

Förvaltningsrätten i Malmö
forvaltningsrattenimalmo@dom.se

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, Ringvägen 100, 118 60 Stockholm

Motpart

Kristianstads kommun, 291 80 Kristianstad

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 3 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 3 LOU beslutar att Kristianstads kommun ska betala 1 500 000 (en miljon femhundra tusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.¹

¹ Upphandlingen av Avtalet påbörjades innan den 1 januari 2024. I enlighet med punkt 2 i ikraftträdande- och övergångsbestämmelserna till lagen (2023:815) om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling ansöker Konkurrensverket därför om upphandlingsskadeavgift i det här fallet. Se 21 kap. 2 § LOU (i lydelsen innan den 1 januari 2024). Se även prop. 2023/24:3 s. 66–67.



Grunder

1. Kristianstads kommun (Kommunen) har brutit mot 19 kap. 6 § LOU genom att den 15 maj 2023 ingå avtal om ombyggnad och hyra av lokaler för anpassad skola med Intea Näsby AB (Leverantören) utan att genomföra en annonserad upphandling, trots att det inte förelegat förutsättningar för detta. Kommunen har med detta genomfört en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

Avtalet

2. Avtalet består av fyra handlingar, ett med rubriken uppdragsbekräftelse (Uppdragsbekräftelsen)², två hyresavtal (Huvudhyresavtalet respektive Modulhyresavtalet)³ och ett tilläggsavtal (Tilläggsavtalet)⁴. Dessa handlingar utgör tillsammans det avtal som ligger till grund för denna ansökan.
3. Konkurrensverket kommer nedan att benämna dessa för "Avtalet", när verket avser det offentliga kontrakt som dessa utgör sammantaget. När Konkurrensverket hänvisar till de separata handlingarna som grupp kommer dessa att benämnas "Avtalshandlingarna".
4. Innan Konkurrensverket går in på vad kommunen har anfört och verkets rättsliga bedömning, finns det skäl att närmare beskriva Avtalshandlingarna i relevanta delar.

Uppdragsbekräftelsen

5. En skrivelse den 28 november 2022, med rubriken "Uppdragsbekräftelse" och underrubriken "Projektering med anledning av ombyggnad och lokalanpassning av byggnad 200 inom HKR", undertecknades av Kommunen den 13 januari 2023 och av Leverantören den 17 januari 2023.
6. I Uppdragsbekräftelsen angav Leverantören att den bekräftade en överenskommelse med sammanfattningsvis följande innehåll.
7. Leverantören ska som fastighetsägare och ombud tillsammans med en angiven generalkonsult ta fram förfrågningsunderlag för totalentreprenad för projektet. I arbetet ingår även uppdragsplanering, handläggning, granskning, egenkontroll och hantering av uppdragets viktigaste hållbarhetsaspekter i erforderlig omfattning.

² Bilaga 1.

³ Bilaga 2 och 3.

⁴ Bilaga 4.



8. I uppdragsbekräftelsen angavs även att erhållna underlag baseras på "Skissförslag, Nyttjare", "Rumsfunktionsprogram" och "Beskrivning Paviljonger", samtliga upprättade av Nyttjare, dvs. Kommunen.
9. Vidare angavs i uppdragsbekräftelsen att parterna var överens om att byggtreprenaden ska föränledas av ett upphandlingsförfarande i enlighet med LOU, för att tillgodose kommunens upphandlingsplikt, och att ett samarbetsavtal skulle tecknas innan upphandling av entreprenaden sker.

Huvudhyresavtalet och modulavtalet

10. Huvudhyresavtalet undertecknades den 12 maj 2023 respektive 15 maj 2023. I avtalet kom Kommunen och Leverantören överens om hyra av redan befintliga lokaler och av utomhusytor under perioden 7 december 2023 till och med den 6 december 2033.
11. Modulavtalet undertecknades samma dagar för perioden 7 december 2023 till och med den 6 december 2026. Detta avtal avser hyra av ännu ej uppförda moduler. Leverantören hyr i sin tur modulerna av ett annat företag, varför Kommunen avstår från den besittningsrätt som normalt tillkommer lokalhyresgäster. Av modulavtalet framgår att lokalen med tillhörande utrymmen hyrs ut i det skick och med den utformning som framgår av en ritning, som har bifogats avtalet, och med de anpassningar som ingår i huvudhyresavtalet.

Tilläggsavtalet

12. Av bilaga 2 till Huvudhyresavtalet framgår att Leverantören ska utföra en hyresgäst Anpassning av lokalen på sätt som framgår av Tilläggsavtalet, som undertecknades av respektive part samma dagar som hyresavtalen.
13. Enligt Tilläggsavtalet har Leverantören projekterat och tagit fram förfrågningsunderlag för upphandling enligt LOU med hjälp av Kommunen. Förfrågningsunderlaget har tagits fram i samråd mellan parterna, och Kommunen har, enligt vad som anges i Tilläggsavtalet, varit ansvarig för kravställande i alla delar utom avseende myndighetskrav.
14. I Tilläggsavtalet anges vidare att Leverantören därefter har genomfört en upphandling enligt LOU och tilldelat en entreprenör uppdraget. Av Tilläggsavtalet framgår också att "Hyresgäst Anpassningen" utgör tillbehör till fastigheten och ägs av Leverantören. Ersättning för byggtreprenaden ska erläggas som en tilläggshyra som fördelas över den initiala hyrestidens första tre år enligt vissa i Tilläggsavtalet närmare angivna villkor.



Avtalade arbeten

15. Det framgår av uppdragsbekräftelsen att uppdraget är baserat på skissförslag, rumsfunktionsprogram och beskrivning av paviljonger som Kommunen har upprättat. Av dessa framgår närmare beskrivningar av de anpassningar och arbeten som Kommunen har haft inflytande över.⁵

Genomförda upphandlingar

16. Under perioden från och med 14 februari 2023 till och med 17 mars 2023 annonserades en upphandling avseende "Norretull anpassad skola – Ombyggnation".⁶ I annonsen angavs Leverantören som upphandlande organisation. I förfrågningsunderlaget angavs Leverantören som byggherre och beställare, men där angavs också att upphandlingen sker i samråd med "upphandlande myndighet" Kristianstad kommun. Tilldelningsbeslut, undertecknat av Leverantören, fattades den 5 april 2023.
17. Under perioden från och med 20 februari 2023 till och med 24 mars 2023 annonserades en upphandling avseende "Norretull anpassad skola – Moduler".⁷ I annonsen angavs Leverantören som upphandlande organisation. I förfrågningsunderlaget angavs Leverantören som byggherre och beställare, men där angavs också att upphandlingen sker i samråd med "upphandlande myndighet" Kristianstad kommun. Tilldelningsbeslut, undertecknat av Leverantören, fattades den 5 april 2023.

Vad Kommunen har anfört

18. Kommunen har under utredningen hos Konkurrensverket anfört sammanfattningsvis följande.
19. Kommunen är upphandlande myndighet i de två upphandlingarna om moduler och ombyggnation av Norretull anpassad skola.
20. Kommunen har inte tillämpat LOU vid tecknande av hyresavtalet då LOU, i enlighet med 3 kap. 19 §, inte gäller för hyreskontrakt. Undantaget är tillämpligt då förhyrningen avsåg en befintlig byggnad, och det huvudsakliga syftet med avtalet var att förhyra en befintlig byggnad. Förhyrning av en befintlig byggnad omfattas inte av upphandlingslagstiftningen i enlighet med LOU, vilket stärks av den direkta ordalydelsen i upphandlingsdirektivet. Det ska poängteras att hyresanpassningar avseende ombyggnation och moduletableringen har konkurrensutsatts i enlighet med LOU för att säkerställa att genomförandet av dessa, till följd

⁵ Se relevanta handlingar under bilagor 5–6.

⁶ Bilaga 5.

⁷ Bilaga 6.

av det oklara rättsläget, inte skedde i strid med upphandlingslagstiftningen.

21. Såvitt avser storleken på en eventuell upphandlingsskadeavgift, är det riktigt att Kommunen tidigare har genomfört en otillåten direktupphandling, men det är väsensskilt från aktuellt ärende. I aktuellt ärende har Kommunen i alla avseenden försökt handla korrekt i ett område inom upphandlingsrätten som är mycket komplext. Fråga har överhuvudtaget inte varit om något uppsåtligt försök att kringgå upphandlingsreglerna. Därutöver skedde den otillåtna direktupphandlingen för mer än fem år sedan. Att lägga det förfarandet till grund för en avgiftshöjning är inte rimligt.

Avtalets karaktär

Grundläggande rättsliga förutsättningar

22. LOU gäller för upphandling som genomförs av upphandlande myndigheter. Med upphandling avses de åtgärder som vidtas i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggentreprenader genom tilldelning av kontrakt.⁸
23. Begreppet anskaffning bör förstås i vid mening som att få tillgång till fördelarna av de berörda byggentreprenaderna, varorna eller tjänsterna, vilket inte nödvändigtvis kräver att äganderätten överläts till den upphandlande myndigheten. Anskaffningar av byggentreprenader, varor eller tjänster omfattas således oberoende av om de genomförs genom inköp, leasing eller andra kontraktsformer.⁹
24. Med kontrakt avses ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som ingås mellan en upphandlande myndighet och en leverantör och som avser leverans av varor, tillhandahållande av tjänster eller utförande av byggentreprenader.¹⁰
25. Vad som avses med ekonomiska villkor är att kontraktet ska medföra att den upphandlande myndigheten erhåller en prestation mot vederlag. Prestationen ska vara av direkt ekonomiskt intresse för den upphandlande myndigheten.¹¹ EU-domstolen har fastslagit att sådant ekonomiskt intresse ska anses föreligga bland annat när en upphandlande myndighet

⁸ 1 kap. 2 § LOU.

⁹ Skäl 4 till LOU-direktivet, direktiv 2014/24/EU.

¹⁰ 1 kap. 15 § LOU.

¹¹ Mål C-451/08, Helmut Müller, p. 48–49.



garanteras tillgång till anläggningar som är föremål för kontraktet för att använda dem för offentliga ändamål och den garantin har rättslig grund.¹²

Frågorna i målet

26. Det finns i målet, som har nämnts ovan, fyra avtalshandlingar som sett var och en för sig omfattar förfrågningsunderlag för totalentreprenad m.fl. tjänster, hyra av lokaler respektive om- och tillbyggnad av lokaler.
27. Kommunen har gjort gällande att hyresavtalen är undantagna från LOU:s tillämpningsområde och alltså inte har behövt upphandlas, och att övriga avtal har upphandlats i enlighet med bestämmelserna i LOU.
28. Hyresavtal omfattas inte av bestämmelserna i LOU.¹³ Det är därför avgörande för bedömningen om upphandlingsföremålet kan anses omfatta hyresavtalen, eller om dessa ska anses utgöra avtal som är fristående från de övriga avtalen.
29. Frågan är alltså dels om dessa kontrakt utgör en helhet, och ska anses utgöra delar av ett och samma avtal, dels om vilken typ av tjänst som det i så fall innefattar. Konkurrensverkets bedömning framgår nedan.

Avtalshandlingarna utgör tillsammans ett enda avtal

30. Avtalshandlingarna har samma ändamål och syftar till att tillgodose samma behov; lokaler för anpassad grundskola.
31. Avtalshandlingarna som enskilda kontrakt är ingångna mellan samma parter och är kopplade till varandra genom att de kostnader som Leverantören har för projekteringen enligt Uppdragbekräftelsen och för iordningställandet av moduler enligt Modulhyresavtalet ersätts genom tilläggshyran, samt att det i hyresgästanpassningen även ingår vissa arbeten avseende modulerna. Det framgår också av EU-domstolens praxis och förarbetena till LOU att ett kontrakt som avser uppförande av en byggnad eller ombyggnation av en befintlig byggnad och därefter hyra av densamma ska betraktas som en odelbar enhet.¹⁴
32. Avtalshandlingarna måste därmed anses utgöra en och samma odelbara enhet, dvs. Avtalet. Bedömningen av hur Avtalet ska bedömas, ska därför göras genom en analys av Avtalshandlingarna som en helhet.

¹² Mål C-399/98, Ordine degli Architetti m.fl. (La Scala), p. 71 och C-451/08, Helmut Müller, p. 51.

¹³ 3 kap. 19 § LOU.

¹⁴ Mål C-536/07, kommissionen mot Tyskland (KölnMesse), p. 28 och prop. 2015/16:195 s. 946.

33. Vad Kommunen har anfört om att hyresanpassningarna avseende ombyggnationen och moduletableringen konkurrensutsattes i enlighet med LOU föranleder ingen annan bedömning.

Avtalet är ett avtal om byggtreprenad

Rättsliga förutsättningar

34. Med byggtreprenadkontrakt avses, såvitt är relevant i målet, kontrakt som innebär att ett byggnadsverk realiserar, enligt krav som ställs upp av en upphandlande myndighet som utövar ett avgörande inflytande över typen av byggnadsverk eller över projekteringen.¹⁵ Ett byggnadsverk är det samlade resultatet av bygg- och anläggningsarbeten, om resultatet självständigt fyller en teknisk eller ekonomisk funktion.¹⁶
35. Det framgår av skälen till upphandlingsdirektivet att det för en bedömning att det är fråga om genomförande av en byggtreprenad som motsvarar de krav som anges av den upphandlande myndigheten, krävs att myndigheten ska ha vidtagit åtgärder för att fastställa typ av byggtreprenad eller åtminstone ha haft ett avgörande inflytande över projekteringen av den.¹⁷
36. Definitionen av vad som utgör ett byggtreprenadkontrakt i den mening som avses i LOU är en fråga för unionsrätten.¹⁸ Begreppet ska tolkas vidsträckt och på så sätt att upphandlingsdirektivets ändamålsenliga verkan säkerställs.¹⁹ Det innebär bland annat att den rättsliga klassificering som görs av parterna i ett kontrakt inte är av avgörande betydelse. Det är inte heller relevant hur kontraktet klassificeras enligt den nationella rätten.²⁰
37. I fråga om byggtreprenadkontrakt saknar det även betydelse om leverantören genomför kontraktet med egna medel eller genom att anlita underleverantörer. Leverantören måste vara direkt eller indirekt skyldig att utföra byggtreprenaden. För att det ska kunna vara fråga om ett offentligt byggtreprenadkontrakt måste det föreligga en rättsligt bindande förpliktelse som kan åberopas inför domstol.²¹

¹⁵ 1 kap. 9 § 3 LOU.

¹⁶ 1 kap. 10 § LOU.

¹⁷ Skäl 9 i LOU-direktivet.

¹⁸ Se bl.a. Mål C-537/19 kommissionen mot Österrike (Wiener Wohnen), p. 43 och C-220/05 Auroux, p. 40.

¹⁹ Mål C-399/98 La Scala, p. 52.

²⁰ Mål C-536/07, KölnMesse, p. 54.

²¹ Mål C-399/98 La Scala, p. 90, C-220/05 Auroux, p. 44, C-536/07 KölnMesse p. 59 och C-451/08 Helmut Müller, p. 61. Se även skäl 9 till LOU-direktivet.



Tilläggsavtalet utgör ett byggentreprenadkontrakt

38. Det är i målet fråga om en omfattande ombyggnation och tillbyggnation som ska resultera i lokaler för en anpassad grundskola. Byggnationerna har föranletts av behovet att anpassa lokalerna till ett annat verksamhetsföremål, en anpassad grundskola, än vad lokalerna initialt var ämnade för, vilket var en gymnasieskola.
39. Ombyggnationen av lokalerna omfattar fasadändringar, bland annat nya fönster och dörrar, en ändrad planlösning i form av ny rumsindelning, nya ytskikt samt tekniska installationer i form av vatten, avlopp, värme och el. Ombyggnationen, inklusive tillbyggnationen, medför således att lokalen får en annan karaktär än tidigare.
40. Tillbyggnationen innebär även en omfattande ombyggnation av befintlig byggnad då lokalytan ökar med 29 procent (346 kvadratmeter yta avseende modulerna av 1 191 kvadratmeter yta avseende befintlig yta).
41. Resultatet av ombyggnation av och tillbyggnationen till den befintliga byggnaden resulterar i en byggnad som i väsentliga delar skiljer sig från den befintliga byggnaden. Resultatet fyller självständigt såväl en teknisk som en ekonomisk funktion.
42. Av Avtalet framgår vidare att Kommunen, vid framtagandet av förfrågningsunderlagen till de två upphandlingarna, har varit ansvarig för kravställandet i alla delar utom avseende myndighetskrav. Det framgår även av Tilläggsavtalet att förfrågningsunderlaget för hyresgästanpassningen innehåller Kommunens funktionskrav avseende lokalen.
43. Det framgår också uttryckligen av hyresavtalen att Leverantören ska utföra en hyresgästanpassning av lokalen och att den ska utföras på sätt som framgår av Tilläggsavtalet, alltså utformning i enlighet med bilagan avseende planlösningen och bilagan avseende förfrågningsunderlaget för hyresgästanpassningen.
44. Förfrågningsunderlaget avseende hyresgästanpassningen överensstämmer vidare i sin helhet med det förfrågningsunderlag som Hyresvärden gått ut med i den annonserade upphandlingen avseende "Upphandling Norretull anpassad skola – Ombyggnation".
45. Även de krav som framgår av skissförslaget och beskrivningen avseende modulerna som Kommunen lämnat åt Hyresvärden inför projekteringen enligt Uppdragsbekräftelsen överensstämmer i tillämpliga delar med förfrågningsunderlaget i upphandlingen avseende "Upphandling Norretull anpassad skola – Moduler".

46. Av utredningen framgår att varken anpassningen av den befintliga byggnaden eller tillbyggnationen, var planerade före ingående av Uppdragsbekräftelsen, utan det var Kommunens initiativ och framförda behov som föranledde Avtalet och därmed behovet av byggentreprenadarbetena.²²
47. Av utredningen framgår således att Kommunen har vänt sig till Leverantören med ett specificerat behov. Leverantören har därefter, utifrån Kommunens krav, tagit fram ett förfrågningsunderlag som tillgodoser Kommunens behov. Parterna har sedermera ingått Avtalet. I Avtalet regleras att Leverantören ansvarar för att utföra ombyggnationen i enlighet med vad parterna kommer överens om.
48. De krav som framgår av förfrågningsunderlaget avseende hyresgäst Anpassningen är närmast att betrakta som en totalrenovering av de befintliga lokalerna och således inte enbart krav avseende inredning.²³ Förfrågningsunderlaget ger en väldigt detaljerad beskrivning av de arbeten som ska genomföras i fråga om egenskaper och utrustning.²⁴ Kraven är ställda utifrån Kommunens behov av att anpassa lokalerna till ett annat verksamhetsföremål än vad lokalerna initialt var ämnade för, från gymnasieskola till anpassad grundskola.²⁵ De specificeringar som Kommunen har lämnat, avseende lokalens yta och utformning, föranleds av specifika behov för den skolverksamhet som ska bedrivas i byggnaden.
49. De krav som Kommunen har ställt för att få sitt behov tillgodosett är både mer omfattande och mer långtgående än vad en hyresgäst i normalfallet kan tänkas kräva (jfr sedvanlig hyresgäst Anpassning).²⁶ Som tidigare har konstaterats omfattar även Avtalen en tillbyggnation om 29 procent av den befintliga ytan. Detta måste i sig anses gå utöver sedvanliga hyresgäst Anpassningar. Kommunen har därmed haft inflytande över den arkitektoniska utformningen.
50. Mot bakgrund av det anförda menar Konkurrensverket att de byggentreprenadarbeten som Hyresvärden ska genomföra enligt Avtalet medför att ett byggnadsverk realiserar i enlighet med de krav som Kommunen har ställt upp. Kommunen har haft ett avgörande inflytande såväl över typen av byggnadsverk som över dess projektering.

²² Jfr mål C-537/19, Wiener Wohnen, p. 33, 57–61. Till skillnad från nu aktuellt ärende var planeringen av byggnaden fullständigt avslutad redan vid tidpunkten för förhandlingarna om ingåendet av hyreskontraktet.

²³ Jfr mål C-537/19, Wiener Wohnen, p. 53.

²⁴ Jfr mål C-536/07, KölnMesse, p. 58.

²⁵ Jfr Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 26 januari 2021 i mål nr 13760-20.

²⁶ Jfr mål C-537/19, Wiener Wohnen, p. 51.

Tilläggsavtalet faller därmed inom definitionen av ett byggentreprenadkontrakt i enlighet med 1 kap. 9 § 3 LOU.

Rättsliga förutsättningar för bedömning av blandade kontrakt

51. Ett kontrakt som innefattar flera olika slag av upphandling enligt LOU, såsom varor, tjänster eller byggentreprenader, eller ett kontrakt som avser både upphandling enligt LOU och annan upphandling, utgör ett blandat kontrakt.²⁷ En upphandling som omfattar flera olika slag av upphandling som regleras i LOU ska genomföras i enlighet med kontraktets huvudföremål.²⁸
52. Vid bedömningen av vad som utgör kontraktets huvudföremål har EU-domstolen konstaterat att det saknar betydelse hur nationell rätt eller parterna själva kvalificerar avtalet.²⁹ Storleken på leverantörens ersättning eller frågan hur betalning sker är visserligen inte avgörande vid bedömningen, men dessa förhållanden saknar inte helt betydelse.³⁰ Frågan om vad som är kontraktets huvudföremål ska avgöras baserat på objektiva omständigheter.³¹
53. Enligt EU-domstolens praxis ska ett kontraktets huvudföremål fastställas med beaktande av de huvudprestationer som överväger och som sådana är karaktäristiska för kontraktet, i motsats till de prestationer som endast är av accessorisk eller kompletterande karaktär och som är obligatoriska på grund av kontraktets ändamål.³²
54. Vidare framgår att om det aktuella byggnadsverket inte ens hade påbörjats vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten ingick avtalet, ska huvudsyftet med nämnda avtal anses vara uppförandet av byggnadsverket, vilket är en nödvändig förutsättning för den senare uthyrningen.³³ Detta kan dock inte förstås motsatsvis så att ett avtal som helt eller delvis omfattar en redan existerande byggnad ska presumeras utgöra ett hyresavtal, då bestämmelserna om blandade kontrakt är tillämpliga även då kontrakt innehåller hyra av avtal.
55. Om byggentreprenaden vid en helhetsbedömning av omständigheterna är av underordnad betydelse i förhållande till hyresdelen och en följd av eller

²⁷ 2 kap. 1 § LOU.

²⁸ 2 kap. 1–2 §§ och 12 § första stycket LOU. I frågan om blandat kontrakt anses ett hyreskontrakt utgöra ett tjänstekontrakt. Se prop. 2015/16:195 s. 362 och 946 samt Kammarrätten i Stockholms domar den 2 november 2022 i mål nr 9369-21 och 9370-21, angående att hyresavtal är tjänsteavtal.

²⁹ Se bl.a. mål C-220/05 Aurooux, p. 40, C-536/07 KölnMesse, p. 54 och C-213/13 Impresa Pizzarotti, p. 40.

³⁰ Se bl.a. mål C-537/19 Wiener Wohnen, p. 52 och däri angiven praxis. Jfr mål C-536/07 KölnMesse, p. 60–61.

³¹ Mål C-412/04 Kommissionen mot Italien, p. 48.

³² Mål C-412/04 kommissionen mot Italien, p. 48–51. Se även C-331/92 Gestión Hotelera Internacional, p. 29.

³³ Mål C-536/07 KölnMesse, p. 56, C-213/13 Impresa Pizzarotti, p. 42 och C-537/19 Wiener Wohnen, p. 47.

Avgörandena avsåg byggnadsverk i sin helhet.

ett komplement till denna, och det huvudsakliga syftet med kontraktet är att hyra fastigheten kan kontraktet behandlas som ett hyreskontrakt. Om det huvudsakliga syftet med kontraktet däremot måste bedömas vara att utföra en byggtreprenad, ska kontraktet upphandlas i sin helhet.³⁴

Avtalets föremål är byggtreprenad

56. Eftersom Avtalet omfattar såväl hyra av lokal (tjänstekontrakt) som byggtreprenad (byggtreprenadkontrakt) är det ett blandat kontrakt.³⁵ Upphandlingen ska därför genomföras i enlighet med bestämmelserna för det slag av upphandling som är huvudföremålet för kontraktet.³⁶
57. Kommunen har fört fram att det huvudsakliga syftet med hyresavtalen var att förhyra en befintlig byggnad. Konkurrensverkets bedömning är att Avtalet förvisso omfattar hyresavtal men att den delen är av underordnad betydelse till det huvudsakliga syftet, dvs. byggtreprenadarbetena.
58. Att parterna har rubricerat några avtalshandlingar "Hyreskontrakt för lokal" är, som framgår ovan, inte avgörande för bedömningen. Kommunen har under utredningen bland annat anfört att den har gjort bedömningen avseende det huvudsakliga föremålet för kontraktet med utgångspunkt i bland annat då gällande rättspraxis och Sveriges Kommuners och Regioners (SKR) riktlinjer. Någon närmare specificering av vad Kommunen lagt till grund för bedömningen har inte förts fram.
59. Konkurrensverket kan konstatera den praxis som har redogjorts för ovan fanns även vid tillfället för ingåendet av Avtalet. Avseende SKR:s riktlinjer, har SKR den 31 mars 2022 publicerat ett tillägg på sin hemsida om att riktlinjerna bör tillämpas med försiktighet med anledning av pågående rättsprocesser. Det åligger dock alltid den upphandlande myndigheten att göra en egen självständig bedömning av kontraktets huvudsakliga ändamål i det enskilda fallet.
60. Vidare kan hyresundantaget inte anses vara tillämpligt enbart på grund av att det skulle vara fråga om hyra av en befintlig byggnad. Av förarbetena till LOU framgår att begreppet befintlig byggnad i undantagsbestämmelsen syftar till att undantaget inte är tillämpligt när det är fråga om ett byggtreprenadkontrakt.³⁷ Det går dock inte att tolka ordalydelsen i undantagsbestämmelsen på så vis att undantaget blir direkt tillämpligt vid fråga om hyra av befintlig byggnad. Tvärtom ska frågan om

³⁴ Prop. 2015/16:195 s. 946.

³⁵ 2 kap. 1 § LOU. Se även Kammarrätten i Stockholms domar den 2 november 2022 i mål nr 9369-21 och 9370-21 och prop. 2015/16:195 s. 362 och 946, angående att hyresavtal är tjänsteavtal.

³⁶ 2 kap. 2 § LOU. Se även Impresa Pizzarotti, p. 41.

³⁷ Se prop. 2015/16:195 s. 968 och jfr prop. 2006/07:128 del 1 s. 290 f (ÄLOU).

vad som anses utgöra ett byggentreprenadkontrakt ges en bred innebörd för att uppfylla ändamålet med upphandlingslagstiftningen.³⁸

61. Det är i målet inte heller enbart fråga om hyra av en befintlig byggnad eftersom kontraktet även innefattar en omfattande tillbyggnation. Även om den övervägande delen av de byggentreprenadarbeten som ska genomföras inom ramen för kontraktet avser arbeten i befintlig byggnad, är det ca 29 procent av befintlig yta som byggs till genom uppförandet av modulerna. Det är alltså en väsentlig del av ytan som utökas med nya lokaler. Det omedelbara syftet med Avtalen kan därför inte anses vara att hyra lokaler.³⁹
62. Det är vidare Kommunens behov som har initierat byggentreprenaderna, och det finns inget som har framkommit i utredningen som talar för att arbetena på något vis skulle vara hyresvärdsdrivna. Det är således Kommunens behov av specifikt utformade lokaler anpassade för den verksamhet som kommunen avser att bedriva som tillgodoses genom byggentreprenadarbetena.⁴⁰ Eftersom byggnadsverket, vid tidpunkten för Avtalets ingående, ännu inte hade realiserats menar Konkurrensverket att det talar för att det huvudsakliga syftet med Avtalen är realisationen av byggnadsverket.
63. Ändamålet med Avtalet i sin helhet är att lokalen ska omfatta totalt 1 537 kvadratmeter yta för att användas för verksamhet avseende en anpassad grundskola. Lokalerna har behövt anpassas för att användas till annat verksamhetsföremål, än vad lokalerna initialt var ämnade för, från gymnasieskola till anpassad grundskola.⁴¹ De ingrepp som ombyggnationen innebär har således varit helt nödvändiga för den verksamhet som Kommunen har för avsikt att bedriva i lokalerna. Det är således nödvändigt för Leverantören att utföra ombyggnationen, inklusive tillbyggnationen, för att kunna hyra ut lokalen i sin helhet och till avsett ändamål. Därmed är den del av Avtalet som avser hyra av kompletterande karaktär.
64. Storleken på leverantörens ersättning eller frågan om hur betalning sker är, som har nämnts, inte avgörande vid bedömningen, men dessa förhållanden saknar inte betydelse. Värdet av byggentreprenaden utgör närmare 50 procent av det totala värdet av upphandlingen, eftersom värdet av Tilläggsavtalet i sin helhet avser reglering av kostnaderna för byggentreprenadarbetena. Vidare har slutlig tilläggshyra ännu inte

³⁸ Mål C-399/98, La Scala, p. 52. Se även Generaladvokatens förslag till avgörande i målet Impresa Pizzarotti, p. 53–60, särskilt p. 58.

³⁹ Jfr mål C-536/07, KölnMesse, p. 56.

⁴⁰ Jfr artikel 1 b) i direktiv 2004/18/EG och prop. 2015/16:195 s. 344.

⁴¹ Jfr Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 26 januari 2021 i mål nr 13760-20.

fastställts, vilket kan föranleda att värdet av byggentreprenaden överstiger den del av värdet av Avtalen som avser hyran. Den ansenliga del som avser kostnaderna för byggentreprenadarbeten talar även detta starkt för att Avtalet inte kan betraktas som ett hyreskontrakt.⁴²

65. Det framgår således av utredningen att de övervägande huvudprestationerna i Avtalet är anpassningen av befintliga lokaler och uppförandet av modulerna. Hyran av lokalerna är därmed av kompletterande karaktär.⁴³
66. Mot bakgrund av det anförda, kan byggentreprenadarbetena vid en helhetsbedömning av omständigheterna inte anses vara av underordnad betydelse i förhållande till hyresdelen. Avtalens huvudsakliga syfte är således byggentreprenaden. Konkurrensverkets bedömning är därmed att Avtalen rättsligt ska klassificeras som ett byggentreprenadkontrakt.
67. Eftersom Avtalen avser ett byggentreprenadkontrakt är inte hyresundantaget tillämpligt.⁴⁴

Avtalet omfattas av huvudregeln om krav på annonserad upphandling

68. Då Avtalshandlingarna utgör ett avtal om byggentreprenad, är inte Avtalet undantaget från kravet på en annonserad upphandling på grund av det så kallade hyresundantaget. Under förutsättning att värdet av upphandlingen inte understiger direktupphandlingsgränsen borde det alltså ha annonserats.

Avtalet utgör en otillåten direktupphandling

Rättsliga förutsättningar

69. Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.⁴⁵ En upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.⁴⁶
70. För upphandlingar av ett värde som understiger gällande tröskelvärde, ska upphandling ske enligt bestämmelserna i 19 kap. och 19 a kap. LOU. Det framgår av dessa bestämmelser att en upphandling som huvudregel

⁴² Se Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 26 januari 2021 i mål nr 13760-20. Jfr även mål C-536/07, KölnMesse, p. 60–61.

⁴³ Kommissionen mot Italien, p. 48–51. Se även Gestión Hotelera Internacional, p. 29.

⁴⁴ 3 kap. 19 § LOU.

⁴⁵ 4 kap. 1 § första meningen LOU.

⁴⁶ 4 kap. 2 § LOU.



ska annonseras.⁴⁷ Det framgår vidare att upphandlande myndighet under vissa förutsättningar får göra undantag från annonseringskravet och direktupphandla enligt bestämmelserna i 19 a kap. För upphandlingar som överstiger direktupphandlingsgränsen gäller att direktupphandling, under vissa förutsättningar, kan ske till följd av olämpliga anbudsansökningar eller anbud, ogiltiga eller oacceptabla anbud, vid synnerlig brådska och i vissa andra fall samt i samband med överprövning.

71. Det är den upphandlande myndigheten som måste visa att alla villkor i en bestämmelse om undantag från annonseringsskyldigheten är uppfyllda.⁴⁸ Detta innebär att den upphandlande myndigheten måste kunna presentera bevis för att berättiga tillämpningen av undantaget.⁴⁹ Generella uttalanden är inte tillräckliga, utan det krävs utförliga förklaringar för att uppfylla bevisbördan.⁵⁰

Konkurrensverkets bedömning

72. Kommunen har uppskattat värdet för respektive avtal enligt följande, där samtliga belopp anges exklusive mervärdesskatt:
- Huvudhyresavtalet: 16 674 000 kronor på tio år.
 - Tilläggsavtalet: 16 562 723 kronor på tre år.
 - Modulhyresavtalet: 1 827 600 kronor på tre år.
73. Det har inte under utredningen framkommit något klart uppskattat värde avseende Uppdragsbekräftelsen, och det har inte heller framkommit att det har skett någon utbetalning av ersättning för denna. Konkurrensverket har dock inte funnit skäl att närmare utreda något uppskattat värde för detta dokument, då den ersättning som kommer att utgå nästan helt torde omfatta de ovan nämnda avtalshandlingarna. Konkurrensverket har inte heller funnit skäl att ifrågasätta det av kommunen uppskattade värdet i övrigt.
74. Konkurrensverket har bedömt att det är fråga om ett enda offentligt kontrakt, varför det uppskattade värdet av upphandlingen måste beräknas till summan av värdet av Avtalshandlingarna, dvs. totalt 35 064 323 kronor.

⁴⁷ 19 kap. 6 § LOU.

⁴⁸ Mål 199/85 Kommissionen mot Italien, p. 14; jfr även HFD 2017 ref. 74.

⁴⁹ Se bl.a. mål C-318/94 Kommissionen mot Tyskland, p. 13; mål C-328/92 Kommissionen mot Spanien, p. 16; och mål C-57/94 Kommissionen mot Italien, p. 23. Jfr även p. 64 i generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-337/98 Kommissionen mot Frankrike.

⁵⁰ Mål C-385/02 Kommissionen mot Italien, p. 21–22. Italien hade åberopat tekniska skäl och innehållet i ett utlåtande från myndigheten för bygg- och anläggningsarbeten om att arbetena i fråga var komplicerade och vanskliga. EU-domstolen fann dock inte att detta visade att arbetet uteslutande kunde anförtros endast en leverantör.



75. Värdet av upphandlingen understiger tröskelvärdet för direktivstyrda upphandlingar av byggtreprenad, men överstiger direktupphandlingsgränsen. Då hyresundantaget inte har varit tillämpligt och upphandlingen i sin helhet således har varit upphandlingspliktigt samt då några andra undantag från annonseringskravet inte har varit tillämpliga, borde Kommunen alltså ha upphandlat Avtalet.

Upphandlingsskadeavgift

Rättsliga förutsättningar

76. Vid en otillåten direktupphandling får allmän förvaltningsdomstol efter ansökan från Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift.⁵¹
77. Det finns inga krav på att den upphandlande myndigheten ska ha agerat med uppsåt eller av oaktsamhet för att en avgift ska kunna dömas ut. Bristande kännedom om gällande rätt eller missförstånd om lagens innehåll utgör inte heller någon ursäkt för en överträdelse.⁵²
78. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde.⁵³
79. När sanktionsvärdet för en överträdelse ska fastställas tas hänsyn till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Bland annat beaktas hur klar överträdelsen kan anses vara. Detta eftersom omständigheten att exempelvis rättsläget är oklart kan påverka sanktionsvärdet i sänkande riktning. Överträdelsen ses i sådana fall som mindre allvarlig. Däremot kan sanktionsvärdet anses högre om ett avtal löper under en förhållandevis lång tid eller avser ett högt värde. Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten som exempelvis ett upprepat beteende att genomföra otillåtna direktupphandlingar kan ses som en försvårande omständighet. Att en upphandlande myndighet har drabbats av andra negativa ekonomiska konsekvenser till följd av överträdelsen kan dock i vissa fall ses som en förmildrande omständighet. Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.⁵⁴

⁵¹ 21 kap. 1 § 3 och 21 kap. 2 § LOU.

⁵² Prop. 2009/10:180 del 1 s. 193 och 368.

⁵³ 21 kap. 4 § LOU.

⁵⁴ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och jfr exempelvis HFD 2014 ref. 69 och Kammarrätten i Göteborgs domar den 20 november 2014 i mål nr 4402-14 och den 2 december 2014 i mål nr 4915-13.

80. Om det rör sig om ett ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl.⁵⁵

Konkurrensverkets bedömning

81. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling, vilket i sig talar för ett högt sanktionsvärde. Vidare kan vissa av Avtalen förlängas vid ett obegränsat antal tillfällen vilket i sig är en försvårande omständighet eftersom det kan innebära att avtalstiden sträcker sig över en mycket lång tid.
82. Konkurrensverket bedömer även att det är fråga om ett upprepat beteende då Kommunen vid ett tidigare tillfälle har varit föremål för upphandlingsskadeavgift avseende nybyggnation av en anläggning för läkemedelsrening vid Degeberga reningsverk.⁵⁶ Kommunen har bland annat anfört att den händelsen inträffade för så länge sedan att den inte borde beaktas vid bedömningen av den här överträdelsen. Den tidigare överträdelsen avsåg ett avtal som slöts den 25 januari 2019, och förvaltningsrättens dom om upphandlingsskadeavgift meddelades den 15 maj 2020. Det nu aktuella avtalet slöts drygt fyra år efter den tidigare överträdelsen, och tre år efter förvaltningsrättens avgörande i det målet. Det framgår också av dateringen av Uppdragsbekräftelsen att förfarandet som ledde fram till det avtal som denna ansökan avser, påbörjades senast den 28 november 2022. Konkurrensverket menar därför att den tidigare överträdelsen inte ligger så långt tillbaka i tiden att det inte finns skäl att beakta denna. Konkurrensverket anser därför att det föreligger försvårande omständigheter som ska påverka storleken på upphandlingsskadeavgiften i skärpande riktning. Vad Kommunen har anfört om att karaktären av överträdelserna skiljer sig åt, föranleder inte någon annan bedömning. Som framgår nedan har Konkurrensverket beaktat det oklara rättsläget, och därmed frågans komplexitet, vid bedömningen av vad som är rimlig upphandlingsskadeavgift, och menar att den frågan inte hör ihop med att ett upprepat beteende ska anses utgöra en försvårande omständighet.
83. Som förmildrande faktor har Konkurrensverket vägt in hur klar överträdelsen kan anses vara mot bakgrund av det rättsläge som verket har redogjort för ovan. Vidare beaktar Konkurrensverket att enbart en del av Avtalens värde avser själva byggentreprenadarbetena. Upphandlingens värde innefattar därmed även ersättning som i ett normalt hyresförhållande bör betraktas som rena hyreskostnader.

⁵⁵ 21 kap. 5 § LOU.

⁵⁶ Se Förvaltningsrätten i Malmös dom den 13 maj 2020 i mål nr 876-20.

84. Kommunen har under utredningen anfört att hyresanpassningarna avseende ombyggnationen och moduletableringen konkurrensutsattes i enlighet med LOU. Under vissa omständigheter skulle detta kunna utgöra en förmildrande omständighet. Konkurrensverket noterar dock i denna del att såväl annonserna, förfrågningsunderlaget som utkastet till kontrakten anger Leverantören som beställare. Såvitt framgår av utredningen är det därmed Leverantören som har genomfört upphandlingen. Konkurrensverket bedömer därför att denna omständighet inte påverkar sanktionsvärdet.
85. Som framgår ovan uppgår värdet av upphandlingen av Avtalen till minst 35 064 323 kronor. Det medför att upphandlingsskadeavgiften avseende Avtalen kan uppgå till högst 3 506 432 kronor.
86. Med hänsyn till ovanstående bedömer Konkurrensverket att 1 500 000 kronor utgör en proportionerlig sanktion för den otillättna direktupphandlingen.

Tidsfristen för Konkurrensverkets ansökan

87. Vid tidpunkten för ingående av Uppdragsbekräftelsen gick det inte att utläsa att kontraktet omfattade byggtreprenad i någon form utan enbart projektering.⁵⁷
88. Hyresavtalen undertecknades den 15 maj 2023. Konkurrensverket har bedömt att Avtalet först vid ingående av hyresavtalen var att klassificera som ett byggtreprenadkontrakt. Civilrättsligt bindande avtal ingicks mellan parterna först det datumet.
89. Konkurrensverket bedömer, mot bakgrund av det anförda, att Avtalet ingicks den 15 maj 2023. En ansökan om upphandlingsskadeavgift måste ha lämnats in till domstolen inom ett år från det datumet, dvs. den 15 maj 2024.

Ansökan i original undertecknas inte egenhändigt.

Marie Östman
chefsjurist

Stefan Olsen Siri
processråd

⁵⁷ Jfr Kammarrätten i Stockholms domar den 2 november 2022 i mål nr 9369-21 och 9370-21.

Bifogas

Bilaga 1: Uppdragsbekräftelse

Bilaga 2: Huvudhyresavtal

Bilaga 3: Modulhyresavtal

Bilaga 4: Tilläggsavtal

Bilaga 5 a–y: Upphandlingsdokument, huvudentreprenad

Bilaga 6 a–t: Upphandlingsdokument, modulentreprenad