

Konkurrensverket
Enheten för upphandlingstillsyn
Ert ärende dnr 224/2023
Endast per e-post till:
elin.kolbjer@kkv.se

2024-01-11
FÖRSLAG TILL YTTRANDE
Dnr: KFKS 2023-00308

Tillbyggnad av gymnasieskola Campus Sickla

Nacka kommun, genom dess kommunstyrelse ("Kommunen"), har givits tillfälle att lämna synpunkter på Konkurrensverkets preliminära bedömning och de uppgifter som Konkurrensverket lagt till grund för bedömningen i rubricerat ärende. Kommunen får med anledning härav återkomma med synpunkter enligt följande.

Angående "Avtalets huvudföremål är byggentreprenaden"

Kommunen noterar att Konkurrensverket i p. 59 anför att det är fråga om ett blandat kontrakt som "omfattar såväl hyra av lokal (tjänstekontrakt) som byggentreprenad". Detta är direkt felaktigt, ett lokalhyresavtal utgör inte ett tjänstekontrakt utan är ett nyttjanderättsavtal. Hade det varit fråga om ett tjänstekontrakt hade hyresundantaget i LOU 3:19 inte kunnat vara tillämpligt.

Kommunen är inte av någon annan uppfattning än Konkurrensverket angående betydelsen av parternas egen benämning av ett avtal, och har inte heller anfört att den skulle ha någon betydelse i en upphandlingsrättslig kontext. Kommunen menar – i likhet med Konkurrensverket – att det är de objektiva omständigheterna som ska läggas till grund för bedömningen, såsom de huvudprestationer som överväger och som sådana är karaktäristiska för kontraktet.

Ett lokalhyresavtal kan sägas upp för villkorsändring eller avflyttning. Vid en uppsägning för villkorsändring görs uppsägningen för att få till stånd en förlängning av hyresavtalet men med ändrade villkor. Kommunens uppsägning av det gamla hyresavtalet – avseende den sedan tidigare förhyrda lokalen (det Stora avtalet) – var just för villkorsändring. Även Hyresvärdens uppsägning gjordes för villkorsändring då Hyresvärden ville höja hyran. Det var alltså aldrig Kommunens avsikt att flytta ut ur de befintliga lokalerna, det är en missuppfattning från Konkurrensverkets sida. YBC är en mycket populär gymnasieskola

som varit inrymd i den befintliga lokalen under lång tid, och att lämna denna lokal hade medfört flera negativa konsekvenser för skolan och för Kommunen.

Det är korrekt att det fanns ett intresse för en utökad lokalyta. Kommunen tog fram en beskrivning av de behov som en potentiell tillkommande lokal skulle behöva tillgodose, men denna beskrivning utgjorde inte en kravspecifikation och skickades inte heller till Hyresvärden som en sådan. Kommunen sonderade utbudet av lämpliga befintliga byggnader i närområdet, och Hyresvärden valde då att spontant kontakta Kommunen med förslaget att i stället bygga en ny lokal i anslutning till den befintliga då Hyresvärden hade en byggrätt som ännu inte realiserats. Mot bakgrund av områdets attraktiva läge bedömer Kommunen det som högst osannolikt att Hyresvärden inte inom en snar framtid hade utnyttjat denna byggrätt oaktat Kommunens intresse att hyra. En annan följd av det attraktiva läget är att lokaler är lätta att hyra ut. En lokal som tillgodoser de behov som Kommunen hade kan dels hyras ut för annan skolverksamhet, dels lätt byggas om för kontorsändamål. En skolbyggnad är inte så speciell i sin utformning – och därmed låst vid sitt ursprungliga användningsområde – som exempelvis ett äldreboende eller en brandstation. Kommunen delar därmed inte Konkurrensverkets uppfattning att inga andra hyresgäster än Kommunen hade kunnat vara aktuella för den nya lokalen.

Till följd av Hyresvärdens erbjudande om att uppföra och sedan hyra ut den nya lokalen ingicks ett nytt avtal avseende den befintliga lokalen där även den nya lokalen omfattades. Hade den nya lokalen inte tillkommit hade avtalet ingåtts ändå, men enbart avseende den befintliga lokalen. Konkurrensverket förefaller ha missuppfattat situationen, den utökning av lokalyta som kom till stånd var på intet vis ett villkor för att ett avtal avseende den befintliga lokalen skulle träffas; där var det hyran som var stötestenen som förhandlades mellan parterna. Huvudföremålet för avtalet är alltså hyra av den befintliga lokalen, men nu med tillägg av en mindre – och för avtalets ingående inte avgörande – del motsvarande ca 21 % av lokalens totala yta. Varken sett till yta eller hyra/kostnad/ersättning utgör den tillkommande nya lokalen ens i närheten av 50 %.

Konkurrensverket bemöter ett flertal av Kommunens anförda skäl för sin bedömning med att de var för sig ”inte är avgörande” för bedömningen av vad som ska anses vara kontraktets huvudföremål (punkterna 68 – 70), samtidigt som det medger att både punkten 68 och 69 äger relevans för bedömningen. Det kan så vara att dessa omständigheter var för sig inte hade varit avgörande för bedömningen, men denna bedömning ska göras som helhetsbedömning. Detta innebär att flera olika omständigheter ska beaktas och sammanvägas.

I punkten 70 anför Konkurrensverket att ”inte heller de omständigheterna att Kommunen tidigare varit hyresgäst i den befintliga byggnaden, och att tillkommande del därmed är avhängig de befintliga ytorna, är sådana omständigheter som talar för att

Avtalet ska betraktas som ett rent hyresavtal.” Kommunen delar inte den uppfattningen, och hittar inget stöd i lagtext eller praxis för den slutsatsen. Kommunen menar tvärtom att det är högst relevant för avtalets klassificering eftersom tillbyggnaden aldrig hade blivit aktuell utan det tidigare hyresförhållandet, och byggentreprenaden därmed är av en snarast accessorisk karaktär till det som är huvudföremålet; nyttjanderätten till (primärt de befintliga) lokalerna.

Angående ”Upphandlingens värde” och ”Upphandlingsskadeavgift”

I p. 79 redogör Konkurrensverket för sin bedömning att upphandlingens värde som minst ska beräknas till värdet för den tioåriga hyrestiden som är bunden enligt Avtalet och att värdet på upphandlingen därmed som minst uppgår till 307 025 000 kr (p. 82). Det ska dock noteras att det enbart är den tillkommande ytan på 2 120 kvm som medför att en byggentreprenad kommer till stånd, inom befintlig lokalyta förekommer inga byggentreprenader, varför förekomsten av en eventuell upphandlingsskadeavgift bör sättas i relation endast till tillbyggnaden och inte till hyran för redan befintliga lokaler.

XX-namn
XX-ordförande

XX-namn
XX-direktör