

Övertorneå kommuns ingående av avtal benämnt ”Avtal säkerställande av industrilokaler”

Övertorneå kommun

Mars 2021

Mathias Westergaard Nielsen

Sebastian Sjöo

Innehållsförteckning

| | |
|--|----|
| 1. Inledning | 3 |
| 1.1 Bakgrund | 3 |
| 1.2 Syfte och revisionsfrågor | 3 |
| 1.3 Metod och material | 3 |
| 2. Ärendet | 4 |
| 3. Analys | 5 |
| 3.1 Hur bör Avtalets villkor tolkas? | 5 |
| 3.1.1 Avtalets lydelse | 5 |
| 3.1.2 Gemensam partsavsikt | 5 |
| 3.1.3 Analys utifrån ordalydelse och partsavsikt | 5 |
| 3.2 Finns det ytterligare aspekter som borde ha varit reglerade i Avtalet? | 6 |
| 3.3 Var KSO behörig att ingå Avtalet för kommunens räkning? | 7 |
| 3.3.1 Kommunal kompetens | 7 |
| 3.3.2 Formella förutsättningar | 8 |
| 3.4 Vilka risker exponeras kommunen för med anledning av Avtalet? | 10 |
| 3.4.1 Felaktig datumangivelse | 10 |
| 3.4.1 Risker kopplade till andrahandshyresgäster | 10 |
| 3.4.2 Hyresavtal eller förtäckt byggentreprenad? | 10 |
| 4. Sammanfattande slutsatser | 12 |
| 4.1 Sammanfattande bedömning | 12 |

1. Inledning

1.1 Bakgrund

Övertorneå kommun ingick, genom kommunstyrelsens ordförande ett avtal benämnt "Avtal Säkerställande av industrilokaler" ("**Avtalet**"). Genom Avtalet åtar sig kommunen att "Upphandla hyreskontrakt av lokaler i enlighet med LOU för att tillgodose kommunens behov av uppvärmda industrilokaler...". Förutom kommunstyrelsens ordförande har även en privatperson undertecknat avtalet. Det framgår inte av avtalet i vilken egenskap han undertecknat avtalet, d v s i egenskap av privatperson eller i egenskap av företrädare för något bolag.

De förtroendevalda revisorerna i kommunen har, utifrån sin riskbedömning, valt att uppdra åt PwC att genomföra en granskning av kommunens ingående av Avtalet.

1.2 Syfte och revisionsfrågor

Syftet med granskningen har varit att klargöra huruvida ingåendet av Avtalet är förenligt med lag och interna styrdokument i kommunen.

Granskningen har tagit sin utgångspunkt i följande revisionsfrågor:

- Var kommunstyrelsens ordförande ("**KSO**") behörig att ingå Avtalet för kommunens räkning?
- Hur bör Avtalets villkor tolkas?
- Finns det ytterligare aspekter som borde ha varit reglerade i Avtalet?
- Vilka risker exponeras kommunen för med anledning av Avtalet?

1.3 Metod och material

Granskningen har genomförts genom dokumentstudier, varvid i huvudsak följande har legat till grund för granskningen:

- Kommunallagen, lagen om offentlig upphandling, avtalslagen, m.m.
- Relevanta styrdokument.
- Avtalet.
- Kommunstyrelsens beslut av den 28 augusti 2017 (KS 120/2017) och kommunstyrelsens arbetsutskotts förslag till beslut (KSAU 68/2017).
- Tjänsteskrivelse av den 10 augusti 2017.

Inom ramen för granskningen har också intervju genomförts med kommunstyrelsens ordförande.

2. Ärendet

För att sätta in ämnet i sin rätta kontext kommer i det följande ärendet att beskrivas i kronologisk ordning, utifrån den begränsade information och dokumentation vi har fått tillgång till:

- 10 augusti 2017: I en tjänsteskrivelse till kommunstyrelsen skriver näringslivschefen, att det under våren 2017 har kommit till Tillväxtenhetens kännedom att det finns behov av lokaler för industriföretag i kommunen, samt att det finns förslag på lösningar från ett antal företag. Det framgår också att *“underlag har framtagits som visar kostnader vid eventuell nybyggnation”*. Tillväxtenheten föreslår i tjänsteskrivelsen att *“lokalsituationen löses i samverkan med berörda företag så att en optimal lösning nås för alla berörda parter och de utvecklingsbehov som finns på kort och lång sikt hos våra företag beaktas”*.
- 14 augusti 2017: Kommunstyrelsens arbetsutskott fattar beslut (KSAU § 68), genom vilket det föreslås att kommunstyrelsen beslutar att *“Om behov av lokaler för industriföretag uppstår skall kommunen vara behjälplig med detta”*. Ärendebeskrivningen i sammanträdesprotokollet är likalydande med ovan nämnda tjänsteskrivelse.
- 28 augusti 2017: Kommunstyrelsen fattar beslut (KS § 120) i enlighet med arbetsutskottets förslag, enligt punkten ovan. Även i detta beslut är ärendebeskrivningen likalydande med ovan nämnda tjänsteskrivelse.
- 3 oktober 2017: Det Avtal som denna granskning avser ingås och diarieförs. Datumangivelsen för KSO:s underskrift (3 oktober 2019) är alltså felaktig, vilket också bekräftas i intervjun med KSO. Enligt uppgift var det näringslivschefen som formulerade avtalstexten.

3. Analys

3.1 Hur bör Avtalets villkor tolkas?

I samband med avtalstolkning, är utgångspunkten först och främst avtalets ordalydelse. Därför kommer det i det följande beskrivas vad Avtalets formuleringar uttrycker. För det fall att ett avtals ordalydelse ger upphov till tolkningsutrymme, eller rent av tvetydigheter, får tolkningen istället ske mot bakgrund av vad parternas avsikt med avtalet var. Sådan tolkning sker normalt med utgångspunkt i bakgrunden till att avtalet ingicks och omständigheterna vid dess tillkomst (se avsnitt 3.1.2).

3.1.1 Avtalets lydelse

I Avtalet hänvisas det inledningsvis till kommunstyrelsens beslut av den 28 augusti 2017, som löd: *“Om behov av lokaler för industriföretag uppstår skall kommunen vara behjälplig med detta”*. Därefter följer en beskrivning av kommunens åtagande, innebärande att Övertorneå kommun, om lokalbehov föreligger, kommer att *“upphandla hyreskontrakt av lokaler i enlighet med LOU för att tillgodose kommunens behov av uppvärmda industrilokaler för industriell produktion, garage med personalutrymme”*. I punktform listas sedan vissa villkor enligt nedan:

- Den första punkten anger att lokalerna ska uppföras på en specifik fastighet i kommunen, i anslutning till befintliga industrilokaler.
- Den andra punkten anger att hyresavtalet som minimum ska omfatta 2 000 kvm yta och en takhöjd på minst sex meter.
- Den tredje punkten anger att hyresperioden ska uppgå till 25 år.
- Den fjärde punkten anger att Avtalet är giltigt i 3 år, och att Avtalet förfaller om byggstart inte har skett inom den angivna perioden.

3.1.2 Gemensam partsavsikt

Bakgrunden till att ärendet initierades var, enligt uppgift under intervju med KSO, att kommunens näringslivschef hade blivit kontaktad av en företagare som hade planer på att utöka sin affärsverksamhet. För att möjliggöra sådan utökning, behövde företagarens befintliga lokaler byggas ut. Utan kommunens hjälp bedömdes det svårt att erhålla bankfinansiering för byggnationen till rimliga lånevillkor. Kommunens medverkan skulle också förbättra möjligheterna för företagaren att erhålla investeringsbidrag från Tillväxtverket. För kommunens del identifierades ett mervärde i att omkring 30 nya arbetstillfällen skulle skapas i kommunen. Under intervjun med KSO framhölls svårigheten i att möjliggöra byggnation på landsbygden som ett bakomliggande skäl till att beslutet fattades, och att Avtalet sedermera ingicks.

Det föreslagna upplägget gick ut på att företaget skulle uppföra en byggnad om 4 000 kvm, varav hälften skulle användas i företagets egna verksamhet, och resterande del skulle hyras av kommunen. Kommunen skulle sedan andrahandsuthyra lokalerna till företagare. Genom ett 25-årigt hyresavtal var tanken att kommunen skulle utgöra en säkerhet i affärsupplägget, i egenskap av trygg och stabil hyresgäst.

3.1.3 Analys utifrån ordalydelse och partsavsikt

Nedan följer en sammanställning av vissa noteringar vi gör kopplat avtalets ordalydelse och parternas avsikt med Avtalet:

- "...kommunen kommer att...upphandla hyreskontrakt...": Av formuleringen framgår det inte klart vad kommunens åtagande innebär, d v s om det endast innebär ett åtagande att genomföra en upphandling, eller om det innebär ett åtagande att (i) genomföra en upphandling och därefter även (ii) ingå hyresavtal.
- "i enlighet med LOU": Som kommer framgå nedan i avsnitt 3.4.2, är hyresavtal normalt undantagna från upphandlingsplikten i LOU. Det är därför oklart vad syftet är med formuleringen. Eventuellt skulle det kunna tolkas som att Avtalet är villkorat av att ingåendet av hyresavtalet är förenligt med LOU.
- "Om lokalbehov föreligger": Av Avtalet framgår det inte vem det är som ska äga rätt att göra bedömningen av om lokalbehov föreligger.
- "för att tillgodose kommunens behov av uppvärmda industrilokaler": Såsom vi har förstått parternas avsikt med upplägget, är det inte främst kommunens (d v s den juridiska personen Övertorneå kommun) behov av lokaler som ska tillgodoses, utan snarare enskilda näringsidkares behov av lokaler. I förhållande till parternas avsikt med ingåendet av Avtalet skapar därför detta en tvetydighet.
- "Lokalerna ska uppföras": Det framgår inte uttryckligen vilken av parterna som ska *uppföra*, d v s utföra själva byggnationen. Utifrån parternas avsikt med Avtalet, står det dock klart att företagaren skulle stå för byggnationen, och att kommunen därefter skulle förhyra lokaler av företagaren.
- Parterna: Att det är Övertorneå kommun som utgör den ena avtalsparten i Avtalet är tämligen otvetydigt, trots att inget organisationsnummer angivits. Det står däremot inte klart om den person som undertecknat Avtalet utöver KSO, har undertecknat i egenskap av privatperson eller i egenskap av företrädare för något bolag.

Utifrån ovan, kan det konstateras att bestämmelserna i Avtalet skapar ett stort utrymme för tolkning. Stora tolkningsutrymmen riskerar ytterst att leda till tvister kopplat till vad ett Avtal rätteligen ska anses innebära. Trots de identifierade oklarheterna, kan slutsatsen dras att Avtalets kärna utgörs av ett åtagande för kommunen att upphandla (och eventuellt också teckna) ett 25-årigt hyresavtal för en ännu inte uppförd byggnad.

3.2 Finns det ytterligare aspekter som borde ha varit reglerade i Avtalet?

Enligt uppgift från intervjun med KSO, är anledningen till att inga företagsnamn eller några närmare specifikationer framgår av Avtalet att det främst var tänkt som en typ av avsiktsförklaring. Om tanken var att Avtalet egentligen skulle utgöra en avsiktsförklaring, borde det uttryckligen ha angivits. I en avsiktsförklaring finns normalt också följande typer av bestämmelser:

- Bakgrundsbeskrivning, d v s hur parterna har kommit fram till slutsatsen att en avsiktsförklaring behöver upprättas.
- Vilka villkor som ska vara uppfyllda för att avsiktsförklaringen ska omvandlas till ett slutligt avtal.
- Närmare beskrivning kring vilka avtalsåtaganden som avsiktsförklaringen är tänkt att leda till när avsiktsförklaringen omvandlas till slutligt avtal.
- Bestämmelse om icke-bindande verkan, d v s att avsiktsförklaringen inte utgör ett bindande avtal.
- Sekretessåtagande.
- Tvistlösningsklausul.

3.3 Var KSO behörig att ingå Avtalet för kommunens räkning?

För att utröna om KSO var behörig att ingå Avtalet för kommunens räkning, behöver det först utredas om Avtalet utgör en sådan angelägenhet som *kommunen* kan/får befatta sig med enligt kommunallagens regler om kommunal kompetens (inkl. anslutande lagstiftning). Nedan i avsnitt 3.3.1 följer därför först en utredning kopplad till kommunal kompetens. Därefter, i avsnitt 3.3.2, kommer det utredas om KSO med stöd av kommunstyrelsens beslut och styrdokument i kommunen ägde rätt att ingå Avtalet.

3.3.1 Kommunal kompetens

Kommuner har med stöd i det kommunala självstyret en stor handlingsfrihet. Denna handlingsfrihet begränsas ytterst av regler i kommunallagen och speciallagstiftning. Andra kapitlet i kommunallagen innehåller vissa huvudregler som all kommunal verksamhet måste förhålla sig till. I speciallagstiftning såsom lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter (nedan "LKB") finns vissa befogenhetsutvidgande bestämmelser. Nedan följer en sammanställning av regler som är relevanta i förevarande fall:

- Kommuner får befatta sig med sådana angelägenheter som är av allmänt intresse och som har anknytning till kommunens område eller medlemmar, och som inte ska handhas av enbart staten, annan kommun eller någon annan (2 kap. 1, 2 §§ KL).
- Kommuner ska behandla sina medlemmar lika, om det inte finns sakliga skäl för något annat (2 kap. 3 § KL). 1 kap. 9 § regeringsformen stadgar vidare att myndigheter ska vara sakliga och opartiska i sin verksamhet.
- Kommuner får genomföra åtgärder för att allmänt främja näringslivet i kommunen (2 kap. 8 § 1 st. KL).
- Individuellt inriktat stöd till enskilda näringsidkare får lämnas endast om det finns synnerliga skäl för det (2 kap. 8 § 2 st. KL). I praxis har det fastslagits att kommuner i glesbygdsområden kan ha rätt att ekonomiskt stödja innehavare av t.ex. livsmedelsbutiker eller bensinstationer, om stödet är nödvändigt för att garantera en viss minimistandard av kommersiell service åt hushållen, se t.ex. RÅ79 Ab 14. Beslut av kommunfullmäktige om stöd till hotell- och restaurangrörelse har i visst fall ansetts kompetensenligt, se RÅ 1995 ref. 98.
- I LKB finns en bestämmelse i 3 kap. 6 § som i förhållande till vad som framgår av 2 kap. 8 § KL utvidgar den kommunala kompetensen vad gäller lokaler:
 - Av paragrafens första stycke följer att kommuner får tillgodose små företags behov av lokaler i kommunen under förutsättning att verksamheten inriktas på *företagarkollektivet i allmänhet*. Bestämmelsen tydliggör att det tillhör en kommuns angelägenheter att iordningställa arbetslokaler för småindustri och hantverk, om verksamheten har en generell omfattning (jfr RÅ 1966 ref. 7 och 2 kap. 8 § 1 st. KL om "allmänt" näringslivsfrämjande åtgärder). Kommunen kan låta bygga särskilda "småindustri- eller hantverkshus" och kan för ändamålet även förvärva lokaler eller upplåta redan befintliga kommunägda lokaler.
 - Av andra stycket följer också att "*om det finns särskilda skäl, får kommuner tillgodose enskilda företags behov av lokaler i kommunen*". Vad som utgör "särskilda skäl" för en individuellt anpassad lokalhållning åt ett enskilt företag får avgöras från fall till fall, men grundförutsättningarna är att den enskilde företagaren bedöms sakna möjligheter att själv betala kostnaderna för lokalen eller lokalerna, och att det inte finns någon privat aktör, som är villig att göra investeringen, se prop. 2008/09:21 s. 57 och 98.

Syftet med kommunens ingående av Avtalet var, som framgått ovan, dels att möjliggöra 30 nya arbetstillfällen i kommunen, samt även att genom andrahandsupplåtelse tillgodose lokalbehovet för näringsidkare. Eftersom det endast är ett fåtal företagare som skulle gagnas av kommunens åtgärder, kan kommunen sannolikt inte anses ha *allmänt främjat näringslivet* i enlighet med 2 kap. 8 § 1 st. KL. Sannolikt kan kommunens agerande inte heller anses vara inriktat på *företagarkollektivet i allmänhet* i enlighet med 3 kap. 6 § 1 st. LKB.

Däremot skulle kommunens agerande kunna falla in under tillämpningsområdet för 3 kap. 6 § 2 st. LKB och vad som där anges om "särskilda skäl". Ett sådant skäl skulle kunna vara att det för företagare i glesbygdskommuner såsom Övertorneå kommun är svårt att erhålla bankfinansiering till rimliga villkor, och att det därför sannolikt inte finns någon privat aktör som är villig att göra investeringen utan kommunal inblandning.

3.3.2 Formella förutsättningar

I kommuner styrs rätten att underteckna handlingar och att i övrigt företräda kommunen genom reglementen, delegationsordningar och genom specifika beslut. Inom ramen för vår granskning har vi tagit del av följande dokument:

- Kommunstyrelsens reglemente, antaget den 21 oktober 2019.
- Gemensamt reglemente för Övertorneå kommuns nämnder och styrelse,
- Delegationsordning för kommunstyrelsen, fastställd av kommunstyrelsen den 17 oktober 2017.

Av kommunstyrelsens reglemente framgår i 30 § vilka uppgifter som åligger kommunstyrelsens ordförande, nämligen att:

- Leda styrelsens arbete och sammanträden.
- Kalla till sammanträde i enlighet med lag och reglemente.
- Kalla ersättare.
- Inför sammanträden se till att ärenden som ska behandlas i styrelsen vid behov är beredda.
- Se till att färdigberedda ärenden snarast behandlas i styrelsen.
- Bevaka att styrelsens beslut verkställs.

Av 43 § i kommunstyrelsens reglemente framgår att "*skrivelser, avtal och andra handlingar från styrelsen ska på styrelsens vägnar undertecknas av ordföranden och kontrasigneras av sekreteraren*", samt att "*styrelsen får även uppdra åt förtroendevald eller tjänsteman att enligt av styrelsen lämnade direktiv underteckna handlingar på styrelsens vägnar. Beslut som fattas med stöd av delegation samt skrivelser, avtal och andra handlingar som upprättas med anledning därav undertecknas av den som fattat beslutet och, i förekommande fall, kontrasigneras av den som utses därtill*".

Utifrån ovan kan slutsatsen dras att KSO har en rätt att underteckna vissa typer av handlingar. Ett krav är dock att handlingarna kommer *från styrelsen*. I detta avseende bör det noteras att något utkast till Avtalet inte var framtaget vid tiden för kommunstyrelsens beslut den 28 augusti 2017 (KS 120/2017) och att Avtalet därför inte kan sägas komma *från styrelsen*. 43 § i kommunstyrelsens reglemente ger därför sannolikt inte KSO rätt att underteckna Avtalet.

Enligt uppgift under intervjun med KSO, var KSO av uppfattningen att undertecknandet av Avtalet handlade om "ren verkställighet". Den sista punkten i ovan punktlista över ansvarsområden som åligger KSO anger att det är KSO:s ansvar att bevaka att styrelsens beslut verkställs. I detta ligger endast en skyldighet att *bevaka* att beslut verkställs - inte en rätt att själv verkställa beslut.

Vidare, finns det i kommunstyrelsens delegationsordning, i punkten 2.3, en bestämmelse som berör s.k. "verkställighetsbeslut":

"Till beslutsfattande som faller utanför delegationsbegreppet hör beslut som är att betrakta som ren verkställighet, d v s där det saknas utrymme för självständiga bedömningar. Det kan exempelvis vara avgiftsdebitering enligt fastställd taxa eller inköp enligt ramavtal. Även många beslut som rör myndighetens interna förhållanden utgör ren verkställighet, t.ex. fastighetsförvaltning, attest, lönesättning, etc. Denna typ av arbetsuppgifter framgår av respektive förvaltnings arbetsordning."

När det gäller gränsdragningen mellan beslut och åtgärder som utgör ren verkställighet, måste vissa avvägningar göras. De tumregler som anges i kommunstyrelsens delegationsordning och som citerats ovan motsvarar i huvudsak vad som genom rättstillämpningen utkristalliserats i praxis. I praxis har uttrycket "beslut av rent verkställande art" getts en restriktiv innebörd. Som rent verkställande beslut har ansetts beslut där beslutsfattaren saknat möjligheter att göra självständiga bedömningar såsom vid debitering av en avgift som kommunfullmäktige antagit eller vid en mekanisk tillämpning av en turordningsprincip.

Kommunstyrelsens beslut den 28 augusti 2017 (KS 120/2017) är mycket kort avfattat och anger endast att "Om behov av lokaler för industriföretag uppstår skall kommunen vara behjälplig med detta". Till skillnad från vad som avses i punkten 2.3 i kommunstyrelsens delegationsordning, ger kommunstyrelsens beslut ett stort utrymme för självständiga bedömningar. Kommunstyrelsens beslut var inte heller kopplat till något utkast till avtalstext. Mot bakgrund av ovan kan ingåendet av Avtalet inte anses utgöra ett verkställighetsbeslut på det sätt som avses i praxis eller i punkten 2.3 i kommunstyrelsens delegationsordning.

I avsnitt 3 i kommunstyrelsens delegationsordning regleras vad som gäller i administrativa frågor för kommunstyrelsen. Det framgår också att förteckningen i avsnitt 3 inte utgör delegeringar i kommunalagens mening. Av punkt 1 framgår att det är KSO som tecknar kommunens firma i förening med exempelvis kommunchefen. Av punkten 2 framgår att det är KSO som äger rätt att underteckna kommunstyrelsens handlingar. Avsnitt 3 i kommunstyrelsens delegationsordning rör dock endast *administrativa frågor för kommunstyrelsen*. Ingåendet av Avtalet utgör ingen sådan administrativ fråga, varför KSO:s rätt att underteckna Avtalet inte heller går att härleda ur denna punkt i delegationsordningen.

Av 6 kap. 39 § KL framgår att en nämnd får uppdra åt ordföranden, eller en annan ledamot som nämnden har utsett, att besluta å nämndens vägnar i ärenden som är så brådskande att nämndens avgörande inte kan avvaktas. Denna möjlighet har utnyttjats i Övertorneå kommun. I punkten 4.1 i det gemensamma reglementet för Övertorneå kommuns nämnder och styrelse, framgår att KSO äger rätt att fatta beslut i ärende som är så brådskande att ärendets avgörande inte kan vänta till dess nämnden har sammankallats. Sådant beslut ska anmälas vid nästa sammanträde.

Redan av lagtexten framgår att det är fråga om yttersta undantagsfall då det uttryckligen framgår att det ska vara fråga om beslut i ärenden som är så brådskande att nämndens avgörande inte kan avvaktas. Det ska vidare framhållas att det är ytterst få brådskande beslut, som är så brådskande att beslut i ärendet inte kan avvaktas till nästa, eller ett nyinsatt extra, sammanträde. Bestämmelsen saknar således tolkningsutrymme i det avseendet. Det nu aktuella Avtalet utgör inte en sådan brådskande angelägenhet som avses i 6 kap. 39 § KL.

Efter granskning av ovan nämnda styrdokument har vi inte heller i övrigt funnit någon bestämmelse som ger vid handen att KSO har behörighet att självständigt ingå den typen av rättshandling som Avtalet innebär. Eftersom rätten att underteckna Avtalet inte går att härleda ur något styrdokument, kvarstår att bedöma om sådan rätt följer av kommunstyrelsens beslut den 28 augusti 2017 (KS 120/2017). Som framgått ovan är beslutet kort och generellt avfattat.

Det framgår exempelvis inte *hur* kommunen ska vara behjälplig om behov av lokaler för industriföretag uppstår. Det finns inte heller några handlingsdirektiv till varken KSO eller annan. Någon rätt för KSO att underteckna Avtalet går därför inte heller att härleda ur kommunstyrelsens beslut.

3.4 Vilka risker exponeras kommunen för med anledning av Avtalet?

3.4.1 Felaktig datumangivelse

Avtalet har enligt KSO förfallit eftersom det har en löptid på 3 år och att inga byggnationer har påbörjats inom denna tid. Den företagare som har undertecknat avtalet har inte heller återkommit med några anspråk med anledning av avtalet. Antagandet att Avtalet har förfallit är därför troligen korrekt, med förbehåll för att Avtalet är feldaterat av KSO. Om anspråk riktas mot kommunen med anledning av Avtalet, och kommunen inte lyckas visa att Avtalet de facto undertecknades 2017 och inte 2019, finns en risk att Avtalet anses vara i kraft till och med oktober 2022. Risken för att kommunen inte lyckas visa att Avtalet var undertecknat redan 2017 är tämligen liten, mot bakgrund av att det undertecknade Avtalet diariefördes i oktober 2017.

3.4.1 Risker kopplade till andrahandshyresgäster

I enlighet med ovan, är Avtalet sannolikt inte i kraft längre. Om Avtalet hade fullföljts, hade kommunen tagit en stor risk kopplat till andrahandshyresgästernas verksamheter. Först och främst finns det inga garantier för att de hyresgäster som visat intresse för lokaler faktiskt väljer att teckna hyresavtal, och om någon hoppar av finns det inga garantier för att kommunen lyckas hyra ut lokalerna till annan aktör. I detta ligger också risker kopplade till att hyresgäster inte erlägger hyra enligt avtal.

3.4.2 Hyresavtal eller förtäckt byggnadsentreprenad?

Utgångspunkten är att en organisation som omfattas av någon upphandlingslagstiftning (exempelvis LOU eller LUF) ska konkurrensutsätta transaktioner där varor, tjänster eller byggnadsentreprenader anskaffas. För att avsteg från upphandlingsskyldigheten ska få göras måste det finnas ett undantag i upphandlingslagstiftningen. I LOU finns det ett antal olika typer av undantag angivna varav ett är det undantag som oftast benämns som hyres- eller fastighetsundantaget. Hyresundantaget regleras i 3 kap. 19 § och lyder som följer:

Denna lag gäller inte för kontrakt som avser förvärv av fastighet, arrenderätt, hyresrätt, bostadsrätt, tomträtt, servitutsrätt eller någon annan rätt till fastighet.

Undantaget innebär att LOU inte gäller för kontrakt som avser förvärv av fastighet, arrenderätt, hyresrätt, bostadsrätt, tomträtt, servitutsrätt eller någon annan rätt till fastighet. Anledningen till undantaget är i första hand den fasta egendomens speciella karaktär, d v s att fast egendom är inte flyttbar och marknaden är ofta begränsad, vilket innebär att det råder brist på alternativa objekt. Den gränsöverskridande konkurrens som upphandlingslagstiftningen syftar till att värna är därför mindre relevant för fast egendom.

För att undantaget för hyresrätt ska vara tillämpligt, får det inte vara fråga om en så kallad "förtäckt byggnadsentreprenad". Byggnadsentreprenader är till skillnad från hyra av fastighet inte undantagna upphandlingsplikt och om kontraktets huvudsakliga syfte kan bedömas vara en byggnadsentreprenad ska således kontraktet konkurrensutsättas.

Som alla undantag ska även undantaget för hyresrätt behandlas restriktivt vilket innebär att undantaget endast är aktuellt när det verkligen rör sig om ett hyresavtal och inte är att bedöma som en så kallad förtäckt byggnadsentreprenad. Det är vidare så att det är den upphandlande myndigheten som har för avsikt att stödja sig på en undantagsbestämmelse som har bevisbördan för att det finns omständigheter som innebär att ett undantag kan göras.

För att säkerställa att ett hyresavtal inte bedöms utgöra en förtäckt byggentreprenad, bör en upphandlande myndighet förhålla sig till nedanstående förutsättningar innan ett hyresavtal ingås med stöd av hyresundantaget:

- Det måste sannolikt röra sig om en byggnad där en hyresgäst annan än den upphandlande myndigheten kan vara aktuell, d v s det får inte röra sig om en sådan speciell byggnad att det inte finns någon annan potentiell hyresgäst än den upphandlande myndigheten.
- Den upphandlande myndigheten får inte på något sätt ha varit delaktig, tagit initiativ till, styrt, ställt krav på utformning eller projektering av byggentreprenaden. Myndigheten ska inte ha haft ett större inflytande över byggnadens utförande än vad myndigheten skulle ha haft i egenskap av hyresgäst i en redan befintlig byggnad.
- Hyresavtalet får inte ha en sådan garanterad löptid och hyresnivå att entreprenaden i sin helhet kan bedömas finansieras av den upphandlande myndigheten. Det får inte heller finnas någon option för myndigheten att köpa byggnaden i avtalet.

När det gäller den första punkten, står det klart att de lokaler som kommunen enligt Avtalet åtog sig att förhålla inte var av sådan art att endast kommunen hade varit aktuell som hyresgäst. Tvärtom var tanken aldrig att kommunen skulle nyttja lokalerna. Den andra punkten skulle sannolikt inte heller vålla några problem, eftersom kommunen, enligt uppgift under intervjun med KSO, inte hade för avsikt att vara delaktiga i byggnationen. Den tredje punkten skulle dock kunna leda till att ingåendet av hyresavtalet anses utgöra en förtäckt byggentreprenad. Detta främst mot bakgrund av den långa löptiden om 25 år. Av Avtalet framgår inte vilken hyresnivå parterna kommit överens om, men under intervjun med KSO nämndes 500 kronor per kvadratmeter och år.

4. Sammanfattande slutsatser

Mot bakgrund av ovan utredning, kan följande slutsatser dras:

- Bestämmelserna i Avtalet skapar ett stort utrymme för tolkning. Stora tolkningsutrymmen riskerar ytterst att leda till tvister kopplat till vad ett Avtal rätteligen ska anses innebära. Trots de identifierade oklarheterna, kan slutsatsen dras att Avtalets kärna utgörs av ett åtagande för kommunen att upphandla (och ev också teckna) ett 25-årigt hyresavtal för en ännu inte uppförd byggnad.
- Om Avtalet, såsom KSO angett under intervjun, var tänkt som en avsiktsförklaring, borde det uttryckligen ha angivits. Det finns också bestämmelser som är karaktäristiska för en avsiktsförklaring som borde ha omfattats av Avtalet.
- Om kommunen hade fullföljt Avtalet, hade ett ingående av hyresavtal kunnat anses falla in under tillämpningsområdet för 3 kap. 6 § 2 st. LKB och vad som där anges om "särskilda skäl". Ett sådant skäl skulle kunna vara att det för företagare i glesbygdskommuner såsom Övertorneå kommun är svårt att erhålla bankfinansiering till rimliga villkor, och att det därför sannolikt inte finns någon privat aktör som är villig att göra investeringen utan kommunal inblandning.
- Någon rätt för KSO att underteckna Avtalet har inte gått att härleda av gällande styrdokument i Övertorneå kommun, eller av kommunstyrelsens beslut den 28 augusti 2017 (KS 120/2017).
- Avtalet har med stor sannolikhet förfallit, eftersom det i Avtalet uttryckligen anges att Avtalet förfaller om inte byggnationer har påbörjats inom 3 år. Avtalet är feldaterat av KSO, men risken för att kommunen inte lyckas visa att Avtalet var undertecknat redan 2017 är tämligen liten, mot bakgrund av att det undertecknade Avtalet diariefördes i oktober 2017.
- Om Avtalet hade fullföljts på så vis att Övertorneå kommun ingått hyresavtal på det sätt som avses i Avtalet, hade kommunen exponerats mot vissa risker, där den viktigaste får anses vara att hyresavtalet hade kunnat bedömas utgöra en förtäckt byggentreprenad.

4.1 Sammanfattande bedömning

Mot bakgrund av det i avsnitt 1.2 angivna syftet med granskningen, d v s att klargöra huruvida ingåendet av Avtalet är förenligt med lag och interna styrdokument i kommunen, kan det efter genomförd granskning konstateras att ingående av Avtalet sannolikt inte var förenligt med i kommunen gällande styrdokument. Någon rätt för KSO att ingå Avtalet har heller inte gått att utläsa ur tillämpliga lagar.

2021-03-17



Hans Forsström
Uppdragsledare

Mathias Westergaard-Nielsen
Projektledare

Denna rapport har upprättats av Öhrlings PricewaterhouseCoopers AB (org nr 556029-6740) (PwC) på uppdrag av Övertorneå kommuns revisorer enligt de villkor och under de förutsättningar som framgår av projektplan från den 2020-11-09. PwC ansvarar inte utan särskilt åtagande, gentemot annan som tar del av och förlitar sig på hela eller delar av denna rapport.