



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 5

DOM

2024-08-28

Meddelad i Stockholm

Mål nr

3202-24

SÖKANDE

Konkurrensverket

MOTPART

Nacka kommun

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket ansöker om att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 3 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, ska besluta att Nacka kommun ska betala 3 000 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

Som skäl för ansökan anger Konkurrensverket bl.a. följande. Nacka kommun har brutit mot 10 kap. 1 § LOU genom att den 20 februari 2023 ingå hyreskontrakt för lokal med Sickla Industrifastigheter KB utan föregående annonsering trots att förutsättningar för detta saknades. Det ingångna avtalet omfattar såväl hyra av lokal som byggtreprenad och är att beteckna som ett blandat kontrakt. Huvudföremålet är ett byggtreprenadkontrakt och hyresundantaget är inte tillämpligt. Det ingångna avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling. Konkurrensverkets ansökan framgår i dess helhet av bilaga 1. Bilagorna till ansökan har dock inte tagits med här.

Konkurrensverket ger in e-postmeddelande från kommunen, hyreskontrakt, planritningar och typrumsbeskrivningar.

Nacka kommun anser i första hand att ansökan ska avslås, i andra hand att upphandlingsskadeavgiften ska efterges helt och i tredje hand att storleken på avgiften ska sättas ned till högst 860 000 kr.

Kommunen för fram bl.a. följande. Huvudföremålet för kontraktet är ett hyresförhållande och därmed är hyresundantaget tillämpligt. Kontraktet medför visserligen att en byggnad realiseras, men inte på initiativ av kommunen och inte med ett sådant bestämmande inflytande att det skulle vara fråga om ett upphandlingspliktigt byggtreprenadkontrakt. Kommunen har inte varit delaktig i projekteringen, och än mindre utövat avgörande inflytande över den eller byggnadens särdrag. Kommunen är långt ifrån den enda tänkbara hyresgästen av lokalen med den nuvarande utformningen. Lokalen kan även med

lätthet ändras till en kontorslokal om någon annan hyresgäst skulle efterfråga en sådan. Det är alltså inte fråga om en byggnad av speciell karaktär och med begränsade alternativa användningsområden. De delar av avtalet som innebär att en byggnad realiseras är dessutom av underordnad betydelse i förhållande till avtalets huvudsakliga syfte, vilket är att tillförsäkra kommunen nyttjanderätt till de aktuella lokalerna. Efter tillbyggnationen består lokalen till 79,4 procent av de redan befintliga byggnaderna.

Det aktuella händelseförloppet har inletts genom att kommunen har haft dialog med hyresvärden om behov av ökad lokalyta. Syftet med dialogen var att undersöka tillgången på lämpliga befintliga lokaler i närområdet. Inga nybyggnationer har efterfrågats av kommunen och kommunen har därmed inte tagit initiativ till tillbyggnaden. Vid tidpunkten för den initiala dialogen kände kommunen inte ens till hyresvärdens möjlighet att nyttja byggrätten. Kommunen har visserligen kommunicerat sitt lokalbehov med hyresvärden i form av en specifikation, men de behov som har beskrivits där avser snarast lokalens kapacitet vad gäller elever och personal, och omfattar inga specifika krav på byggnadens utformning.

Det är hyresvärden som därefter har tagit initiativ till tillbyggnation. Den lösning som hyresvärden erbjöd var inte framtagen för att tillgodose kommunens behov utan hade tagits fram för en annan hyresgästs räkning och behov. Hyresvärden har presenterat ett helhetskoncept innehållande ritningar och annat underlag. Det koncept som hyresvärden på eget initiativ presenterade omfattade såväl byggnadens visuella uttryck och arkitektoniska utformning som inredningen. Det är alltså inte fråga om en byggnad som tagits fram utifrån krav eller specifikationer från kommunen. Det hade inte heller gått att projektera en byggnad utifrån det behov som kommunen hade kommunicerat eftersom detta var uttryckt i form av hur många ytterligare elever som kommunen önskade erbjuda plats och hur många rum detta antal krävde. Att hävda att ett uttryckt behov av utökad yta för att ta emot fler elever i sig skulle

ha arkitektonisk innebörd torde vara svårt i förhållande till samtliga exempel som EU-domstolen lyfter i praxis. Kommunens totala beräknade behov uppgick till som mest 1500 kvm, medan den planerade lokalytan i tillbyggnationen uppgår till över 2 100 kvm. Det är alltså inte kommunens behov som har avgjort storleken på byggnaden, utan uteslutande hyresvärdens affärsmässiga överväganden. Hyresvärden var nämligen inte intresserad av att göra den investering som nybyggnationen innebar utan att utnyttja hela byggrätten. Kommunen har således inte utövat ett avgörande inflytande på byggnadens storlek. När det gäller de yttre och de bärande väggarna har kommunen inte haft några synpunkter, önskemål, krav eller behov. Dessa har i stället utformats helt av hyresvärden i det koncept som denne återanvände och erbjöd kommunen.

Kommunen har därefter accepterat hyresvärdens helhetskoncept. Kommunen hade visserligen kunnat välja att inte alls acceptera hyresvärdens förslag på konceptlösning, men det är knappast fråga om en reell valmöjlighet eftersom kommunen behövde utökad lokalyta och förslaget tillgodosåg detta behov. Av avtalet framgår att parterna efter tecknandet ska ta fram bilagor vilka ”illustrerar parternas överenskommelse” samt att ”parterna gemensamt har arbetat fram utformning av lokalen”. Mot bakgrund av att kommunen i det läget redan hade undertecknat ett bindande hyreskontrakt (med hyresnivåer baserat på det helhetskoncept som hyresvärden tagit fram och kommunen accepterat) är utrymmet för ändringar i förhållande till det koncept som hyresvärden tagit fram begränsat. Kommunen har inte enligt avtalets lydelse ägt rätt eller ens möjlighet att ensamt bestämma över lokalens utformning, och har därmed varken haft eller behållit kontrollen över denna. Den utformning av lokalen som regleras i avtalet tar sikte på sådana mindre anpassningar som ligger inom ramen för sedvanliga hyresgästanpassningar eftersom det underlag och de ritningar som hyresvärden självständigt hade tagit fram redan i allt väsentligt angav hur tillbyggnaden skulle se ut utvändigt och hur den var disponerad invändigt.

Innan avtalet undertecknades genomfördes en hyresförhandling. Denna förhandling omfattade sådana villkor som normalt sett förhandlas i alla hyresavtal (oavsett om de avser befintliga eller icke befintliga lokaler) såsom hyresnivåer, hyrestid, ansvarsfördelning, underhållsansvar och lokalens skick. Vad gäller tillbyggnationen förhandlades bland annat tidpunkt för färdigställande och tillträde. Detta är inte sådana villkor som påverkar byggentreprenadens särdrag eller den nya lokalens utformning, utan som garanterar hyresgästen att det finns ett objekt att nyttja för avsett ändamål vid utsatt tidpunkt. De villkor som finns i avtalet om tillbyggnationen fyller således primärt en hyresrättslig funktion och inte den funktion som Konkurrensverket hävdar.

Kommunen har inte haft för avsikt att lämna befintliga lokaler om tillbyggnationen inte hade kommit till stånd. En flytt av skolverksamheten kommer inte att vara aktuell så länge det ligger inom kommunens rådighet. Skolverksamheten är mycket populär, och det attraktiva läget i Sickla köpkvarter med närhet till tvärbana och annan kollektivtrafik är definitivt en bidragande faktor. Verksamheten har bedrivits i de aktuella lokalerna i snart två decennier och dessa är en del av skolans varumärke och bidrar till dess konkurrenskraft. Med det fria skolvalet blir även andra faktorer än utbildningens kvalitet viktiga, och det vore inte strategiskt av kommunen att frivilligt ge upp sådana fördelar som ett bra läge och fina lokaler. En omlokalisering hade även medfört betydande svårigheter för kommunen att hitta nya lokaler av lämplig storlek i ett lämpligt område med goda kollektivtrafikförbindelser.

Skälet till kommunens uppsägning av hyresavtalet med hyresvärden för villkorsändring var att hantera en andrahandshyresgäst som redan i december 2021 hade sagt upp sitt hyresavtal med kommunen för villkorsändring. Andrahandshyresgästens uppsägning i förhållande till kommunen

föranledde därför att kommunen behövde öppna upp förhandlingsmöjligheter samt hantera och säkerställa korrekta hyresvillkor både i förhållande till kommunens andrahandshyresgäst och till hyresvärdens. Hyresvärdens uppsägning för villkorsändring som bland annat innebar en förlängd hyrestid till tio år föranledde exempelvis att kommunen återspeglade en motsvarande villkorsuppsägning i förhållande till andrahandshyresgästen.

Kommunen ger in handlingar som avser uppsägning av hyresavtal för villkorsändring.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering

Den 1 januari 2024 trädde vissa ändringar i LOU i kraft som berör bl.a. upphandlingsskadeavgift. Enligt övergångsbestämmelserna till lagändringarna (SFS 2023:815) gäller äldre bestämmelser för sådana upphandlingar som har påbörjats innan ikraftträdandet. Eftersom den upphandling som är aktuell i målet påbörjades innan den 1 januari 2024 är det bestämmelserna i dess lydelse innan det datumet som är tillämpliga i målet. Förvaltningsrätten redogör nedan i tillämpliga fall för bestämmelserna i dess tidigare lydelse.

Med upphandling avses de åtgärder som vidtas i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggentreprenader genom tilldelning av kontrakt. Detta framgår av 1 kap. 2 § LOU.

I 10 kap. 1 § LOU anges att en upphandlande myndighet genom en anbudsinfordran ska informera om sin avsikt att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal. En anbudsinfordran ska göras genom en annons om upphandling.

Enligt 21 kap. 1 § 3 LOU får allmän förvaltningsdomstol besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift), om myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt bl.a. 10 kap. 1 § LOU.

Ett kontrakt som avser flera olika slag av upphandling (varor, tjänster eller byggtreprenader eller olika slag av tjänster) som alla regleras i LOU utgör ett blandat kontrakt. Detta framgår av 2 kap. 1 § första stycket 1 LOU. Sådana kontrakt regleras i 2 kap. 2 § där det framgår att upphandlingen som huvudregel ska genomföras i enlighet med bestämmelserna för det slag av upphandling som är huvudföremålet för kontraktet.

Med byggtreprenadkontrakt avses enligt 1 kap. 9 § LOU ett kontrakt som bl.a. (p. 2) avser utförande eller både projektering och utförande av ett byggnadsverk, eller (p. 3) 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. Med byggnadsverk avses enligt 1 kap. 10 § LOU det samlade resultatet av bygg- och anläggningsarbeten, om resultatet självständigt fyller en teknisk eller ekonomisk funktion.

Av 3 kap. 19 § LOU framgår att LOU inte gäller för kontrakt som avser bl.a. hyresrätt eller någon annan rätt till fastighet. Även om sådana kontrakt är särskilt undantagna från lagens tillämpningsområde anses de ändå vara reglerade av lagen vid tillämpning av 2 kap. 1 och 2 §§ LOU (jfr prop. 2015/16:195 s. 361–363 och 946).

Av 4 kap. 2 § LOU framgår att en upphandling inte får utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och inte heller får utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

Utgångspunkten är att det är Konkurrensverket som har bevisbördan för de omständigheter som läggs till grund för att påföra en upphandlingsskadeavgift. Beviskravet är högre än vad som i allmänhet gäller inom förvaltningsprocessen. Undantag från LOU ska dock tolkas restriktivt och det är, även i mål om upphandlingsskadeavgift, den som åberopar undantaget som ska visa att det föreligger omständigheter som gör undantaget tillämpligt (jfr HFD 2017 ref. 66 och Kammarrätten i Stockholms dom den 15 februari 2021 i mål nr 1304-20).

Utredningen i målet

Av utredningen framgår bl.a. följande. Nacka kommun ingick den 20 februari 2023, utan föregående annonsering, ett kontrakt benämnt ”Hyreskontrakt för lokal” med löptiden den 1 augusti 2023–31 juli 2033. Kontraktet avser dels yta om ca 8 155 kvadratmeter som kommunen hyr sedan tidigare, dels yta om ca 2 120 kvadratmeter i en ny byggnad som hyresvärden ska låta uppföra i direkt anslutning till byggnaden i vilken den befintliga ytan är belägen. Kommunen hade vid kontraktets ingående redan tillträtt den befintliga ytan. Preliminär tillträdesdag när det gäller den tillkommande ytan är den 1 juni 2025. Under vissa förutsättningar har kommunen en option att avträda 449 kvadratmeter av den redan befintliga ytan. Bashyran för tillträdd yta motsvarar 3 100 kr per kvadratmeter och år. Kommunen ska även betala för vissa tillägg enligt kontraktet och erhålla viss hyresrabatt.

I vissa bilagor till kontraktet anges omfattningen på den nya byggnaden. Dessa är återgivna i punkt 18 i Konkurrensverkets ansökan. Det framgår vidare av avtalets (ej bindande) bilaga 6, under rubriken ”Projekteringsfas”, att parterna i samband med framtagandet av hyresavtalet gemensamt har arbetat fram utformningen av lokalen.

Ingåendet av det kontrakt som nu är aktuellt föregicks av en dialog mellan kommunen och hyresvärden angående den kommunala skolans behov av större lokalyta. Den 28 januari 2022 sa kommunen upp ett av de tidigare hyresavtalen för villkorsändring från och med den 1 augusti 2023. Den begärda ändringen skulle innebära bl.a. att hyrestiden vid utebliven uppsägning skulle ändras från fem till ett år. Den 25 mars 2022 specificerade kommunen skolans lokalbehov i ett e-postmeddelande till hyresvärden. Denna specifikation är återgiven i punkt 5 i Konkurrensverkets ansökan. Hyresvärden har därefter, den 7 juni 2022, sagt upp samma hyresavtal för villkorsändring som kommunen tidigare sagt upp. Hyresvärden begärde bl.a. att det fr.o.m. den 1 augusti 2023 skulle vara en tioårig hyrestid och en ny hyra om 3 100 kr per kvadratmeter och år.

I november 2022 erbjöd hyresvärden kommunen att hyra lokal i direkt anslutning till de befintliga lokalerna, i en tillbyggnad som hyresvärden erbjöd sig att uppföra genom att nyttja en befintlig byggrätt på fastigheten. Hyresvärden presenterade underlag i form av bl.a. ritningar som tidigare hade tagits fram till en annan hyresgäst. Konceptet som hyresvärden presenterade har enligt kommunen innefattat såväl byggnadens visuella uttryck och arkitektoniska utformning som inredningen. Kommunen har därefter, i januari 2023, fört fram till hyresvärden att skolan är i behov av lokaler om ca 1 500 kvadratmeter i den nya byggnaden och att 500 kvadratmeter ska utgå ur det nya avtalet. Hyresvärden svarade att kommunen behöver ingå hyresavtal på hela byggrätten. Denna diskussion mynnade sedan ut i optionsrätten avseende 449 kvadratmeter.

Förvaltningsrättens bedömning

Inledande anmärkningar

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att Nacka kommun har vidtagit åtgärder i syfte att anskaffa tjänster eller byggtreprenader genom tilldelning

av kontrakt och att kommunen alltså har genomfört en offentlig upphandling. I likhet med Konkurrensverket finner förvaltningsrätten att upphandlingens värde överstiger direktupphandlingsgränsen och tillämpligt tröskelvärde för byggentreprenader. Frågan är därmed om upphandlingen skulle ha genomförts enligt regelverket för byggentreprenader, som Konkurrensverket gör gällande, eller om hyresundantaget är tillämpligt, som kommunen gör gällande.

Kontraktet avser upphandling av dels byggentreprenad, dels hyra av lokal

Förvaltningsrätten bedömer i likhet med Konkurrensverket att kontraktet som är aktuellt i målet är ett skriftligt kontrakt som innefattar förpliktelser för hyresvärderna att dels hyra ut lokaler, dels uppföra en ny byggnad. Som ersättning ska kommunen betala hyra. Det rör sig om rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär. Kommunen ska under lång tid bedriva skolverksamhet för offentligt ändamål i lokalerna. Kontraktet är därmed av direkt ekonomiskt intresse för kommunen (jfr EU-domstolens avgörande i mål C-537/19 Wiener Wohnen, p. 44 och där angiven praxis).

Förvaltningsrätten instämmer vidare i Konkurrensverkets bedömning att tillbyggnaden som ska uppföras enligt kontraktet utgör ett byggnadsverk och att kontraktet faller inom ramen för definitionen av byggentreprenadkontrakt enligt 1 kap. 9 § 2 LOU, eftersom kontraktet därmed bl.a. avser utförande av ett byggnadsverk. Trots att bilagorna 6 och 7 till kontraktet, där tillbyggnadens utformning och projektgenomförandet närmare beskrivs, inte var bindande vid tidpunkten för kontraktets ingående, bedömer förvaltningsrätten att kontraktet även avser projektering av byggnadsverket, eftersom avtalsparterna förbundit sig att komma överens i dessa delar.

Förvaltningsrätten konstaterar vidare att hyresvärdens förslag om att uppföra en tillbyggnad lämnades först efter att kommunen hade specificerat sitt behov av ytterligare lokalyta för skolverksamhet. Tillbyggnaden ska i huvudsak

motsvara kommunens specificerade behov. Det har inte framkommit att hyresvärden hade planerat att på aktuell plats, och vid samma tidpunkt, uppföra en tillbyggnad med samma utformning, innan kommunen hade framfört sitt behov av sådana lokaler. Händelseförloppet talar i stället starkt för att det var kommunens framförda behov som var styrande för byggnadens särdrag såsom skolbyggnad. Det saknar härvid betydelse att hyresvärden kunde tillgodose kommunens framställda behov genom att återanvända ritningar som tidigare hade tagits fram för en annan hyresgästs räkning.

Förvaltningsrätten gör mot denna bakgrund bedömningen att kontraktet innebär att ett byggnadsverk realiserar, enligt krav som ställs upp av en upphandlande myndighet som utövar ett avgörande inflytande över typen av byggnadsverk och över projekteringen. Kontraktet faller därmed även in under definitionen av byggentreprenadkontrakt enligt 1 kap. 9 § 3 LOU.

Upphandling av hyra av lokal är kontraktets huvudföremål

Eftersom kontraktet avser upphandling av såväl byggentreprenad som sådan hyresrätt som avses i 3 kap. 19 § LOU är det fråga om ett sådant blandat kontrakt som avses i 2 kap. 1 § första stycket 1 LOU. Det är därmed huvudföremålet för kontraktet som är avgörande för frågan om hyresundantaget är tillämpligt på upphandlingen.

Huvudföremålet för kontraktet fastställs genom en objektiv bedömning av hela den upphandling som kontraktet gäller. Detta fastställande ska ske med beaktande av de huvudprestationer som överväger och som, 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 (EU-domstolens avgörande i mål C-412/04 Kommissionen mot Italien, p. 48 och 49).

I EU-domstolens avgöranden om gränsdragningen mellan offentliga byggentreprenadkontrakt och hyreskontrakt har domstolen inte gjort någon distinktion mellan bedömningen av om ett kontrakt ska klassificeras som ett offentligt byggentreprenadkontrakt, och bedömningen av om byggentreprenad utgör kontraktets huvudföremål. Någon sådan distinktion gjordes inte heller i det äldre upphandlingsdirektivet¹ som, till skillnad från det gällande upphandlingsdirektivet², saknar artiklar om blandad upphandling. Bedömningen av kontraktets huvudinnehåll har i stället utgjort ett led i själva klassificeringen av kontraktet (se t.ex. mål C-536/07 Kommissionen mot Tyskland, KölnMesse, p. 53–63 och skäl 10 i direktiv 2004/18/EG). Förvaltningsrätten bedömer därför att samma förhållanden som medför att kontraktet uppfyller kriterierna för att utgöra ett byggentreprenadkontrakt enligt 1 kap. 9 § LOU också kan beaktas vid bedömningen av om byggentreprenad eller hyra utgör kontraktets huvudföremål enligt 2 kap. 2 § LOU. Omständigheterna att kommunen har ett avgörande inflytande över typen av byggnadsverk som ska uppföras och över projekteringen talar därmed i sig för att huvudföremålet för kontraktet är byggentreprenad.

EU-domstolen har vidare gjort bedömningen att om aktuella byggnadsverk inte ens påbörjats vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten fick förslag om att ingå ett hyresavtal ska huvudsyftet med avtalet anses vara uppförandet av byggnadsverket, vilket med nödvändighet förutsätter att det därefter hyrs ut (jfr EU-domstolens dom C-213/13, Impresa Pizzarotti, p. 42). EU-domstolens avgöranden har dock rört upphandlingar av nyttjanderätten till utrymmen som i dess helhet funnits i byggnader som ännu inte uppförts vid tidpunkten för kontraktets ingående. Det saknas dock avgöranden som avser den i förvaltningsrätten aktuella situationen, att endast en mindre del av de hyrda

¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster.

² Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

utrymmena ska vara belägna i en byggnad som ännu inte har uppförts. Förvaltningsrätten bedömer därför att den omständigheten att kontraktet uppfyller kriterierna enligt lag och praxis för att vara ett byggentreprenadkontrakt inte i sig är tillräckligt för att dra slutsatsen att byggentreprenad är kontraktets huvudföremål.

Konkurrensverket gör gällande att det huvudsakliga syftet med kommunens kontrakt är uppförandet av tillbyggnationen, dvs. byggentreprenaden. Konkurrensverket har även fört fram att syftet och ändamålet med kontraktet varit att utvidga omfattningen av det tidigare hyresförhållandet. Detta med anledning av bl.a. att kontraktet tillkom som en följd av att kommunen framställt ett önskemål om utökad lokalyta, samt att kommunen och hyresvärden innan avtalet ingicks hade sagt upp befintliga hyresavtal för villkorsändring.

Kommunen anser att kontraktets huvudsakliga syfte är att tillförsäkra kommunen nyttjanderätt till lokalerna.

Huvudföremålet med kontraktet ska, som anges ovan, bestämmas genom en objektiv bedömning av hela den upphandling som kontraktet gäller. Förvaltningsrätten bedömer därför att ändamålet med kontraktet ska bestämmas med utgångspunkt i hur kontraktet tillgodoser kommunens behov som helhet.

Förvaltningsrätten bedömer att kontraktets ändamål är att tillgodose kommunens behov av att under hyrestiden få tillgång till skollokaler av viss storlek och utformning. Kontraktet tillgodoser detta behov genom att kommunen ges rätt att nyttja skollokaler som anpassats efter kommunens önskemål. Endast ca 20 procent av kommunens behov av sådana lokaler, sett till ytan, tillgodoses av kontraktet genom att en ny byggnad realiseras. Förvaltningsrätten bedömer att den nya byggnaden inte heller är så särpräglad

att realiserandet av den, trots detta, är den prestation som är karaktäristisk för kontraktet. Den omständigheten att det är uppförandet och uthyrningen av denna tillbyggnad som utgör den huvudsakliga förändringen i förhållande till kommunens tidigare avtalsförhållande med hyresvärden medför inte någon annan bedömning. Det har inte heller visats att hyresnivån har anpassats för att ersätta hyresvärden för själva uppförandet av den nya byggnaden (jfr EU-domstolens avgörande i mål C-537/19 Wiener Wohnen, p. 52 och där angiven praxis). Inte heller har det kommit fram att upphandlingen har utformats i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde eller i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt (jfr 4 kap. 2 § LOU).

Förvaltningsrätten bedömer mot denna bakgrund att det är hyresförhållandet som är kontraktets huvudföremål. Inslaget av byggentreprenad är av underordnad betydelse till detta huvudföremål. Hyresundantaget är därmed tillämpligt och kommunen har inte haft någon skyldighet att genomföra upphandlingen med föregående annonsering. Det saknas därför grund för att påföra kommunen upphandlingsskadeavgift. Konkurrensverkets ansökan ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 2 (FR-05).

Anna Karin Andersson
Rådman

Förvaltningsrättsfiskalen Johan Landström har varit föredragande.