för tjänstekoncessioner. Hyresvärden i målet hade som uppsägningsgrund uppgivit att upphandling skulle ske eftersom det fanns en sådan skyldighet enligt upphandlingsregleringen, varvid domstolen kom fram till någon sådan skyldighet inte finns. Därför kunde inte den verkliga anledningen, att upphandla för att undvika att statsstöd utbetalades, inte prövas.<sup>186</sup> Är man (eller domstolen) av en annan uppfattning än att upphandling i alla fall bör utgöra sakligt skäl så är det åtminstone möjligt att med ganska enkla medel förhindra att uppsägningen bedöms på som i den återgivna domen. Den offentliga hyresvärden kan då rekommenderas att ange av vilken anledning upphandling behöver vidtas. Orsaken kan till exempel vara att det föreligger en skyldighet att upphandla enligt LOU eller att EU-rätten fordrar att anbudsgivning sker, t.ex. för att undvika att göra affärer i strid med statsstödsrätten.

---

<sup>185</sup> Se NJA 1981 s. 675.

<sup>186</sup> Jfr. diskussionen under 7.2.2. Se även Stockholms tingsrätts dom i mål nr T 15000-11.

## 8 Avslutning

Uppsatsen har behandlat två situationer som berör förhållandet mellan svensk civilrättslig hyresreglering respektive upphandlingsreglering som bygger på EU-rätten. Synen på vad som utgör ett hyreskontrakt har visat sig vara olika inom de två rättsområdena. Därmed är inte regelverken per se oförenliga. Endast i fråga om hyresgäst Anpassningar föreligger det i vissa fall en egentlig konflikt mellan regelverken vid den praktiska tillämpningen. Konflikten består i att en privat hyresvärd i egenskap av ägare till fastigheten inte alltid behöver godta en offentlig hyresgästs önskemål om att anpassa lokalerna. När en offentlig hyresgäst inte kan genomdriva en hyresgäst Anpassning – på avtalsrättslig eller hyresrättslig grund – måste utgångspunkten även vara att hyresvärden kan välja vem som utför arbetena. Problematiken bör aktualiseras (i) framförallt vid tillbyggnationer under löpande hyresförhållande, men ibland även vid (ii) omfattande ombyggnationer inför tillträdet eller under löpande hyresförhållande. I sådana situationer kan inte en offentlig hyresgäst påtvinga hyresvärden en byggtreprenör som upphandlats. Därmed måste äganderätten ge vika för skyldigheten att upphandla eller så måste den offentliga hyresgästen avflytta till nya lokaler för att undvika otillåten direktupphandling. Trots den omfattande avtalsfriheten på lokalhyresrättens område äger parterna alltså inte fullt ut frågan om att vidta förändringar av hyresobjektet. Kontraktsfriheten har alltså i viss mån begränsats av EU och LOU. I detta sammanhang bör äganderättens särskilda ställning bland rättigheter tas i beaktande vid en eventuell diskussion av om nuvarande ordning innebär ett för stort intrång i EU:s medlemsstaters, eller i vart fall Sveriges, autonomi. Detta bör åtminstone framhållas om och när hyresundantagets faktiska omfattning utreds. Det vore mot bakgrund av det anförda önskvärt om ett undantag från upphandlingsplikt kunde göras i de situationer en hyresvärd själv har rätt att förfoga över fastigheten.

I övrigt föreligger alltså ingen direkt konflikt. Likväl medför de skilda hyresdefinitionerna, inkluderat synen på blandade kontrakt, att det ibland är fråga om hyra och icke-hyra på en och samma gång. För det första föranleder diskrepansen osäkerhet avseende vilka Anpassningar som en offentlig hyresgäst kan vidta utan föregående annonsering. En bidragande orsak är att hyresundantaget i allt väsentligt tagit form genom rättspraxis, varvid få tydliga och allmängiltiga rekvisit ställts upp. I syfte att minska antalet otillåtna direktupphandlingar vore det önskvärt om lagstiftaren klargjorde utrymmet för hyresgäst Anpassningar i samband med offentlig upphandling. Härvid bör

hyresundantagets omfattning utvärderas samt att det bör utredas om det faktiskt föreligger en skillnad mellan EU-domstolens rättspraxis och Konkurrensverkets ståndpunkt. Den som känner sig manad kan även fundera över ett uttalande av Kommissionen vari anförs att upphandlingsdirektivets omfattning är det vidast möjliga i syfte att täcka hela det spann av kontraktsförhållanden som den upphandlande myndigheten kan komma att överväga för att deras specifika behov ska mötas.<sup>187</sup> Uttalandet är inte helt enkelt att förstå när hyresbegreppet definieras utifrån vad som inte utgör byggtreprenad. Med en sådan logik är det praktiskt taget omöjligt att tillämpa hyresundantaget.

För det andra leder regelverkens olika utgångspunkter till osäkerhet avseende utsikterna att bryta det indirekta besittningsskyddet när en privat hyresgäst samtidigt utför tjänster åt myndigheten och av dessa skäl behöver upphandlas. Upphandling ser i och för sig ut att vara ett legitimt intresse och därmed ett sakligt skäl för uppsägning. Det hade dock inte skadat om lagstiftaren uttryckligen uttalat sig om att generalklausulen alltid kan tillämpas på upphandlingspliktiga situationer. En anledning är att det är en praktiskt mycket svår fråga. Det kan också tyckas oklart vad exakt som skulle behöva åberopas som uppsägningsgrund. Det finns alltså en poäng i att klargöra om upphandlingen i sig utgör tillräckliga skäl för att upplösa ett hyresförhållande. Risker är annars att uppsägningen av den offentliga hyresvärden bedöms som ogrundad, varmed hyresgästen är berättigad till ersättning för all skada som enligt det indirekta besittningsskyddet. Förutom osäkerheten för parterna i ett hyresförhållande kan sådana uppsägningar bli kostsamma för samhället, trots att åtgärden (upphandlingen) i normala fall bidrar till att stat och kommun använder skattemedel på ett mer kostnadseffektivt sätt. Erkänner vi upphandling som ett i hög grad beaktansvärt intresse på hyresrättens område är det önskvärt om riktlinjer i detta avseende ställs upp för att undvika godtycke i bedömningen.

---

<sup>187</sup> Se *Guide to the Community rules on public works contracts* s 12 där Kommissionen skriver att "the scope of the Directive is thus as wide as possible".

# Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

## **Lagförarbeten**

Prop. 2009/10:180 Nya rättsmedel på upphandlingsområdet

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

Prop. 2001/02:142 Ändringar i lagen om offentlig upphandling m.m.

Prop. 1992/93:88 Om offentlig upphandling

Prop. 1990/91:117 Om en ny kommunallag

Prop. 1987/88:146 Om ändringar i lokalhyreslagstiftningen

Prop. 1968:91 med förslag till lag angående ändring i vissa delar av lagen den 14 juni 1907 (nr 36 s.1) om nyttjanderätt till fast egendom m.m.

NJA II 1908 nr 5:1 Lag om nyttjanderätt till fast egendom

SOU 2013:12 Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling

## **Remissyttranden**

Remissyttrande över slutbetänkande Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling (SOU 2013:12), Advokatfirman Lindahl

Remissyttrande över delbetänkande På jakt efter den goda affären (SOU 2011:73), Domstolsverket

Remissyttrande över delbetänkande Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet (Ds 2009:30), Stockholms kommun (PM 2009:RI, Dnr 001-1516/2009)

<http://insynsverige.se/documentHandler.ashx?did=42369>

## **Publikationer**

Kommissionens meddelande om inslag av stöd vid statliga myndigheters försäljning av mark och byggnader (EGT C 209, 10.07.1997).

Europeiska kommissionen, Guide to the Community Rules on Public Works Wcontracts other than in water, energy, transport and telecommincations sectors, directive 93/37/EEC

## Rättspraxis

### **EU-domstolen**

Kommissionen mot Tyskland (mål C-574/10)

Helmut Müller (mål C-451/08)

Club Hotel Loutraki (mål C-145/08 & 149/08)

Kommissionen mot Tyskland (mål C-536/07)

Presstext Nachrichtenagentur GmbH m.fl. (mål C-454/06)

Kommissionen mot Italien (mål C-382/05)

Auroux m.fl. (mål C-220/05)

Kommissionen mot Italien (mål C-412/04)

Parking Brixen (mål C-458/03)

Stadt Halle (mål C-26/03)

Pfeiffer (mål C-397/01)

Kommissionen mot Tyskland (mål C-20/01 & 28/01)

Italien mot Kommissionen (mål C-310/99)

Ordine degli Architetti m.fl. (mål C-399/98)

University of Cambridge (mål C-380/98)

Telaustria (mål C-324/98)

Kommissionen mot Frankrike (mål C-16/98)

Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden mot BFI Holding BV. (mål C-360/96)

SFEI m.fl. mot La Poste (mål C-39/94)

Marleasing (mål C-106/89)

Beentjes (mål C-31/87)

Von Colson (mål C-14/83)

### **Svenska domstolar**

#### *Allmänna domstolar*

NJA 2013 s. 1112

NJA 2011 s. 27

NJA 2007 s. 1018

NJA 2007 s. 349

NJA 2007 s. 303

NJA 2001 s. 10

NJA 2000 s. 712

NJA 1984 s. 172

NJA 1981 s. 675

NJA 1978 s. 389

NJA 1972 s. 515

NJA 1971 s. 129

NJA 1949 s. 209



Stockholms tingsrätt, mål nr T15000-11

#### *Förvaltningsdomstolar*

HFD 2012 ref. 29

Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2264-12

Kammarrätten i Göteborg, mål nr 7477-08

Kammarrätten i Stockholm, mål nr. 797-06

Förvaltningsrätten i Linköping, mål nr. 3834-11

#### *Rättsfall från bostadsdomstolen*

RBD 8:94

RBD 14:93

#### Myndigheter

##### **Konkurrensverket**

Konkurrensverkets rapportserie 2011:2, Fallgropar vid entreprenadupphandlingar

Konkurrensverkets beslut dnr 584/2010

#### Litteratur

*Adlercreutz, A; Gorton, L*, Avtalsrätt 1, 13:e upplagan, Juristförlaget i Lund, Lund 2011.

*Arrowsmith, S*, The Law of Public and Utilities Procurements, Sweet & Maxwell, London 2005.

*Bengtsson, B; Hager, R; Victorin, A*, Hyra och annan nyttjanderätt till fast egendom, 7 uppl., Norstedts juridik, Stockholm 2007.

- Björkdahl, E P*, Hyra av bostad och lokal, Iustus, Uppsala 2013.
- Björkdahl, E P*, ”Tvistelösning vid samarbeten där det ingår ett lokalhyresavtal” i Skrifter till Anders Victorins minne, s 77-92, Iustus, Uppsala 2009.
- Craig, P; de Búrca, G*, EU Law – Text, Cases and Materials, 5 uppl, Oxford University Press, Oxford 2011.
- Holmqvist, L; Thomsson, R*
- Hyreslagen – En kommentar, 10 uppl., Stockholm 2013.
  - Hyreslagen (14 juli 2014, Zeteo), kommentar till 12 kap. 56 § 2 st.
- Kleineman, J*, ”Rättsdogmatisk metod” i Korling, F; Zamboni, M, Juridisk metodlära, Studentlitteratur, Lund 2013, s 21-45.
- Lejman*, Om begreppet nyttjanderätt till fast egendom, Almqvist & Wiksells Boktryckeri, Uppsala 1944.
- Pedersen, K*, Upphandlingsrättens grunder – en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna, 3 uppl., Jure Förlag, Stockholm 2013.
- Reichel, J*, ”EU-rättslig metod” i Juridisk metodlära, Korling, F; Zamboni, M, Studentlitteratur, Lund 2013, s 109-140.
- Rodbe, K*, Obligationsrätt, Stockholm 1956.
- Rosén Andersson, H; Mühlenbock, E-M; Willquist, H; Svensson, N*; Lagen om offentlig upphandling – En kommentar, Norstedts juridik, 2013.
- Sundberg, J*, Om ansvar för fel i lejt gods, Stockholm 1966.
- Trepte, P*, Public Procurement in the EU – A Practitioner’s Guide, 2 uppl. Oxford University Press, Oxford 2007.
- Victorin, A*, Kommersiell hyresrätt, 3 uppl., Norstedts juridik, Stockholm 2003.
- Victorin, A; Hager, R*, Allmän fastighetsrätt, 6 uppl., Iustus Förlag, Uppsala 2013.

## Tidskrifter

*Bartosch, A*, The Relationship Between Public Procurement and State Aid Surveillance – The Toughest Standard Applies, 39 Common Market Law Review, Issue 3, s. 551-576.

*Drijber, B-J; Stergio, H*, Public procurement law and international market law, 46 Common Market Law Review, s. 805-846.

Lejman, Svensk rättspraxis: Nyttjanderätt, SvJT 1985.

*Mellqvist*, Entreprenadrätten och kontraktsrättens finrum, SvJT 2013, s. 233-265.

*Pedersen, Olsson*, Upphandlingskrönika – blandade kontrakt, Europarättslig Tidskrift, 2011, s. 615-626.

*Sundstrand, A*, Primärrättens reglering av offentliga kontrakt, Förvaltningsrättslig tidskrift 4'12, s. 57-68.

## Övrigt

[http://www.svensktnaringsliv.se/migration\\_catalog/Rapporter\\_och\\_opinionsmaterial/Rapporters/vad-vore-offentlig-sektor-utan-foretagen\\_531112.html/binary/Vad%20vore%20offentlig%20sektor%20utan%20foretagen](http://www.svensktnaringsliv.se/migration_catalog/Rapporter_och_opinionsmaterial/Rapporters/vad-vore-offentlig-sektor-utan-foretagen_531112.html/binary/Vad%20vore%20offentlig%20sektor%20utan%20foretagen)