



SÖKANDE

Hanssons Fastigheter Limhamn AB, 556818-7271

Ombud: Jur. kand. Emil Ekdahl Norling och Advokat Per Ericsson
Advokatbyrån Gulliksson AB
Box 739
220 07 Lund

MOTPARTER

1. Malmö stad

Ombud: Advokat Annika Andersson och Advokat Johan Tollgerdt
Advokatfirman Lindahl KB
Studentgatan 6
211 38 Malmö

2. Skånska Strand AB, 556475-5063
Krossverksgatan 3
216 16 Limhamn

SAKEN

Överprövning av avtals giltighet enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Hanssons Fastigheter Limhamn AB:s ansökan om ingripande enligt LOU på så vis att det avtal ("hyreskontrakt för blockuthyrning") som ingåtts den 16 augusti 2017 mellan Malmö stad och Skånska Strand AB ska förklaras ogiltigt.

BAKGRUND

Malmö stad har ingått ett avtal med Skånska Strand AB (Skånska Strand) benämnt "Hyreskontrakt för blockuthyrning" avseende fastigheten Spiran 1 i Limhamn i Malmö kommun. Fastigheten ägs av Skånska Strand. Ny detaljplan för fastigheten och intilliggande fastighet Spiran 2 antogs den 15 oktober 2015 och vann laga kraft den 19 november 2015. Av avtalet framgår bl.a. följande. Avtalet omfattar 133 nyproducerade lägenheter avsedda att utgöra genomgångsboende för hemlösa. Avtalet innebär att de befintliga byggnaderna på Spiran 1 rivs i sin helhet och att nya byggnader uppförs i deras ställe. Staden ska enligt avtalet erlægga hyra om 15 982 400 kr per år, exklusive drifttillägg. Avtalet ska preliminärt träda i kraft den 1 april 2019 och gälla till och med den 31 mars 2039. Avtalet har en initial löptid om 20 år med möjlighet till förlängning i femårsintervaller. Enligt vad som anges under "Särskilda bestämmelser" i avtalet ska avtalet träda i kraft så snart Malmö stad godkänt och undertecknat avtalet samt Skånska Strand erhållit bygglov och nödvändiga byggkreditiv. Kommunstyrelsen godkände avtalet den 16 augusti 2017. Avtalet har därefter undertecknats av Malmö stad genom dess arbetsmarknads- och socialnämnd. Under "Särskilda bestämmelser" i avtalet anges vidare att parallellt med behandlingen av detta avtal pågår behandling av avtal för LSS Serviceboende i en av byggnaderna inom fastigheten Spiran 1. Skulle avtal om LSS inte komma att tecknas kommer istället bostäder att byggas vilka läggs till detta avtal med motsvarande hyreshöjning.

YRKANDEN M.M.

Hanssons Fastigheter Limhamn AB (Hanssons Fastigheter)

Hanssons Fastigheter ansöker om överprövning av avtalet och yrkar att det ska förklaras ogiltigt, på den grunden att Malmö stad ingått avtalet utan

föregående annonsering och utan att det varit tillåtet att använda direktupphandling.

Malmö stad

Malmö stad bestrider bifall till ansökan. I första hand yrkar staden att ansökan ska avvisas på den grunden att bolaget inte är leverantör på den aktuella marknaden och därför saknar talerätt. I andra hand yrkar staden att ansökan ska avslås på den grunden att hyresundantaget i 3 kap. 19 § första stycket LOU är tillämpligt.

VAD PARTERNA ANFÖR

Hanssons Fastigheter

Malmö stads yrkande om att ansökan ska avvisas

Hanssons Fastigheter äger och förvaltar ett tjugotal fastigheter med större flerbostadsbyggnader, affärslokaler, mindre lokaler samt garage och p-platser i områdena Limhamn, Fridhem och Bunkeflostrand i Malmö. Hanssons Fastigheters verksamhet består i ägande och förvaltande av fast egendom och därmed förenlig verksamhet. Det aktuella avtalet avser tjänster som faller inom Hanssons Fastigheters verksamhetsområde. Hanssons Fastigheter har såväl förmåga som intresse av att lämna anbud avseende uppförande och uthyrning av bostäder motsvarande de som Malmö stad, i enlighet med avtalet, efterfrågar i Limhamn som för övrigt är ett område där Hanssons Fastigheter har betydande verksamhet. Hanssons Fastigheter har även förmåga och intresse av att uppföra och uthyra bostäder på andra områden som skulle kunna vara aktuella för den tjänst som avtalet avser. Dessutom har staden i nu pågående diskussioner kring ”Planprogram Norr om kalkbrottet” kontaktat Hanssons Fastigheter med förslag om att, på en

tomt i området där en industrilokal som ägs Hanssons Fastigheter ligger, uppföra nya flerbostadsfastigheter i enlighet med stadens planer.

Begreppet leverantör i LOU ska ges en vid innebörd. Av EU-domstolens praxis följer att möjligheten att ansöka om överprövning tillkommer var och en som har haft intresse av att tilldelas ett visst offentligt kontrakt och som har skadats eller riskerat att skadas av en överträdelse, från den tidpunkt då den upphandlande myndigheten har uttryckt sin vilja på ett sätt som kan ha rättslig verkan.

Om avtalet får kvarstå fråntas Hanssons Fastigheter möjligheten att delta i upphandling av ett upphandlingspliktigt avtal som bolaget, genom en regelrätt upphandling, haft möjlighet att tilldelas. Stadens underlåtenhet att upphandla det upphandlingspliktiga kontraktet innebär att potentiella anbudsgivare, däribland Hanssons Fastigheter, har lidit skada. Hanssons Fastigheter är således taleberättigat.

LSS-boendet utgör en del av avtalet

Avtalet förutsätter att LSS-boendet ska uppföras och kan inte uppfattas på annat sätt än att det omfattar LSS-boendet. Under alla förhållanden visar kontakterna kring LSS-boendet på stadens avgörande inflytande över entreprenaden. Konkreta avtalsförhandlingar avseende LSS-boendet har ägt rum mellan staden och Skånska Strand. Förhandlingarna avseende LSS-boendet har skett parallellt och i mycket nära samband med planeringen av boendet för hemlösa. Att staden nu påstår att LSS-boendet inte ska uppföras förändrar inte detta förhållande. Det är avtalstidpunkten som är avgörande.

Av EU-domstolens praxis följer att även en myndighets agerande innan ett kontrakt ingås, genom vilket en viss aktör beslutas vara den som ska tilldelas kontraktet, ska kunna bli föremål för ansökan om överprövning.

Även ett beslut att inte inleda ett upphandlingsförfarande ska kunna överprövas, eftersom det annars skulle leda till att upphandlingsreglerna blev valfria för myndigheten. Rätten till överprövning uppstår från den tidpunkt då den upphandlande myndigheten har uttryckt sin vilja på ett sätt som kan ha rättslig verkan. Att inleda konkreta avtalsförhandlingar med en person utgör en sådan viljeyttring. Den upphandlande myndigheten har därtill en skyldighet att ge insyn för att det ska vara möjligt att kontrollera att upphandlingsreglerna efterlevs och att det finns reella möjligheter att utöva rätten till överprövning. Det kan med fog ifrågasättas om staden har efterlevt denna skyldighet. Redan stadens konkreta avtalsförhandlingar med Skånska Strand utgör ett sådant rättsligt agerande som Hanssons Fastigheter har rätt att få överprövat. Att konkreta avtalsförhandlingar ägt rum mellan staden och Skånska Strand avseende LSS-boendet är, med hänvisning till den omfattande korrespondens som skett mellan parterna och utbyte av såväl ritningar, verksamhetsbeskrivningar av LSS-boende som exempel på avtal för LSS-boenden, uppenbart.

Det finns i praktiken inte heller något som hindrar Skånska Strand från att, oberoende av stadens förklaring att LSS-boendet inte ska uppföras, i enlighet med tidigare instruktioner och verksamhetsplaner från staden ändå uppföra LSS-boendet, för att därefter hyra ut byggnaden till staden fr.o.m. april 2019. Ett sådant förfarande står direkt i strid med de grundläggande principerna som LOU baseras på.

Om förvaltningsrätten trots det ovan anförda skulle finna att avtalet inte omfattat LSS-boendet, visar ändå de kontakter som förekommit avseende LSS-boendet att staden har haft ett avgörande inflytande över utformningen av byggnaderna, inte minst eftersom staden ensidigt kunnat besluta huruvida entreprenaden skulle omfatta LSS-boendet.

Hysesundantaget är inte tillämpligt

Bestämmelsen i 3 kap. 19 § LOU undantar bl.a. förvärv eller hyra av fast egendom eller byggnad från LOU:s tillämpningsområde. Syftet har angivits vara att befintliga fastigheter har särskilda särdrag som gör att hyra eller köp av sådan egendom inte lämpar sig för att konkurrensutsättas, eftersom den svårligen låter sig jämföras med annan befintlig egendom. Byggnader som inte är färdigställda har tvärtom en inneboende möjlighet att utformas efter myndighetens planer och önskemål och lämpar sig därför mycket väl för att konkurrensutsättas.

Av praxis från EU-domstolen framgår tydligt att hyresundantaget ska tolkas restriktivt och att det ska vara fråga om en befintlig byggnad för att undantaget överhuvudtaget ska kunna vara tillämpligt. Det är den upphandlande myndigheten, dvs. staden, som har den fulla bevisbördan för att undantag från LOU är tillämpligt.

Det är det huvudsakliga syftet med ett kontrakt som avgör vilka bestämmelser som är tillämpliga på kontraktet. Det spelar ingen roll hur parterna har betecknat avtalet. Det aktuella avtalet innebär att de befintliga byggnaderna på fastigheten Spiran 1 rivs i sin helhet och att nya byggnader, i enlighet med stadens och Skånska Strands överenskommelse, uppförs i deras ställe. Avtalet avser byggnader som, vid tidpunkten för avtalets ingående, ännu inte var uppförda eller ens under byggnation. Det primära syftet med det aktuella avtalet är således uppförandet och produktionen av byggnaderna, oavsett dess beteckning som hyresavtal, detta särskilt som hyran i realiteten finansierar byggnationen. Kontraktets värde är till och med så omfattande att staden själv uppger att beslut måste fattas i kommunfullmäktige. Redan av denna anledning är hyresundantaget inte tillämpligt på avtalet. Tilldelningen av kontraktet skulle därför ha föregåtts av ett upphandlingsförfarande i enlighet med LOU.

Om ett avtal inte bedöms utgöra byggentreprenad, men inte heller omfattas av hyresundantaget eftersom det inte är fråga om befintliga (eller ens påbörjade) byggnader, ska avtalet likväl omfattas av upphandlingsskyldigheten när kontraktssumman, som i det här fallet, överstiger tröskelvärdena. Ett sådant avtal ska upphandlas enligt reglerna i LOU om tjänstekontrakt, dvs. ett kontrakt som gäller tillhandahållande av andra tjänster än byggentreprenad. Huruvida myndigheten har lämnat riktlinjer för entreprenaden och det därmed rör ett offentligt byggentreprenadkontrakt har således inte betydelse för frågan om kontraktet ska upphandlas eller inte, utan endast för vilken form av upphandling som ska väljas.

Avtalet utgör ett byggentreprenadkontrakt

Om förvaltningsrätten skulle komma till slutsatsen att hyresundantaget i och för sig kan tillämpas på byggnader som ännu inte har uppförts och inte ens påbörjats, ska avtalet ändå ogiltigförklaras eftersom det under alla förhållanden utgör ett byggentreprenadkontrakt.

När en upphandlande myndighet har utövat ett avgörande inflytande över typen av byggnadsverk och detta byggnadsverk realiserats, enligt krav som ställs upp av myndigheten, utgör detta en offentlig byggentreprenad enligt 1 kap. 9 § 3 LOU. Det spelar då ingen roll om slutresultatet skulle kunna bedömas vara av generiskt eller på annat sätt av ordinärt slag, så länge myndigheten faktiskt har haft ett avgörande inflytande i förhållande till det byggnadsverk som ska uppföras. För tydlighets skull bestrids dock att det aktuella avtalet skulle avse ”generiskt” boende.

Av EU-domstolens praxis framgår att om en upphandlande myndighet vidtagit åtgärder för att specificera en byggentreprenad eller utövat ett bestämmande inflytande på dess projektering så utgör avtalet som innefattar

entreprenaden ett byggentreprenadkontrakt. Dessa kriterier är uppfyllda vad gäller det aktuella avtalet.

Om förutsättningen för entreprenaden är att den upphandlande myndigheten upphandlar en tjänst (t.ex. hyra) som täcker kostnaden för entreprenaden, är detta en omständighet som i sig talar för att myndigheten får anses ha haft ett avgörande inflytande på entreprenaden. Om en byggnad dessutom är särpräglad eller annars har planerats för den upphandlande myndighetens behov, uppförts enligt myndighetens krav och specifikationer eller myndigheten annars haft ett inflytande över byggnationen som går utöver vad en hyresgäst normalt har i ett hyresförhållande, får myndigheten anses ha ett avgörande inflytande över entreprenaden hänförligt till byggnaderna som ska förhyras, vilket i sin tur talar för att ett sådant kontrakt ska klassificeras som ett byggentreprenadkontrakt.

Skånska Strand och staden har under lång tid haft underhandskontakter såvitt avser upplåtelse av byggnader på fastigheten Spiran 1. Kontakterna har sedan, utan föregående annonsering eller offentliggörande av någon upphandling, utmynnat i det nu aktuella avtalet. Malmö stad har varit drivande i framtagandet av den detaljplan som antagits för den aktuella fastigheten, vilket utgör en förutsättning för den planerade byggnationen som avtalet avser. Det är staden som ursprungligen haft idéerna om boende för hemlösa och LSS-boende som till slut utmynnat i avtalet, vilket framgår av en intervju med företrädare för Skånska Strand som publicerats i en artikel i Sydsvenska Dagbladet. Av kontakterna och förhandlingarna mellan staden och Skånska Strand framgår att staden ensamt ska disponera de byggnader som Skånska Strand ska uppföra.

Som framkommit ovan har de aktuella byggnaderna inte ens varit under uppförande vid avtalets ingående. Tvärtom har avtalet villkorats av att Skånska Strand erhåller bygglov och nödvändiga byggdirektiv för de

byggnader som ska uppföras och som staden åtagit sig att hyra, för att byggnationen överhuvudtaget ska kunna påbörjas. Att entreprenaden skulle ha genomförts oberoende av staden och avtalet faller på sin egen orimlighet. Skånska Strand saknar alla finansiella möjligheter att genomföra entreprenaden utan staden. Det som möjliggör entreprenaden enligt avtalet är att staden under 20 år förbinder sig att hyra de byggnader som ska uppföras, utan möjlighet till uppsägning eller villkorsändring. Genom detta åtagande från staden, som är en mycket solid motpart, möjliggörs för Skånska Strand att låna upp medel för sin investering och byggkostnad relaterad till avtalet. Om det istället hade förhållit sig så att byggnaderna skulle ha uppförts oberoende av stadens åtagande, hade det inte funnits någon anledning för staden att förbehållslöst åta sig att hyra byggnaderna under den extraordinärt långa period (initialt 20 år) som avtalet avser och det hade inte heller funnits någon anledning för Skånska Strand att kräva ett sådant åtagande. Avtalet har således varit en avgörande förutsättning för Skånska Strands vilja och förmåga att utföra entreprenaden.

Det är tydligt att den hyresbetalning som ska erläggas enligt avtalet de facto utgör ersättning för den entreprenad som Skånska Strand ska utföra. Redan det förhållandet att nyttjanderätten enligt avtalet och betalningen från Malmö stad utgjort en nödvändig förutsättning för att byggnadsverket enligt avtalet ska realiseras, innebär att Malmö stad utövat ett avgörande inflytande över byggnadsverken. Det föreligger dessutom ett direkt ekonomiskt intresse för Malmö stad eftersom staden enligt avtalet tillförsäkras tillgång till byggnader för ett tydligt offentligt syfte, dvs. bostäder åt hemlösa samt LSS-boende, fram till åtminstone 2039.

Det aktuella projektet avser inte lägenheter som vem som helst kan tänkas hyra, utan det är fråga om genomgångsboenden för hemlösa som är särpräglade och speciellt anpassade efter Malmö stads behov och verksamhet. Byggnationen är avsedd att specialanpassas såvitt avser antalet

parkeringsplatser för att uppnå ”lägsta möjliga p-norm”. Anledningen härtill framgår av avtalets bilaga 2 där det anges att de ”strukturerat hemlösa som skall bo i lägenheterna inte kommer att ha behov av parkeringsplatser och inte kommer kunna utnyttja s.k. bilpool eftersom de normalt inte klarar den nödvändiga kreditkontrollen”. Staden har genom skrivelser till stadsbyggnadskontoret aktivt verkat för att minimera p-normen för det aktuella boendet.

I anslutning till detta kan noteras att Malmö stad i e-post den 21 november 2016 framhåller att ”det här projektet är väldigt speciellt. Det är första gången något så här stort byggs till denna grupp (socialt boende)”. I e-post den 20 december 2016 från Skånska Strand till Malmö stad anger bolaget att ”Vi har att följa dels era behov och dels vad detaljplanen föreskriver”.

Malmö stad har därefter haft återkommande kontakter med Skånska Strand såvitt avser byggnationen fr.o.m. i vart fall halvårsskiftet 2016. Under de löpande kontakterna mellan Malmö stad och Skånska Strand har staden bl.a. skickat referensmaterial till Skånska Strand avseende andra projekt. Malmö stad har vidare skickat avtalsförslag till Skånska Strand, enligt vilka Skånska Strand sedan kommit tillbaka med avtalsutkast.

Vad gäller det planerade LSS-boendet har staden detaljstyrt även detta och tagit initiativet till detsamma. I e-post den 4 november 2016 lyfter staden frågan ”om vi kan få in ett LSS-boende i någon av byggnaderna”. Staden har därefter ställt krav på planering och projektering och har löpande krävt reviderade ritningar och underlag för byggnation. Den 28 november 2016 skriver Skånska Strand att bolaget ”hoppas också under dagen kunna skicka över ett förslag för hur vi skulle kunna anpassa byggnaden till Serviceboendet. Det har arbetats på detta även under helgen och så snart jag har underlagen från arkitekten skickar jag över för din granskning och återkoppling.”

I e-post skickat den 6 februari 2017 från Skånska Strand till Malmö stad anges bl.a. följande.

”Hej Anette! Bifogat finner du de slutliga planritningarna för LSS-huset vilka du ombeds lägga in i avtalet. Brandreglerna för LSS-boendet är hårda och vi har därför fått rita om hiss och trapphallarna samt dess placering och fått göra dubbla brandväggar på varje plan varför vi ritat in en extern trappa åt innergården. Linus Sahlström hade därjämte en del förslag vilka vi tagit hänsyn till (plan 5) och Linus har sett ritningarna och godkänt.”

Samma dag skriver Skånska Strand följande till staden.

”Hej igen! Kostnaden för att bygga LSS-huset är betydligt högre än att bygga bostäder och de 200 kr i skillnad/kvm är egentligen för lite men du har ju pressat mig så att jag har gått med på 2 200 kr. Nu har vi ritat om detta hus ett antal gånger för att få det så bra som möjligt och för att följa alla regler så jag hoppas vi nu kan genomföra detta. Du har sagt att det är taktiskt lämpligt att ha en LSS-byggnad men jag hade egentligen hellre byggt bostäder även i detta hus. Vi hoppas kunna lämna in bygglovshandlingarna i innevarande vecka och de är baserade på LSS samt Bostäder enligt våra avtal/diskussioner.”

Den 28 mars 2017 skriver Skånska Strand följande till staden.

”Hej igen och tack för dagens möte med raka besked!

Jag har sedan mötet gått igenom underlaget igen och försökt vara konstruktiv. Jag hoppas följande förslag skall kunna passa även dig.

Alt. 1 Vi bygger inget LSS-hus utan bygger istället 18 st mindre lägenheter i detta hus. Totalt blir det således 155 bostäder. Kallhyran är 2 000 kr per

kvm och vad gäller varmt och kallt vatten inklusive abonnemangsavgifter gör vi så att vi delar 50/50 dvs. hyresvärden tar 50 % och hyresgästen 50 %.
Alt. 2 Om ni anser det ytterst angeläget att bygga LSS-huset sätts hyran till 2 200 kr per kvm. Varmt och kallt vatten inklusive abonnemangsavgifter delas 50/50 enligt ovan för hela enheten dvs. både bostadsdel och LSS-del.”

Ovanstående utgör exempel på kommunikation där det framgår att det är Malmö stad som styr planeringen och projekteringen. Enligt Hanssons Fastigheters mening är det uppenbart att staden har haft ett avgörande inflytande över entreprenaden och aktivt tagit del i utformningen av bostäderna. När reviderade ritningar har tagits fram har de – i upprepade fall efter stadens påstötningar – skickats till staden för granskning. Det är tydligt att Skånska Strand inte har gått vidare med projektering utan att först ha inhämtat instruktioner från staden eller fått reviderade ritningar godkända av staden. Detta understryks även i e-post från Malmö stad den 28 mars 2017 där staden anger att parterna ”ska vara helt överens när bygget projekteras vad som ingår”.

Sammanfattningsvis kan konstateras (i) att den entreprenad som ska utföras enligt avtalet har möjliggjorts uteslutande genom att Malmö stad ingått avtalet med Skånska Strand; (ii) att Skånska Strand har en skyldighet att utföra entreprenaden för staden; (iii) att Malmö stad har ett ekonomiskt intresse i entreprenaden; (iv) att stadens betalningar enligt avtalet, där staden inte har rätt att frånträda avtalet förrän som tidigast 2039 och saknar rätt att begära villkorsändring, finansierar entreprenaden; (v) att de byggnader som ska uppföras ska utformas enligt specifika och särpräglade behov hos staden samt (vi) att staden har varit styrande i projekteringen och planeringen av byggentreprenaden och vidtagit åtgärder för att specificera densamma. Alla dessa omständigheter visar att Malmö stad har utövat ett avgörande inflytande över typen av byggnadsverk och över projekteringen enligt avtalet. Avtalet utgör därmed ett byggentreprenadkontrakt, vilket innebär att

hyresundantaget under inga förhållanden är tillämpligt. Staden har brutit mot upphandlingslagstiftningen genom att inte låta avtalet föregås av en formell upphandling. Härigenom har Hanssons Fastigheter och andra leverantörer uteslutits från möjligheten att lämna anbud och riskerat att lida skada. Det föreligger därmed förutsättningar för att förklara avtalet ogiltigt.

Laglighetsprövning

Förvaltningsrätten har genom ett avgörande i mål nr 9712-17, som avsåg laglighetsprövning enligt kommunallagen (1991:900), kommit fram till att kommunstyrelsens beslut att godkänna att arbetsmarknads- och socialnämnden ingår det aktuella avtalet med Skånska Strand inte ska upphävas enligt 10 kap. 8 § kommunallagen. Staden gör gällande att utgången i mål nr 9712-17 skulle ha betydelse för prövningen i det nu aktuella målet. Det är oklart för Hanssons Fastigheter på vilket sätt laglighetsprövningen skulle ha betydelse för prövningen i detta mål, eftersom det rör sig om helt åtskilda regelverk. Det ska även noteras att utredningen i mål nr 9712-17 var mycket knapphändig och en helt annan än i förevarande mål.

Malmö stad

Yrkandet om att ansökan ska avvisas

En leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får ansöka om överprövning av giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör i enlighet med 20 kap. 4 § LOU. För att en ansökan om överprövning av avtals giltighet ska prövas krävs således att en leverantör anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada. Om en klagande inte kan betraktas som en leverantör på den aktuella marknaden ska ansökan emellertid avvisas.

Hanssons Fastigheters är en aktör som äger och förvaltar fastigheter, inte en entreprenör som utför byggentreprenader. Detta innebär att bolaget endast är en leverantör på marknaden för ägande av fastigheter och utförande av fastighetsförvaltning och inte en leverantör på marknaden för utförande av byggentreprenader. Staden har inte tillräcklig kännedom om Hanssons Fastigheters verksamhetsområde för att kunna utröna huruvida de tjänster som avtalet avser faller inom bolagets verksamhetsområde. Berörda på stadens fastighetskontor har inte haft kontakt med bolaget om uppförande av flerbostadsfastigheter såsom bolaget anför.

Byggentreprenader är enligt 1 kap. 2 § LOU upphandlingspliktiga. Av 3 kap. 19 § framgår att LOU inte gäller för kontrakt som avser förvärv av bl.a. hyresrätt. Hyreskontrakt är således inte upphandlingspliktiga. Mot bakgrund av att det endast är byggentreprenader som är upphandlingspliktiga kan bolaget inte anses ha lidit eller kunna komma att lida skada av att staden har träffat avtalet eftersom bolaget endast hade kunnat vara intresserat av ett hyreskontrakt för fastighetsförvaltning. Hanssons Fastigheter saknar därför talerätt, vilket medför att bolagets talan ska avvisa.

LSS-boendet utgör inte en del av avtalet

Av avtalet framgår att det i en av byggnaderna ursprungligen planerades för ett LSS-boende. Sådan överenskommelse har emellertid aldrig träffats och det bestämdes mellan parterna att det inte är aktuellt med ett LSS-boende. Något avtal om LSS-boende finns således inte. Den omständigheten att LSS-boendet pekats ut på de ritningar som bifogats avtalet visar inte på något sätt att LSS-boendet utgör en del av avtalet.

En ansökan om överprövning kan inte riktas mot sådana åtgärder som endast utgör en förstudie inför ett kontrakt eller som är rent förberedande

och ryms inom ramen för den upphandlande myndighetens interna överväganden med sikte på offentlig upphandling. Den korrespondens som förts mellan staden och Skånska Strand kan inte anses innebära att konkreta avtalsförhandlingar har ägt rum avseende ett LSS-boende. Det är Skånska Strand som har styrt projekteringen och haft en ensidig rätt att besluta om ett LSS-boende. Skånska Strand har beslutat att inte uppföra ett LSS-boende på fastigheten. Detta har staden inte kunnat påverka. Bolaget har begärt överprövning av det aktuella avtalet, som inte omfattar något LSS-boende. Detta innebär att en bedömning av den korrespondens som förts mellan staden och Skånska Strand avseende ett LSS-boende inte på något sätt kan ligga till grund för en ogiltigförklaring av avtalet.

Hyresundantaget är tillämpligt och avtalet utgör inget byggentreprenadkontrakt

Enligt 3 kap. 1 § LOU gäller LOU inte för kontrakt som avser förvärv av fastighet, arrenderätt, hyresrätt, bostadsrätt, tomträtt, servitutsrätt eller någon annan rätt till fastighet. Skälet är att dessa kontrakt uppvisar sådana särdrag, dvs. fastighetens icke-generiska funktion, att bestämmelserna om offentlig upphandling inte ska tillämpas. Förvärv av fastighet avser i regel en viss specifik fastighet. Eftersom det endast är den specifika fastighetens ägare som kan sälja fastigheten är det inte lämpligt att begära in anbud för ett stort antal olika fastigheter.

Hanssons Fastigheter anför att hyresundantaget ska tolkas restriktivt och att det ska vara fråga om en befintlig byggnad för att undantaget överhuvudtaget ska kunna vara tillämpligt. Detta resonemang saknar dock helt stöd i LOU och är inte korrekt. Det faktum att en byggnad ännu inte är uppförd är inte i sig tillräckligt för att utesluta hyresundantagets tillämpning. Hyresundantaget kan således vara tillämpligt även när ett hyresavtal rör en icke befintlig byggnad. Det krävs även att det planerade byggnadsverket

motsvarar de behov som den upphandlande myndigheten angett för att det ska kunna gå att sluta sig till att det rör sig om ett offentligt byggentreprenadkontrakt. Vad bolaget har anfört i denna del är således direkt felaktigt. Rättsfall från EU-domstolen och bedömningar som enbart grundar sig på gällande EU-direktivtext måste analyseras med stor försiktighet och bedömningen bör istället utgå ifrån omständigheterna i det enskilda fallet.

Det är ett kontrakts huvudsakliga syfte som avgör om kontraktet ska bedömas som ett kontrakt avseende hyra eller byggentreprenad. För att ett avtal ska anses utgöra ett kontrakt om byggentreprenad (och inte enbart ett hyreskontrakt) krävs att byggnaden uppförs i enlighet med myndighetens specifikationer.

Staden hade inga idéer om hemlöshetsboendet eller LSS-boendet innan Skånska Strands företrädare kontaktade staden och frågade om kvarteret kunde vara av intresse. Initiativet till avtalet kom således från Skånska Strand och hade inte sin grund i något önskemål eller särskilt identifierat behov från stadens sida. Staden har ett stort behov av bostadslösningar för hemlösa. Sådana bostäder ställer inte några särskilda krav som exempelvis skulle vara fallet om det rör sig en skola, en förskola, ett kommunhus eller liknande. Det huvudsakliga syftet med avtalet är att staden ska hyra lägenheterna för att kunna tillhandahålla bostäder till hemlösa.

Staden har inte varit delaktig i planeringen/projekteringen av byggnationen eller i de aktuella bostädernas utformning. Fastigheten och de aktuella bostäderna har utformats av Skånska Strand tillsammans med deras arkitekt och i denna process har staden inte alls haft någon insyn. Det är Skånska Strand som har varit drivande i framtagandet av den detaljplan som senare har antagits för fastigheten, även om staden varit behjälplig. De specifikationer som finns för lägenheterna har tagits fram av Skånska

Strand. Byggnaderna kommer att innefatta standardlägenheter som inte har skräddarsytt, anpassats eller tagits fram enligt några särskilda riktlinjer, specifikationer, anvisningar eller behov från stadens sida. Staden har inte och kommer inte heller att delta i några byggmöten eller dylikt under byggtiden. De bostadslägenheter som kommer att förhyras av staden är med andra ord helt generiska och skulle kunna förhyras av vilka hyresgäster som helst såsom bostadslägenheter.

Det faktum att staden har uttalat sig om att det är ett speciellt projekt visar inte att staden har haft ett avgörande inflytande. Med beaktande av den bostadsbrist som råder i Malmö skulle bostäderna ha uppförts av Skånska Strand även om staden inte hade ingått avtalet. Det är inte ovanligt med långa hyrestider för den här typen av hyreskontrakt. Avtalet har *inte* varit en avgörande förutsättning för Skånska Strands vilja och förmåga att utföra entreprenaden och staden har inte utövat ett sådant avgörande inflytande över byggandsverken att avtalet ska klassificeras som byggentreprenadkontrakt. Det har istället varit en ekonomisk förutsättning för Skånska Strand att bostadslägenheterna varit generiska för att kunna hyras ut till annan hyresgäst, efter det att hyresavtalet med staden har löpt ut. Med den efterfrågan som finns på bostäder i Malmö är det enkelt för Skånska Strand att hyra ut lägenheterna. Det är därför inte heller något problem att finansiera ett sådant projekt. För att ett kontrakt ska klassificeras som ett byggentreprenadkontrakt krävs även att myndigheten har ett direkt ekonomiskt intresse av byggentreprenadkontraktet. Staden har inte för avsikt att förvärva fastigheten där bostäderna uppförs och har således inte heller något direkt materiellt ekonomiskt intresse av byggentreprenadkontraktet i förhållande till fastigheten.

Att staden har erhållit uppdaterade och reviderade ritningar från Skånska Strand utgör inte något bevis eller någon indikation på att staden har styrt projekteringen. Det är däremot ett helt normalt förfarande i vilket

hyresgästförhållande som helst. Den av Hanssons Fastigheter åberopade korrespondensen mellan staden och Skånska Strand visar inte att staden styrt planeringen och projekteringen av nybyggnationen. Av e-postkorrespondensen kan bl.a. utläsas att det är Skånska Strand som har styrt projekteringen genom att bolaget informerar staden om hur lägenhetsfördelningen ska vara i fastigheten och att samtliga handlingar kommer från Skånska Strands arkitekt. Att staden har varit intresserad av hur projekteringen och planeringen fortlöper är fullt rimligt mot bakgrund av att staden tillsammans med Skånska Strand har ingått avtalet, som innebär att staden ska förhyra de aktuella bostäderna under en tjugooårsperiod. Detta visar dock inte att staden har vidtagit åtgärder för att specificera en byggentreprenad eller utövat ett bestämmande inflytande på dess projektering. Vad bolaget anför i denna del kan därför inte ligga till grund för en ogiltigförklaring av avtalet.

Mot bakgrund av ovan angivna omständigheter talar övervägande skäl för att det huvudsakliga syftet med avtalet har varit just hyra av fast egendom och inte en byggentreprenad. Hanssons Fastigheter har inte visat att det hyreskontrakt för blockuthyrning som staden och Skånska Strand har ingått utgör ett byggentreprenadkontrakt enligt LOU. Hyresundantaget enligt 3 kap. 19 § LOU är tillämpligt och staden har därför inte brutit mot upphandlingslagstiftningen genom att inte låta avtalet föregås av en formell upphandling enligt LOU. Bolaget har inte lidit och kan inte komma att lida någon skada. Det saknas förutsättningar för förvaltningsrätten att förklara avtalet ogiltigt och bolagets ansökan om överprövning ska därför i andra hand avslås.

Laglighetsprövning

Parallellt med denna process har det pågått en laglighetsprövning enligt kommunallagen (1991:900) där kommunstyrelsen i Malmö stads beslut den

16 augusti 2017, § 285, har överklagats. Genom detta beslut har kommunstyrelsen i Malmö stad beslutat att godkänna att arbetsmarknads- och socialnämnden tecknar hyreskontrakt med Skånska Strand avseende den nu aktuella fastigheten. Förvaltningsrätten i Malmö har genom dom den 23 mars 2018 i mål nr 9712-17 avslagit överklagandet. Den bedömning som förvaltningsrätten gjort i domskälen i mål nr 9712-17 avseende det aktuella avtalet, dvs. att avtalet såsom det är utformat utgör ett hyresavtal och inte ett offentligt byggentreprenadkontrakt, ligger helt i linje med vad staden anfört i det nu aktuella målet.

Skånska Strand AB

Skånska Strand AB stöder till fullo vad Malmö stad angett i sina yttranden till förvaltningsrätten och vitsordar dess faktainnehåll, med följande tillägg.

Arbetet med en ny detaljplan för kvarteret Spiran påbörjades redan kring 2006, först för att kunna etablera en skola, men därefter för att kunna bygga bostäder. Skånska Strand har hela tiden fram till att den nya detaljplanen antogs 2015, varit den drivande parten som anlitat arkitekt SAR/MSA Bengt Hellborg för förslag till detaljplan och projektering av byggnader. Malmö stad har inte på något vis varit delaktig i utformandet av bostäderna, vilka är generiskt utformade som normala bostäder för att kunna hyras ut till vem som helst på bostadsmarknaden. Arkitekt Bengt Hellborg är den person som till fullo ansvarat för utformningen, på uppdrag av Skånska Strand. Skånska Strand har tillsammans med sin arkitekt från början ritat ett förslag där samtliga hus innehöll normala bostäder. Malmö stad föreslog därefter att ett av husen skulle kunna göras om till ett LSS-boende. Eftersom Skånska Strand inte har någon erfarenhet av LSS-boende erhöll Skånska Strand underlag och ritningar på dylika boenden i Malmö. Någon avtal avseende LSS-boende har aldrig tecknats. Istället bestämdes att samtliga lägenheter skulle utformas för normalt boende.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Har Hanssons Fastigheter talerätt?

Malmö stad har, för det fall förvaltningsrätten skulle finna att det i målet aktuella avtalet utgör ett byggentreprenadkontrakt, yrkat att Hanssons Fastigheters ansökan ska avvisas på den grunden att bolaget inte är en leverantör på marknaden för utförande av byggentreprenader och därför saknar talerätt i det nu aktuella målet.

Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör (20 kap. 4 § 2 LOU). Med *leverantör* avses bl.a. den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggentreprenader (1 kap. 16 § första stycket LOU). En leverantör har rätt att få en upphandling överprövad endast om denne har eller har haft ett intresse av att tilldelas kontrakt i en upphandling (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2017 ref. 62).

Hanssons Fastigheter har anfört att bolaget har såväl förmåga som intresse av att lämna anbud avseende uppförande och uthyrning av bostäder motsvarande de som Malmö stad efterfrågar. Förvaltningsrätten finner inte anledning att ifrågasätta dessa uppgifter. Härvid har förvaltningsrätten bl.a. beaktat att staden, i yttrande till förvaltningsrätten, anfört att man inte har tillräcklig kännedom om Hanssons Fastigheters verksamhetsområde för att kunna utröna huruvida de tjänster som avtalet avser faller inom bolagets verksamhetsområde. Även för det fall förvaltningsrätten skulle finna att avtalet utgör ett upphandlingspliktigt byggentreprenadkontrakt, får Hanssons Fastigheter således anses ha haft ett intresse av att tilldelas ett

sådant kontrakt. Bolaget får därmed anses vara taleberättigat i egenskap av potentiell leverantör.

Utgör avtalet ett byggentreprenadkontrakt eller ett hyresavtal?

Rättslig reglering m.m.

Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör (20 kap. 4 § 2 LOU).

Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt bl.a. om avtalet slutits utan föregående annonsering när det inte har varit tillåtet att använda direktupphandling (20 kap. 13 § första stycket 1 LOU).

LOU gäller för upphandling som genomförs av en upphandlande myndighet (offentlig upphandling). Med upphandling avses de åtgärder som vidtas i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggentreprenader genom tilldelning av kontrakt (1 kap. 2 § LOU).

Med kontrakt avses ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer och avser leverans av varor, tillhandahållande av tjänster eller utförande av byggentreprenad (1 kap. 15 § LOU).

LOU gäller dock inte för kontrakt som avser förvärv av fastighet, arrenderätt, hyresrätt, bostadsrätt, tomträtt, servitutsrätt eller någon annan rätt till fastighet (3 kap. 19 § första stycket LOU).

I förarbetena till 3 kap. 19 § LOU (prop. 2015/16:195 del 1 s. 403 f.) anges bl.a. följande. I artikeltexten (LOU-direktivet) anges uttryckligen att undantaget avser befintlig byggnad. Villkoret syftar till att klargöra att undantaget inte avser byggtreprenadkontrakt. Detta noterades i förarbetena till 2007 års lagar (prop. 2006/07:128 del 1 s. 209 f.). Villkoret togs inte in i lagtexten. Regeringen anser inte att det finns skäl att nu genomföra bestämmelsen på ett annat sätt. Vad som konstituerar ett byggtreprenadkontrakt, och hur ett blandat kontrakt som har inslag av både byggtreprenad och hyra av fastighet ska bedömas, är frågor som ytterst måste avgöras i rättstillämpningen (se bl.a. EU-domstolens dom *Impreza Pizzarotti*, C-213/13).

Med byggtreprenadkontrakt avses bl.a. ett kontrakt som innebär att ett byggnadsverk realiseras, enligt krav som ställs upp av en upphandlande myndighet som utövar ett avgörande inflytande över typen av byggnadsverk eller över projekteringen (1 kap. 9 § 3 LOU).

I förarbetena till 1 kap. 9 § LOU (prop. 2015/16:195 s. 344 och s. 938) anges bl.a. följande. Definitionerna av byggtreprenadkontrakt i 2.1.6 i LOU-direktivet anger i tre punkter vilka typer av kontrakt som omfattas av begreppet. Den tredje punkten i bestämmelserna avser kontrakt som, oavsett hur det utformas, medför förverkligande av ett byggnadsverk enligt krav som ställs upp av en upphandlande myndighet eller enhet. För att ett sådant kontrakt ska anses utgöra ett byggtreprenadkontrakt krävs enligt 2014 års direktiv att den upphandlande myndigheten eller enheten utövar ett avgörande inflytande över typen av byggnadsverk eller över projekteringen. Avsikten med bestämmelsen är att kodifiera EU-domstolens praxis (se dom *Helmut Müller*, C-451/08, p. 67).

Med ett blandat kontrakt avses bl.a. ett kontrakt som avser flera olika slag av upphandling (varor, tjänster eller byggtreprenader) som alla regleras i

LOU. Sådana kontrakt regleras i 2 kap. 2 § LOU (jfr 2 kap. 1 § första stycket 1 och andra stycket LOU).

Om ett blandat kontrakt avser flera olika slag av upphandling som alla regleras i LOU ska upphandlingen genomföras i enlighet med bestämmelserna för det slag av upphandling som är huvudföremålet för kontraktet (2 kap. 2 § första stycket LOU).

Av förarbetena till 2 kap. 2 § första stycket LOU (prop. 2015/16:195 del 2 s. 945 f.) framgår bl.a. följande. Av första stycket följer att den s.k. huvudsaksprincipen gäller för att avgöra vad som är kontraktets huvudföremål, och därmed vilka bestämmelser som ska tillämpas, när ett blandat kontrakt avser byggtreprenader och antingen varor eller tjänster. Detta kodifierar EU-domstolens praxis enligt vilken det huvudsakliga syftet med kontraktet är avgörande för vilka bestämmelser som är tillämpliga när ett kontrakt innehåller både inslag av byggtreprenad och av en annan typ av kontrakt (se t.ex. EU-domstolens dom kommissionen mot Tyskland, C-536/07 och dom Auroux m.fl., C-220/05). Om ett kontrakt som avser byggtreprenad i form av uppförande av byggnadsverk även innefattar hyra av lokalerna ska kontraktet behandlas som ett byggtreprenadkontrakt om det huvudsakliga syftet med kontraktet inte är hyresdelen utan att uppföra byggnaderna. Ett avtal som i huvudsak syftar till uppförandet av ett byggnadsverk som motsvarar de behov som den upphandlande myndigheten har angett är ett byggtreprenadkontrakt som inte omfattas av undantaget för hyra av fastighet (se EU-domstolens dom Impresa Pizzarotti, C-213/13).

Av praxis från EU-domstolen framgår att det är ett kontrakts huvudsakliga syfte som avgör om det ska bedömas som ett avtal om hyra eller byggtreprenad, och inte hur stor ersättning leverantören får eller hur denna betalning sker. Omständigheter som talar för att ett avtal ska kvalificeras som ett offentligt byggtreprenadkontrakt är t.ex. att

byggnadsverket uppförs enligt mycket detaljerade specifikationer från den upphandlande myndigheten som går mycket längre än en hyresgästs vanliga krav på en nybyggd byggnad av viss storlek (jfr EU-domstolens dom i mål C-536/07 p. 55–61).

Av praxis från EU-domstolen framgår vidare att frågan om huruvida en transaktion utgör ett offentligt byggentreprenadkontrakt, i den mening som avses i de unionsrättsliga bestämmelserna, ska avgöras enligt unionsrätten. Den omständigheten att ett planerat avtal kvalificerats som ett ”hyreskontrakt” är inte relevant för denna bedömning. Det är det huvudsakliga syftet med ett kontrakt som avgör vilka unionsbestämmelser som är tillämpliga, när ett kontrakt innehåller både inslag av offentlig byggentreprenad och av en annan typ av kontrakt (EU-domstolens dom i mål nr C-213/13 p. 40 och 41).

Även ett avtal som innehåller en utfästelse att hyra ut byggnader som ska uppföras i framtiden, och som har vissa särdrag som är utmärkande för ett hyresavtal, kan anses utgöra ett offentligt byggentreprenadkontrakt. EU-domstolen har i ett fall som avsåg ett byggnadsverk som inte hade påbörjats vid den tidpunkt då leverantören föreslog att den upphandlande myndigheten skulle ingå det aktuella avtalet ansett att huvudsyftet med avtalet var själva uppförandet av byggnadsverket, vilket med nödvändighet förutsatte att byggnadsverket därefter hyrdes ut. Avtalet bedömdes inte omfattas av hyresundantaget trots att det innehöll en utfästelse om att hyra ut byggnadsverket (jfr EU-domstolens dom i mål C-213/13 p. 42 och EU-domstolens dom i mål C-536/07 p. 56). För att det ska kunna gå att sluta sig till att det rör sig om ett offentligt byggentreprenadkontrakt krävs även att det planerade byggnadsverket motsvarar de behov som den upphandlande myndigheten angett. Så är fallet t.ex. när den upphandlande myndigheten har vidtagit åtgärder för att specificera byggentreprenaden eller åtminstone

för att utöva ett bestämmande inflytande på dess projektering (jfr EU-domstolens dom i mål C-213/13 p. 43 och 44 och C-451/08, p. 67).

Av EU-domstolens praxis framgår även att begreppet offentliga byggentreprenadkontrakt inte innebär ett krav på att den byggentreprenad som är föremål för kontraktet på ett konkret eller materiellt sätt utförs åt den upphandlande myndigheten, under förutsättning att myndigheten har ett direkt ekonomiskt intresse av byggentreprenaden (jfr C-451/08, p. 58). Ett sådant ekonomiskt intresse föreligger t.ex. när den upphandlande myndigheten på rättslig grund garanteras tillgång till de anläggningar som är föremål för kontraktet, för att använda dem för offentliga ändamål. Det ekonomiska intresset kan även bestå i de ekonomiska fördelar som den upphandlande myndigheten kan få vid framtida användning eller överlåtelse av anläggningen, i att myndigheten har bidragit ekonomiskt vid utförandet av byggentreprenaden eller i de risker som myndigheten står för det fall att byggentreprenaden blir ett ekonomiskt misslyckande (jfr EU-domstolens dom i mål C-451/08, p. 51 och 52).

Förvaltningsrättens bedömning

Av EU-domstolens praxis framgår att bestämmelser om undantag från LOU ska tolkas restriktivt och att det är den som åberopar undantaget som ska visa omständigheter som gör undantaget tillämpligt (jfr EU-domstolens dom i mål C-20/01 och C-28/01, prop. 2006/07:128 s. 291 och Kammarrätten i Göteborgs avgörande i mål nr 7477-08). Den upphandlande myndighet som åberopar ett undantag enligt t.ex. bestämmelsen i 3 kap. 19 § LOU (det s.k. hyresundantaget) får således i en domstolsprocess anses ha bevisbördan för att undantaget är tillämpligt. Om den upphandlande myndigheten inte uppfyller sin bevisbörda i detta avseende och har ingått ett avtal med stöd av bestämmelsen kan avtalet komma att betraktas som en otillåten

direktupphandling. Sanktioner kan då aktualiseras enligt bestämmelserna i 20 och 21 kap. LOU.

Av utredningen framgår att Malmö stad den 16 augusti 2017 har ingått ett avtal med Skånska Strand benämnt ”Hyreskontrakt för blockuthyrning” avseende ännu inte uppförda byggnader på fastigheten Spiran 1. Hanssons Fastigheter har anfört att det aktuella avtalet avser en byggentreprenad, som faller in under LOU samt att hyresundantaget i 3 kap. 19 första stycket LOU inte är tillämpligt. Malmö stad och Skånska Strand har i sin tur gjort gällande att LOU inte är tillämplig på det aktuella avtalet eftersom det avser ett renodlat hyreskontrakt och ingen byggentreprenad.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det aktuella avtalet får anses utgöra ett s.k. blandat kontrakt i den mening som avses i 2 kap. 1 § första stycket 1 LOU eftersom det har inslag av såväl en tjänst (hyreskontrakt) som en byggentreprenad. För att avgöra om det aktuella avtalet är upphandlingspliktigt enligt LOU eller undantaget från sådan upphandlingsplikt måste förvaltningsrätten ta ställning till om huvudföremålet för kontraktet är uppförande av de aktuella byggnadsverken eller hyran av desamma.

Det är ostridigt mellan parterna att det aktuella avtalet avser byggnader som vid tidpunkten för avtalets ingående ännu inte hade uppförts. Det är vidare ostridigt att de byggnader som omfattas av avtalet är avsedda att inrymma åtminstone 133 lägenheter, vilka ska fungera som genomgångsboende för hemlösa. Däremot är parterna oeniga om bl.a. huruvida avtalet även ska anses omfatta inrymmandet av ett LSS-boende i en av de aktuella byggnaderna.

Förvaltningsrätten konstaterar härvid att det, vare sig i lagtext eller i praxis, uppställs något uttryckligt krav på att det ska röra sig om befintliga

byggnader för att hyresundantaget i 3 kap. 19 § första stycket LOU ska vara tillämpligt. Förvaltningsrätten anser dock att redan den omständigheten att en entreprenör/leverantör och en offentlig myndighet ingår ett avtal som benämns hyresavtal men som förutsätter att nya byggnader ska uppföras för att därefter kunna hyras ut till myndigheten får anses tala för att det rör sig om en beställning från lokalhyresgästen/myndigheten av en byggentreprenad och inte ett renodlat hyreskontrakt. För att det ska röra sig om en offentlig byggentreprenad krävs emellertid även att byggnadsverken realiserar enligt krav som ställs upp av myndigheten och att myndigheten utövar ett avgörande inflytande över typen av byggnadsverk eller över projekteringen (jfr 1 kap. 9 § 3 LOU).

Under rubriken ”Särskilda bestämmelser” på sidan 2 i det aktuella avtalet framgår bl.a. att ”[p]arallellt med kommunens behandling av detta avtal pågår behandling av avtal för LSS Serviceboende i en av byggnaderna [...] inom fastigheten Spiran 1. Skulle avtal om LSS inte komma att tecknas kommer istället bostäder att byggas vilka läggs till detta avtal med motsvarande hyreshöjning [...] Detta avtal träder i kraft så snart Malmö kommun godkänt och undertecknat avtalet samt hyresvärden erhållit bygglov och nödvändiga byggkreditiv.”

Malmö stad och Skånska Strand har i förvaltningsrätten gjort gällande att det aktuella avtalet inte omfattar det tilltänkta LSS-boendet, att något separat avtal avseende LSS-boende inte har tecknats och heller inte kommer att tecknas samt att vad Hanssons Fastigheter anfört om LSS-boendet och den härtill hörande åberopade bevisningen, i form av främst e-postkorrespondens mellan staden och Skånska Strand, således saknar relevans för bedömningen av hur avtalet ska klassificeras.

Hanssons Fastigheter har i sin tur bl.a. anfört att avtalet ska anses omfatta LSS-boende, samt att oavsett om något separat avtal tecknats avseende LSS-

boende eller inte så ska de förhandlingar som förts mellan Malmö stad och Skånska Strand avseende ett sådant boende vägas in i bedömningen av hur avtalet ska klassificeras.

Förvaltningsrätten finner inte anledning att ifrågasätta påståendet om att något LSS-boende inte kommer att inrymmas i de byggnader som omfattas av avtalet. Förvaltningsrätten anser emellertid att redan det sätt på vilket LSS-boendet omnämns i avtalet talar för att även de mellanhavanden som ägt rum mellan staden och Skånska Strand vad gäller LSS-boendet ska beaktas vid bedömningen av om avtalet huvudsakligen ska anses utgöra ett byggtreprenadkontrakt eller ett hyresavtal.

Hanssons Fastigheter har till stöd för sin ansökan åberopat bevisning i form av bl.a. e-postkorrespondens mellan staden och Skånska Strand. Av denna korrespondens framgår bl.a. följande.

I e-postmeddelande till Skånska Strand den 4 november 2016 skriver stadens företrädare att "[j]ag skulle vilja träffa dig med en kollega och diskutera om vi kan få in ett LSS-boende i någon av byggnaderna."

Den 18 november 2016 skickar staden ett funktionsprogram för LSS till Skånska Strand, varpå Skånska Strands företrädare den 20 november 2016 svarar att "[j]ag har ägnat helgen åt att analysera möjligheten för ett LSS Serviceboende tillsammans med min arkitekt samt läst Funktionsprogrammet med alla krav. Det viktigaste för oss är nog nu att sitta ned och se om vi är överens om våra Blockuthyrningsavtal. Tills vi ses skall jag försöka ta fram ett förslag till avtal för Serviceboende."

I e-postmeddelande till staden den 28 november 2016 skriver Skånska Strands företrädare bl.a. att [j]ag hoppas också under dagen kunna skicka över ett förslag för hur vi skulle kunna anpassa byggnaden till

Serviceboendet [...] Så snart jag har underlagen från arkitekten skickar jag över för din granskning och återkoppling.”

I e-postmeddelande till staden den 20 december 2016 skriver Skånska Strands företrädare bl.a. att ”[v]i har nu gjort ändringar baserade på den input jag fick av Karin (enhetschef vid sociala resursförvaltningen, *reds. anm.*) häromdagen och jag ber dig tillse att de som granskar gjorda ritningar får dessa senaste justeringar. Vi har att följa dels era behov och dels vad detaljplanen föreskriver [...] Jag hoppas att vi nu har planlösningar som passar er och ger ett bra LSS-boende.”

I e-postmeddelande till staden den 30 december 2016 skriver Skånska Strands företrädare bl.a. att ”[k]ostnaden för att följa alla normer kring LSS motiverar detta liksom att huset blir specialanpassat [...] Jag är tacksam om du snarast kan skriva samman underlag kring parkeringsbehovet för de tilltänkta boendena. Så snart jag fått detta skall jag träffa Stefanie Engel på Gatukontoret och se hur hon ställer sig. Detta måste göras innan vi lämnar in bygglovsritningarna så dessa blir korrekta avseende även parkeringsdelen.”

I e-postmeddelande till staden den 6 februari 2017 skriver Skånska Strand att ”[b]ifogat finner du de slutliga planritningarna för LSS-huset vilka du ombeds lägga in i avtalet. Brandreglerna för LSS-boendet är hårda och vi har därför fått rita om hiss och trapphallarna samt dess placering och fått göra dubbla brandvägar på varje plan varför vi ritat in en extern trappa åt innergården.” I e-postmeddelande till staden, samma dag, skriver Skånska Strand vidare att ”[k]ostnaden för att bygga LSS-huset är betydligt högre än att bygga bostäder och de 200 kr i skillnad/kvm är egentligen för lite men du har ju pressat mig så att jag gått med på 2200 kr. Nu har vi ritat om detta hus ett antal gånger för att få det så bra som möjligt och för att följa alla regler så jag hoppas vi nu kan genomföra detta. Du har sagt att det är taktiskt

lämpligt att ha en LSS-byggnad men jag hade egentligen hellre byggt bostäder även i detta hus. Vi hoppas kunna lämna in bygglovshandlingarna i innevarande vecka och de är baserade på LSS samt Bostäder enligt våra avtal/diskussioner.”

I e-postmeddelande den 28 mars 2017 har Skånska Strands företrädare lämnat följande förslag till staden. ”Alt. 1 Vi bygger inget LSS-hus utan bygger istället 18 st mindre lägenheter i detta hus. Totalt blir det således 155 bostäder [...] Alt. 2 Om ni anser det ytterst angeläget att bygga LSS-huset sätts hyran till 2200 kr per kvm [...] Jag ser fram emot ditt slutliga besked [...]”

Förvaltningsrätten anser att den av Hanssons Fastigheter åberopade e-postkorrespondens visar att Malmö stad och Skånska Strand haft långtgående förhandlingar om ett LSS-boende, som var tänkt att inrymmas i en av de byggnader som enligt det aktuella avtalet ska uppföras på fastigheten Spiran 1. Det får även anses framgå att det legat i stadens, och inte i Skånska Strands, intresse att uppföra ett LSS-boende. Förvaltningsrätten anser det inte vara visat att Skånska Strand ensamt kunnat avgöra huruvida de byggnader som omfattas av avtalet skulle inrymma ett LSS-boende eller inte. Mot bakgrund av den åberopade bevisningen får staden anses ha vidtagit åtgärder för att specificera eller åtminstone för att utöva ett bestämmande inflytande på projektering av byggnaderna i den del som avser LSS-boende.

Vad gäller genomgångsboendet för hemlösa anges bl.a. följande i bilaga 2 till avtalet benämnt ”Avtal om blockuthyrning av parkeringsplatser”;

”I tillägg till avtalet om blockuthyrning för den nybyggda fastigheten Spiran 1 tecknas detta avtal om hyra av parkeringsplatser inom fastigheten och enligt den p-norm Malmö Stadsbyggnadskontor tillämpar. Vid en p-norm

om 0,9/lägenhet inkl besöksparkering och handicapsparkering kommer kravet för hyresvärden att vara att bygga ca 124 parkeringsplatser. Vid införande av så kallade ”Mobility Management”-åtgärder enligt Malmö Stadsbyggnadskontors anvisningar förväntas p-normen kunna bli lägst 0,66/lägenhet inkl besöksparkering och handicapsparkering med tillägg för bilpoolsplatser dvs lägst 94 parkeringsplatser. Parkeringsplatserna kommer huvudsakligen att finnas i nybyggt garage under fastigheten. [...] Hyresvärden och hyresgästen kommer att genom skriftliga underlag informera Stadsbyggnadskontoret om att de strukturerat hemlösa som skall bo i lägenheterna inte kommer ha behov av parkeringsplatser och inte kommer kunna utnyttja s.k. bilpool eftersom de normalt inte klarar den nödvändiga kreditkontrollen. Förhoppningsvis kan Stadsbyggnadskontoret ändra sin p-norm i beaktande av detta unika pilotprojekt för Malmö Stad. [...] Hyresgästen bekostar även de ”Mobility Management”-åtgärder hyresvärden åläggs genomföra av kommunen för att nå lägsta möjliga p-norm.”

Förvaltningsrätten anser att vad som anges i ovan angiven avtalsbilaga visar att parterna åtminstone försökt få till stånd anpassningar av byggnaderna i syfte att uppnå en lägre s.k. p-norm än vad som normalt sett är brukligt för flerbostadshus. Det har inte framkommit annat än att det är Malmö stad som har ett intresse av byggnaderna ska inrymma boende för hemlösa, och att det är just denna målgrupp som föranlett ett behov av och önskemål från staden om att få till stånd en lägre p-norm. Även den omständigheten att hyresgästen, dvs. staden, ska bekosta eventuella ”Mobility Management”-åtgärder (i syfte att uppnå en lägre p-norm), vilka kommunen kan ålägga hyresvärden att genomföra, tyder enligt förvaltningsrätten på att det är staden som velat uppnå dessa anpassningar. Skrivningen i den aktuella avtalsbilagan avseende reducerad p-norm får även anses utgöra en sådan detaljerad specifikation från den upphandlande myndigheten som går mycket längre än en hyresgästs vanliga krav på en nybyggd byggnad av

motsvarande storlek. Förvaltningsrätten anser att redan den omständigheten att Malmö stad haft synpunkter på vilken p-norm som ska gälla för de aktuella boendena tyder på att de aktuella byggnadsverken utformats enligt krav som ställts upp av staden och att staden därigenom får anses ha utövat ett avgörande inflytande över typen av byggnadsverk och dess projektering.

Såvitt framkommit har staden genom avtalet med Skånska Strand garanterats tillgång till de aktuella byggnaderna i syfte att använda den för offentliga ändamål. Med hänsyn till den långa avtalstiden om cirka 20 år får staden även anses stå risker för det fall att byggtreprentaden blir ett ekonomiskt misslyckande. Förvaltningsrätten finner därför att uppförandet av de aktuella byggnaderna även är av direkt ekonomiskt intresse för staden.

Mot bakgrund av ovan sagts finner förvaltningsrätten vid en sammantagen bedömning att det huvudsakliga syftet med avtalet mellan Malmö stad och Skånska Strand varit uppförandet av de aktuella byggnaderna, varför avtalet ska klassificeras som ett byggtreprentadkontrakt. Avtalet är därmed inte undantaget från upphandling enligt 3 kap. 19 § första stycket LOU och LOU är således tillämplig i målet.

Eftersom avtalet mellan Malmö stad och Skånska Strand slutits utan föregående annonsering, trots att det inte har varit tillåtet att använda direktupphandling, ska avtalet med stöd av 20 kap. 13 § första stycket 1 LOU förklaras ogiltigt.

Den omständigheten att Förvaltningsrätten i Malmö genom avgörande i mål nr 9712-17, vilket avsåg laglighetsprövning enligt kommunallagen, gjort en annan bedömning av hur det nu aktuella avtalet ska klassificeras, föranleder ingen annan bedömning i det nu aktuella målet. Härvid har förvaltningsrätten bl.a. beaktat den omständigheten att det rör sig om två

olika måltyper som styrs av separata regelverk samt att bevisningen inte varit densamma.

Det har i målet inte framförts att det skulle finnas skäl, i form av tvingade hänsyn till ett allmänintresse, att låta avtalet bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 20 kap. 13 § LOU är uppfyllda (jfr 20 kap. 14 § LOU).

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1B LOU)

Mattias Steen

Ylva Nilsson har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövnings-tillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nå för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.