



KLAGANDE

Konkurrensverket

MOTPART

Nacka kommun

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 28 augusti 2024
i mål nr 3202-24, se bilaga A

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket yrkar att Nacka kommun ska betala en miljon kronor i upphandlingsskadeavgift och för fram bland annat följande. Konkurrensverket delar förvaltningsrättens bedömning att den omständigheten att kommunen haft ett avgörande inflytande över utformningen av byggnadsverket och projekteringen i sig talar för att huvudföremålet för avtalet är byggentreprenaden. I den aktuella situationen har ett behov av större lokalyta inte kunnat tillgodoses utan realiserandet av en tillbyggnation. Detta förutsätter med nödvändighet att detta byggnadsverk, tillsammans med de gamla lokalerna, därefter hyrs ut. Tillbyggnationen utgör en anseelig yta i förhållande till redan befintlig yta. Avtalet omfattar dels befintliga lokaler, dels tillbyggnationen. I den delen avtalet avser tillbyggnationen finns det inte någon byggnad att hyra om den inte uppförs. Huvudsyftet med avtalet är därför uppförandet av tillbyggnationen, det vill säga byggentreprenaden. Detta är i linje med i EU-domstolens praxis. Med förvaltningsrättens resonemang kommer byggentreprenader i form av tillbyggnationer ytterst sällan kunna utgöra huvudföremålet för ett kontrakt i en situation när en upphandlande myndighet önskar hyra befintlig och tillkommande yta. En tillbyggnation utgör regelmässigt en mindre yta och motsvarar ett mindre värde än den befintliga. Detta innebär även att en hyresgäst kan utverka flera på varandra följande tillbyggnationer av en existerande byggnad, vilket sammantaget kan utgöra en betydande yta, utan att behöva annonsera och därmed undgå upphandling. Genom att förvaltningsrätten bedömer att ändamålet med kontraktet ska bestämmas med utgångspunkt i hur kontraktet tillgodoser kommunens behov som helhet döljs betydelsen av byggentreprenaden i avtalet.

En avgift om en miljon kronor är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen, som mot bakgrund av bristande vägledning kan betraktas som mindre allvarlig i förhållande till otillåtna direktupphandlingar av normalgraden.

Nacka kommun anser att överklagandet ska avslås. För det fall kammarrätten ändrar förvaltningsrättens dom i enlighet med Konkurrensverkets överklagande yrkar kommunen att upphandlingsskadeavgiften om en miljon kronor ska efterges helt eftersom det är fråga om ett ringa fall och rättsläget är oklart. Kommunen för fram bland annat följande. Det är fråga om ett hyreskontrakt eftersom uppförandet av tillbyggnationen inte faller inom upphandlingslagstiftningens definition av byggentreprenad. För det fall det ska anses utgöra ett blandat kontrakt är huvudföremålet för kontraktet hyra. En stor del av kontraktet utgörs av ett sedan tidigare existerande hyreskontrakt avseende en befintlig byggnad. Det är kontraktets huvudföremål som avgör dess klassificering, inte förekomsten av i kontraktet ingående byggentreprenader allena. Förvaltningsrätten har helt korrekt gjort en objektiv bedömning av hela den upphandling som kontraktet gäller och funnit att huvudsyftet, oavsett inslaget av byggentreprenad, är att tillgodose tillgången till lokaler genom ett hyresavtal. Konkurrensverkets tolkning gör hyresundantagets omfattning i det enskilda fallet snävare än vad det är avsett att vara.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Av de skäl som förvaltningsrätten har angett anser även kammarrätten att det rör sig om ett blandat kontrakt som gäller både hyra av lokal och byggentreprenad där kontraktets huvudföremål, efter en objektiv bedömning av hela den upphandling som kontraktet gäller, ska bedömas vara hyresförhållandet. Inslaget av byggentreprenad är av underordnad betydelse till detta huvudföremål. Hyresundantaget i 3 kap. 19 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling är därför tillämpligt och kommunen har inte haft någon skyldighet att genomföra upphandlingen med föregående annonsering. Det saknas därför grund för att påföra kommunen upphandlingsskadeavgift och Konkurrensverkets överklagande ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (KR-09).

Catharina Lindqvist
kammarrättsråd
ordförande

Ulrika Melander
kammarrättsråd
referent

Fredrik Högstedt
tf. assessor

/Jan Sandström
föredragande jurist