



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 4

DOM
2024-10-04
Meddelad i Malmö

Mål nr
5238-24

SÖKANDE

Konkurrensverket

MOTPART

Kristianstads kommun

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Kristianstads kommun ska betala 1 500 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Konkurrensverket yrkar att Kristianstads kommun (kommunen) ska betala 1 500 000 kronor i upphandlingsskadeavgift. Som skäl för ansökan anføres bl.a. följande. Kommunen har brutit mot 19 kap. 6 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, genom att den 15 maj 2023 ingå avtal om ombyggnad och hyra av lokaler för anpassad skola med Intea Näsby AB (Intea) utan att genomföra en annonserad upphandling, trots att det inte förelegat förutsättningar för detta. Kommunen har med detta genomfört en otillåten direktupphandling.

Avtalshandlingarna utgör tillsammans ett enda avtal

Avtalet består av fyra handlingar. Ett med rubriken uppdragsbekräftelse, två hyresavtal (huvudhyresavtalet och modulhyresavtalet) och ett tilläggsavtal. Dessa handlingar ligger tillsammans till grund för ansökan. 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. Konkurrensverket anser att avtalshandlingarna tillsammans utgör en enda handling. Avtalshandlingarna har samma ändamål och syftar till att tillgodose samma behov; lokaler för anpassad grundskola. Avtalshandlingarna som enskilda kontrakt är ingångna mellan samma parter och är kopplade till varandra genom att de kostnader som leverantören har för projekteringen enligt uppdragsbekräftelsen och för iordningställandet av moduler enligt modulhyresavtalet ersätts genom tilläggshyran, samt att det i hyresgäst Anpassningen även ingår vissa arbeten avseende modulerna. Det framgår 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. 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.

Kommunen anser att avtalen utgör flera separata avtal och påstår att kommunen upphandlat entreprenaden i enlighet med LOU. Det framgår att upphandlingarna i målet har haft Intea som beställare och beslut om tilldelning har också fattats av bolaget. Det är alltså inte kommunen som varit upphandlande myndighet i upphandlingarna. Enligt LOU gäller lagen för upphandlingar som genomförts av en upphandlande myndighet.

Avtalet är ett avtal om byggentreprenad

Avtalet omfattar såväl hyra av lokal, som byggentreprenad och är därmed ett s.k. blandat kontrakt. Upphandlingen ska därför genomföras i enlighet med bestämmelserna för det slag av upphandling som är huvudföremålet för kontraktet. Kommunen anför 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. byggentreprenadarbetena. Att parterna har rubricerat några avtalshandlingar Hyreskontrakt för lokal är inte avgörande för bedömningen. Hyresundantaget kan 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 undantagsbestämmelserna syftar till att undantaget inte är tillämpligt när det är fråga om ett byggentreprenadkontrakt. Det går dock inte att tolka ordalydelsen i undantagsbestämmelserna på så vis att undantaget blir direkt tillämpligt vid fråga om hyra av befintlig byggnad. Tvärtom ska frågan om vad som anses utgöra ett byggentreprenadkontrakt ges en bred innebörd för att uppfylla ändamålet med upphandlingslagstiftningen. 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 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. Ändamålet med avtalet i sin helhet är att lokalen ska omfattat totalt 1 537 kvadratmeter yta för att användas för verksamhet avseende en anpassad grundskola. Lokalerna har behövt anpassas. Det har rört sig om en ombyggnation specifikt anpassad för den verksamhet som kommunen avsåg att bedriva i lokalerna. Ombyggnationen har varit helt nödvändig för den verksamhet som kommunen ska bedriva. Ombyggnation och tillbyggnationen har varit helt nödvändiga för att kunna hyra ut lokalen i sin helhet och till avsett ändamål. Den del av avtalet som avser hyra är därmed av kompletterande karaktär.

Storleken på leverantörens ersättning eller frågan om hur betalning sker är inte avgörande för bedömningen, men 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. Den ansenliga del som avser kostnaderna för byggentreprenadarbeten talar även detta starkt för att avtalet inte kan betraktas som ett hyreskontrakt.

Mot denna bakgrund är det Konkurrensverkets bedömning att avtalen rättsligt ska klassificeras som ett byggentreprenadkontrakt. Eftersom avtalen avser ett byggentreprenadkontrakt är inte hyresundantaget tillämpligt. Avtalen är därmed inte undantaget kravet på en annonserad upphandling. Under förutsättning att värdet av upphandlingen inte understiger direktupphandlingsgränsen borde den alltså ha annonserats.

Upphandlande myndigheter kan under vissa förutsättningar göra undantag från huvudregeln om annonseringskrav och direktupphandla. För upphandlingar

som överstiger direktupphandlingsgränsen gäller att direktupphandling kan ske under vissa förutsättningar. Det är den upphandlande myndigheten som måste visa att undantag för annonseringsplikten föreligger.

Avtalet utgör en otillåten direktupphandling

Kommunen har uppskattat värdet enligt följande där alla belopp anges exklusive mervärdesskatt.

- Huvudavtalet 16 674 000 kr på tio år
- Tilläggsavtalet 16 562 723 kr på tre år
- Modulhyresavtalet 1 827 600 kr på tre år

Något uppskattat värde av Uppdragsbekräftelsen har inte framkommit. Konkurrensverket har inte funnit skäl att ifrågasätta det av kommunen uppskattade värdet av avtalen. Konkurrensverket har funnit att det är fråga om ett enda offentligt kontrakt, varför det uppskattade värdet av upphandlingen måste beräknas till summan av värdet av avtalshandlingarna dvs. 35 064 323 kr. Värdet av upphandlingen understiger tröskelvärdet för direktivstyrda upphandlingar av byggentreprenad, men överstiger direktupphandlingsgränsen. Då hyresundantaget inte har varit tillämpligt och upphandlingen i sin helhet således varit upphandlingspliktig samt då några andra undantag från annonseringskravet inte har varit tillämpliga, borde kommunen alltså ha upphandlat avtalet.

Upphandlingsskadeavgift

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. Härtill ska

läggas 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. Det föreligger därför försvårande omständigheter som ska påverka upphandlingsskadeavgiften i skärpande riktning.

Som förmildrande faktor har Konkurrensverket vägt in hur klar överträdelsen kan anses vara mot bakgrund av rättsläget. 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.

Värdet av upphandlingen av avtalen uppgår till minst 35 064 323 kr, vilket medför att upphandlingsskadeavgiften avseende avtalen kan uppgå till högst 3 506 432 kr. Konkurrensverket bedömer att 1 500 000 kr utgör en proportionerlig sanktion för den otillåtna direktupphandlingen.

Övrigt

Det har inte framkommit att i målet att konkurrensen på marknaden brustit på ett sådant sätt att det har utgjort en omständighet som kan utgöra skäl för en direktupphandling. Konkurrensverket delar inte kommunens uppfattning om att ansökan går utöver gällande rätt.

Tidsfristen för Konkurrensverkets ansökan

Vid tidpunkten för ingående av uppdragsbekräftelsen gick det inte att utläsa att kontraktet omfattade en byggentreprenad i någon form utan enbart projektering. Hyresavtalen undertecknades den 15 maj 2023. Konkurrensverket har bedömt att avtalet först vid ingående av hyresavtalen var att klassificera som ett byggentreprenadkontrakt. Civilrättsligt bindande avtal ingicks mellan

parterna först detta datum. Avtalet ingicks den 15 maj 2023. En ansökan om upphandlingsskadeavgift måste lämnas in till domstol inom ett år från det datumet.

Ansökan om upphandlingsskadeavgift har getts in i rätt tid. Konkurrensverkets uppfattning är att ett för parterna bindande avtal ingicks den 15 maj 2023. Det fanns ingenting i uppdragsbekräftelsen som förband någon av parterna till vare sig lokalhyran eller byggentreprenaden, varför datumet för avtalets tillkomst är detsamma som dagen för de sist undertecknade avtalshandlingarna, vilket är den tidpunkt då den civilrättsliga bundenheten infann sig. Konkurrensverket vidhåller därmed sin inställning att ansökan getts in i tid.

Kommunen yrkar i första hand att Konkurrensverkets ansökan ska avvisas då den inte inkommit i rätt tid. I andra hand yrkar kommunen att ansökan ska avslås. För det fall att domstolen skulle komma fram till att kommunen genomfört en otillåten direktupphandling ska överträdelsen bedömas som mindre allvarlig och upphandlingsskadeavgift ska inte dömas ut alternativt sättas ned. Kommunen anför därvid bl.a. följande.

Fatalietid

Det är kommunens uppfattning att förfallodag för ansökan om upphandlingsskadeavgift är den 17 januari 2024, eftersom uppdragsbekräftelsen vid samma datum 2023 undertecknades och blev civilrättsligt bindande. Det anges på uppdragsbekräftelsens första sida att projekteringen avser ombyggnad och lokalanpassning, att förfrågningsunderlag för totalentreprenad ska upprättas samt genomförandet av byggentreprenad. Det framstår som uppenbart att projekteringen syftar till att byggentreprenad ska ske. Ansökan om upphandlingsskadeavgift har därmed inkommit för sent.

Bakgrund

Kommunen hade till terminsstart 2023 behov av lokaler för anpassad skola. Kommunen hade redan tidigare bedrivit skolverksamhet i den lokal som är aktuell i målet. Lokalen var emellertid mycket nedgången och i behov av uppfräschning, renovering samt viss anpassning. Det kan dock konstateras att oaktat verksamhetsföremål hade lokalen krävt en större renovering för att kunna uthyras i ett godtagbart skick. Eftersom verksamhetsföremålet dock var detsamma och lokalen skulle vara tillgänglig, var det naturligt att ingå hyresavtal med hyresvärden. Det stod från början klart för kommunen att rättsläget var oklart gällande hyresundantaget i LOU och frågan hanterades ett flertal gånger internt, eftersom rättsprocesser pågick som skulle kunna leda till vägledande praxis. Kommunen behövde dock fatta beslut om hur man skulle gå till väga, eftersom fråga var om en känslig elevgrupp som inte kunde förväntas byta skollokal upprepade gånger. I det interna arbetet användes SKR:s riktlinje som vägledning, även om kommunen var klar över den försiktighet som uppmanades till. Det får således framhållas att kommunen genomlyste flera olika tillvägagångssätt för att på ett korrekt sätt tillgodose sitt behov av skollokal och valde vad man uppfattade som mest korrekt. Det är riktigt att kommunen tecknat uppdragsbekräftelse under januari 2023 samt hyres- och modulavtal under maj 2023.

Oklart rättsläge

Rättsläget var vid avtals ingående och är alltså oklart gällande tillämpning av hyresundantaget. Svensk praxis har intagit en snäv tolkning men EU-rätten är något mer generös. Det saknas närmare klaganden från svensk rätt om hur undantaget ska tillämpas korrekt. Kommunen gör dock gällande att de renoverings- och anpassningsarbeten som avtalats, inte kan anses gå utöver vad en annan skolhuvudman hade kunnat förväntas ställa som krav på lokalen inför en förhyrning. Det är kommunens uppfattning att de krav som uppställs har

varit förenliga med domstolens uttalanden om vad som ligger inom ramen för hyresundantaget i Wiener Wohnen-målet. Kommunen har således inte ställt krav som går utöver vad en annan skolhuvudman hade kunnat förväntas ställa på en skolbyggnad för anpassad skola. Kommunen har inte heller ställt inredningskrav som skiljer sig från andra anpassade skolor gällande karaktär eller omfattning. Det kan vidare konstateras att kommunens inflytande inte varit avgörande på något påtagligt sätt, då exempelvis modulernas utformning och gestaltning avviker från kommunens förslag. Den befintliga byggnaden har endast anpassats genom mindre interiöra ändringar.

Delbart kontrakt och huvudsaksprincipen

Kommunen gör vidare gällande att det i målet handlar om flera kontrakt och inte ett odelbart kontrakt. Kommunen menar därför att hyresundantaget är tillämpligt på hyresavtalet, men övriga avtal har upphandlats och tilldelats enligt LOU, eftersom kommunen ville göra vad som, vid tidpunkten, fick betraktas som mest korrekt. Det var kommunens avsikt att tillgodose sin upphandlingsplikt, vilket styrks av förfrågningsunderlaget. Det är således inte riktigt att dra slutsatser av att Intea angivits som beställare, utan syftet med upphandlingen var att tillgodose kommunens upphandlingsplikt och det är kommunen som är den upphandlande myndigheten. Vidare annonserades upphandlingen i kommunens upphandlingssystem som Intea fick tillgång till via gästnlogning. Samråd skedde också mellan Intea och kommunen vid utvärdering och tilldelning. Det framstår därför som tydligt att kommunen fullgjort sin skyldighet som upphandlande myndighet.

Även för det fall att domstolen skulle betrakta de avtal som ingåtts i aktuellt mål som ett odelbart kontrakt anser kommunen att hyresundantaget ändå blir gällande. Enligt huvudsaksprincipen är det kommunens uppfattning att hyresavtalet är det huvudsakliga i aktuellt mål. Det bakomliggande behovet har varit att förhyra lokal och hyresavtalets kostnad överstiger också

byggentreprenadens. Hyresavtalet sträcker sig också över en längre tid, vilket talar för att detta avtal är det huvudsakliga. Eftersom hyresavtalet varit det huvudsakliga är det också reglerna för detta som ska gälla, varför hyresundantaget blir tillämpligt.

Verksamhetsföremålet

Kommunen bestrider Konkurrensverkets påstående om att verksamhetsföremålet förändrats på grund av lokalanpassningen. Verksamhetsföremålet var tidigare skola och är alltjämt skola. Att särskilja gymnasieskola och anpassad skola på det sätt som Konkurrensverket gör är inte rimligt. En anpassad skola kan naturligen behöva viss tillgänglighetsanpassning men denna går inte utöver vad en annan skola med elever som har funktionsvariation kan förväntas ha. Den anpassning som gjorts är inte så unik eller annorlunda att annan hyresgäst t.ex. någon friskolekoncern, inte skulle kunna bli aktuell.

Konkurrensbegränsning

Rent allmänt får kommunen ifrågasätta konkurrensverkets mycket snäva tolkning av hyresundantaget i LOU. En strängare praxis gällande hyresundantaget skulle innebära att få offentliga aktörer skulle våga tillämpa hyresundantaget och skulle dessutom gå långt utöver EU-domstolens praxis. Den strängare tolkningen skulle riskera att begränsa antalet potentiella hyresvärdar, då väldigt få aktörer på hyresmarknaden har tillgängliga lokaler som är anpassade för de speciella verksamheter som exempelvis en kommun bedriver. Sammantaget skulle en inskräpning av praxis för hyresundantaget när det gäller anpassning av befintlig byggnad innebära en mycket stor och försvårande förändring för samtliga upphandlande myndigheter i Sverige.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek

Det belopp som Konkurrensverket yrkat som upphandlingsskadeavgift är för högt. Kommunen har inte överhuvudtaget haft anledning att befara att man genom de ingångna avtalen skulle göra sig skyldig till en otillåten direktupphandling. För det fall att man varit i ond tro gällande detta hade rimligen inte heller byggtreprentaden upphandlats. Oklart rättsläge anges just som en grund för nedsättning av upphandlingsskadeavgift i praxis.

Sammanfattningsvis gör kommunen gällande att hyresundantaget har varit tillämpligt och att man inte genomfört en otillåten direktupphandling.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Inledningsvis konstaterar förvaltningsrätten att upphandlingen i fråga påbörjades före den 1 januari 2024 och att lydelsen rörande upphandlingsskadeavgift i 21 kap. LOU före den 1 januari 2024 därför är tillämplig i detta mål (jfr punkten 2 i övergångsbestämmelserna till lag (2023:815) om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling).

Har ansökan inkommit i rätt tid?

När det först gäller frågan om Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift inkommit i rätt tid gör förvaltningsrätten följande bedömning.

Av 21 kap. 7 § LOU framgår att om ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 20 kap. LOU ska en ansökan om upphandlingsskadeavgift ha inkommit till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts.

Konkurrensverket anför att det först den 15 maj 2023 ingicks ett civilrättsligt bindande avtal mellan parterna och att ansökan ska ha lämnats in till domstolen inom ett år från det datumet dvs. senast den 15 maj 2024.

Kommunen anför att ett bindande avtal träffats redan den 17 januari 2023 då uppdragsbekräftelsen undertecknades och blev civilrättsligt bindande och att ansökan, som borde ha inkommit senast den 17 januari 2024, har inkommit för sent.

Av uppdragsbekräftelsen framgår att Intea ska utföra projektering inför ombyggnad och lokalanpassning av byggnad samt ta fram förfrågningsunderlag för totalentreprenad. Vidare framgår att bl.a. att uppdragsplanering, handläggning och egenkontroll ingår i arbetet. Det anges också att genomförandet av byggentreprenaden ska föräledas av ett upphandlingsförfarande enligt LOU samt att ett samarbetsavtal ska tecknas innan entreprenaden ska ske. Det framgår dock inte av uppdragsbekräftelsen vem som ska utföra entreprenaden eller vad den innehåller. Vilken ersättning som ska utgå finns inte heller upptaget i handlingarna. Dessa uppgifter framgår däremot i de avtal som tecknades den 15 maj 2023. Parterna förband sig då till så väl lokalhyra som byggentreprenad och ett civilrättsligt giltigt avtal träffades mellan parterna. Det är alltså enligt förvaltningsrättens bedömning, inom ett år från den 15 maj 2023 som en ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha inkommit till domstolen. Ansökan om upphandlingsskadeavgift inkom den 13 maj 2024 och har därmed inkommit i tid.

Ett eller flera kontrakt

Den första frågan som därefter måste besvaras är om avtalshandlingarna ska ses som ett avtal eller, så som kommunen anför, fyra separata kontrakt.

Utifrån det som framkommit i målet är huvudsyftet med avtalen mellan parterna att tillgodose samma behov nämligen lokaler för en anpassad grundskola. De enskilda kontrakten är ingångna mellan samma parter. Av EU-domstolens praxis framgår att ett kontrakt som avser uppförande av en byggnad eller ombyggnation av en befintlig byggnad och därefter hyra av densamma är att betrakta som en odelbar enhet (jfr Mål C-536/07 kommissionen mot Tyskland (KölnMesse)). Förvaltningsrätten delar därför Konkurrensverkets bedömning om att de olika kontrakten ska ses som en enhet, dvs. ett avtal.

Utgör avtalet ett byggtreprenadkontrakt eller ett hyresavtal?

Rättslig reglering

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 byggtreprenad (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 realiserar, 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 byggentreprenader 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 byggentreprenad 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 byggentreprenad i form av uppförande av byggnadsverk även innefattar hyra av lokalerna ska kontraktet behandlas som ett byggentreprenadkontrakt 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 byggentreprenadkontrakt 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 byggentreprenad, och inte hur stor ersättning leverantören får eller hur denna betalning sker. Omständigheter som talar för att ett avtal ska kvalificeras som ett offentligt byggentreprenadkontrakt 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 samt mål C-537/19, Wiener Wohnen, p. 51).

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 byggtreprenad och av en annan typ av kontrakt (EU-domstolens dom i mål nr C-213/13 p. 40 och 41).

Av EU-domstolens praxis framgår även att ett avgörande inflytande kan fastställas om det kan visas att detta inflytande har utövats över byggnadens arkitektoniska utformning såsom dess storlek, dess yttre väggar och dess bärande väggar. De krav som avser inredning kan endast anses visa ett avgörande inflytande om de skiljer sig åt på grund av sin specifika karaktär eller omfattning (jfr EU-domstolens dom i mål C-537/19, Wiener Wohnen, p. 53).

Förvaltningsrättens bedömning

Avtalet i fråga består av fyra olika avtalshandlingar däribland en uppdragsbekräftelse, två hyresavtal samt ett tilläggsavtal.

Enligt tilläggsavtalet omfattas den hyresgästanpassning som krävs för att skolan ska kunna tas i bruk som anpassad grundskola av avtalet. Ersättning för utförd hyresgästanpassning ska erläggas i form av tilläggshyra. Enligt avtalet har hyresvärden (Intea) och hyresgästen (kommunen) tillsammans tagit fram förfrågningsunderlag för upphandlingen enligt LOU. Hyresgästen har enligt avtalet varit ansvarig för kravställande i alla delar utom avseende myndighetskrav. Hyresvärden har därefter genomfört upphandling enligt LOU och tilldelat entreprenör. Av handlingarna i målet framgår att upphandlingarna omfattar såväl ombyggnation som tillbyggnation. Av förfrågningsunderlag framgår att ombyggnationen omfattar bl.a. ändringar i fasad såsom fönster- och dörrbyten, ändring av planlösning samt installation av avlopp, vatten, värme

och el. Tillbyggnationen innebär enligt förfrågningsunderlag för upphandlingen en ombyggnation av befintlig byggnad om ca 1 100 m², som kommer att utökas med ca 360 m².

Vid en sammantagen bedömning av det som framkommit i målet anser förvaltningsrätten att de byggentreprenadarbeten i form av ombyggnation och tillbyggnation är väsentliga och omfattande samt avser mer än bara inredning och mindre anpassningar. Utifrån det som framkommit av ritningar och kravställning är det förvaltningsrättens uppfattning att entreprenadarbetena är mer omfattande och mer långtgående än vad en hyresgäst i normalfallet kan kräva. Mot denna bakgrund kan de byggentreprenadarbeten som parterna kommit överens om ska göras inom ramen för avtalet, medföra att ett byggnadsverk realiserar i enlighet med de krav som kommunen ställt upp. Kommunen har således haft ett avgörande inflytande över byggnadsverket och dess projektering. Vid dessa förhållanden bedömer förvaltningsrätten att tilläggsavtalet är att betrakta som ett byggentreprenadkontrakt i enlighet med 1 kap. 9 § LOU.

Förvaltningsrätten konstaterar härvid 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 tjänster (hyresavtalen) som byggentreprenad. För att avgöra om det aktuella avtalet är upphandlingspliktigt enligt LOU eller undantaget från sådan upphandlingsplikt måste förvaltningsrätten ta ställning till vilken del som är huvudföremålet för kontraktet.

Kommunen anför att det huvudsakliga syftet med avtalet var att förhyra en befintlig byggnad. Konkurrensverket anser att avtalet förvisso omfattar hyresavtal men att hyresdelen är av underordnad betydelse till det huvudsakliga syftet dvs. byggentreprenadarbetena.

Förvaltningsrätten konstaterar att det i målet inte är fråga om endast hyra av befintlig byggnad utan kontraktet innefattar även ombyggnation och tillbyggnadsarbeten. Kommunen har initierat byggnadsarbetena för att tillgodose kommunens behov av anpassade lokaler för den verksamhet som ska bedrivas. Kommunen har haft ett stort inflytande över kravställning och därmed genomförandet av ombyggnation och tillbyggnation. Att ombyggnads- och tillbyggnadsarbetena ännu inte hade realiserats vid tidpunkten för avtalets ingående har också betydelse för bedömningen. Sammantaget anser därför förvaltningsrätten att byggtreprenadarbetena inte har varit av underordnad betydelse som kommunen gör gällande utan har varit en förutsättning för att kommunen ska kunna bedriva sin verksamhet. Vid en sammantagen bedömning anser förvaltningsrätten därför att avtalets huvudsakliga syfte varit byggtreprenaden. Avtalet ska därmed anses vara ett byggtreprenadkontrakt. Vid dessa förhållanden är hyresundantaget inte tillämpligt och avtalet är inte undantaget kravet på annonserad upphandling av detta skäl. Upphandlingen kan dock vara undantagen annonseringskravet om dess värde understiger direktupphandlingsgränsen.

Utgör avtalet en otillåten direktupphandling?

Upphandlande myndigheter ska enligt 4 kap. 1 § LOU behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Av 4 kap. 2 § LOU framgår att en upphandling inte får utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

Upphandlingar vars värde understiger gällande tröskelvärde ska upphandlas enligt bestämmelserna i 19 kap. (annonspliktiga upphandlingar under tröskelvärdena m.m.) respektive 19 a kap. (direktupphandling) LOU. Under vissa förutsättningar kan upphandlingar som överstiger direktupphandlingsgränsen få direktupphandlas exempelvis vid synnerligen

brådska och i samband med överprövning. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att undantag från annonsplikten föreligger.

Kommunen har uppskattat värdet av respektive avtal till ett sammanlagt värde av 35 064 323 kr. Konkurrensverket har inte funnit skäl att ifrågasätta det av kommunen uppskattade värdet. Även förvaltningsrätten saknar skäl att ifrågasätta denna uppgift och utgår därmed från att avtalets uppskattade värde är 35 064 323 kr. Värdet understiger tröskelvärdet för direktivstyrda upphandlingar av byggtreprenader (59 880 179 kr) men överstiger direktupphandlingsgränsen (700 000 kr). Eftersom hyresundantaget inte bedömts vara tillämpligt och upphandlingen i sin helhet varit upphandlingspliktigt samt då några övriga undantag från annonseringsskyldigheten inte gjorts gällande i målet borde kommunen ha upphandlat avtalet. Upphandlingen har inte föregåtts av annonsering och utgör därmed en otillåten direktupphandling. Kommunens invändning om att en snäv tolkning av hyresundantaget verkar konkurrensbegränsande föranleder ingen annan bedömning.

Upphandlingsskadeavgift

En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kr och högst tio miljoner kr. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde (jfr 21 kap. 4 § LOU). Värdet av en upphandling är det totala belopp som ska betalas enligt de kontrakt som ingår i upphandlingen.

Konkurrensverket har ansett, mot bakgrund av avtalets uppskattade värde, att 1 500 000 kr utgör en proportionerlig sanktion för den otillåtna direktupphandlingen. Till stöd för sin bedömning har Konkurrensverket beaktat såväl förmildrande omständigheter, bl.a. rättsläget i fråga om tillämpningen av hyresundantaget, som försvårande omständigheter, upprepat beteende.

Kommunen anser att den yrkade upphandlingsskadeavgiften är för hög med hänsyn till att kommunen har gjort sitt yttersta för att fullfölja upphandlingsplikten och konkurrensutsatt de delar som bedömts vara annonspliktiga. Därtill kommer det oklara rättsläget.

Med hänsyn till vad som framkommit i målet, gällande såväl förmildrande som försvårande omständigheter, gör förvaltningsrätten bedömningen att den av Konkurrensverket yrkade upphandlingsskadeavgiften är proportionerlig.

Förvaltningsrätten bifaller därmed ansökan och beslutar att kommunen ska betala upphandlingsskadeavgift om 1 500 000 kr.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Ann-Kristin Lidström

Astrid Lindeskog har föredragit målet.