

Förvaltningsrätten i Stockholm
forvaltningsrattenistockholm@dom.se

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Avdelning 5

INKOM: 2024-02-19
MÅLNR: 3202-24
AKTBIL: 1

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Nacka kommun, 131 81 Nacka

Saken

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

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 3 LOU beslutar att Nacka kommun ska betala 3 000 000 (tre miljoner) kronor i upphandlingsskadeavgift.

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. Nacka kommun (Kommunen) har brutit mot 10 kap. 1 § LOU genom att den 20 februari 2023 ingå hyreskontrakt för lokal med Sickla Industrifastigheter KB (Hyresvärden) utan föregående annonsering, trots att förutsättningarna för detta saknades. Det ingångna avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

2. Kommunen har sedan tidigare hyrt två lokaler om totalt cirka 8 155 kvadratmeter av Hyresvärden på fastigheten Nacka Sicklaön 83:22 (Fastigheten).² Den kommunala gymnasieskolan, som har bedrivit sin verksamhet i delar av de befintliga ytorna, har haft ett behov av att utöka skolans lokaler. Kommunen analyserade dels var tillkommande lokaler bör vara belägna, dels om det kunde vara aktuellt att flytta hela skolan. Kommunen bedömde att de nya lokalytorna måste vara belägna i direkt anslutning till den befintliga lokalen, i korthet på grund av säkerhetsrisker och verksamhetssvårigheter med att ha avstånd mellan olika lokaldelar. Det hade även varit svårt och resurskrävande att genomföra en flytt av befintlig verksamhet.
3. Under 2021 hade den kommunala gymnasieskolan, genom rektorn, haft muntlig kontakt med Hyresvärden gällande behov av utökade ytor. Därefter fördes en dialog mellan Kommunen och Hyresvärden angående olika alternativa lösningar. Parterna tittade på olika byggnader i närheten av befintliga ytor.
4. Kommunen sa därefter upp ett av de tidigare hyresavtalen för villkorsändring den 28 januari 2022. Av Kommunens begärda villkor framgick bl.a. en ny hyrestid om ett år med möjlighet till ett års förlängning i taget. Om inte hyresavtalet sagts upp hade det från och med den 1 augusti 2023 förlängts med fem år i taget.
5. Den 25 mars 2022 skickade Kommunen ett e-postmeddelande till Hyresvärden i vilket Kommunen specificerade skolans lokalbehov, se [bilaga 1](#). Av e-postmeddelandet framgick bl.a. specificeringar avseende vilka typer av rum som behövs, hur stora rummen ska vara, hur många personer som behöver inrymmas samt när rummen behöver vara färdigställda. Av specifikationen framgick bl.a. följande.

² Det ena hyresavtalet avsåg en lokal om cirka 7 706 kvadratmeter (hyrestid mellan 2008–2023) och det andra hyresavtalet avsåg en lokal om cirka 449 kvadratmeter (hyrestid 2009–2018 med förlängning till 2023). Gemensamt utgjorde lokalerna 8 155 kvadratmeter.

- 11–14 klassrum om cirka 50–55 kvadratmeter för 33 elever och en lärare,
- ett personalrum om cirka 40 kvadratmeter, för cirka 5–9 lärare,
- toaletter för elever och personal,
- ett mindre pentry och personalutrymme för att äta,
- fyra mindre gruppum om cirka 10 kvadratmeter för 4–5 elever,
- två kontorsrum om cirka 15 kvadratmeter för två personer,
- ett förråd om cirka 5 kvadratmeter,
- elevutrymmen om cirka 100 kvadratmeter,
- plats för fler elevskåp,
- en städskrubb och
- en yta där ett pingisbord får plats och inte stör.

De flesta rummen behövde vara tillgängliga mellan 2023–2025.

6. Hyresvärden sa därefter upp samma avtal som Kommunen sagt upp för villkorsändring den 7 juni 2022. Hyresvärden begärde bl.a. att hyrestiden förlängdes med ytterligare tio år och en ny bashyra om 3 100 kronor per kvadratmeter.
7. I början av november 2022 presenterade Hyresvärden ett lokalförslag till Kommunen. Förslaget bestod av att Hyresvärden skulle nyttja en befintlig byggrätt på fastigheten och därmed erbjuda Kommunen att även hyra en tillkommande yta i direkt anslutning till den befintliga lokalen. Hyresvärden presenterade bl.a. underlag och konceptritningar av tillbyggnationen. Hyresvärden föreslog att tillbyggnaden invändigt skulle utformas likt en annan skola som Hyresvärden byggt åt annan aktör.
8. Parterna förhandlade därefter fram villkor för ett nytt hyresavtal. Av e-postmeddelande den 17 januari 2023 från Kommunen till Hyresvärden framgick bl.a. att Kommunen uppgett att skolan är i behov av 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 för att realisera denna. Av e-postmeddelande från den 24 januari 2023 framgick att Kommunen ska ingå hyresavtal om 2 000 kvadratmeter med en option att frånträda del av lokalen inom en viss tid



med anledning av att skolan ska få tillräckligt med tid för att bedöma om ytan behövs eller inte.

9. Kommunen och Hyresvärden ingick därefter ett nytt hyresavtal, hyreskontrakt för lokal, den 20 februari 2023 (Avtalet), se bilaga 1, vilket ersatte de två tidigare hyresavtalen och som även innefattade en tillbyggnation av skolan.

Avtalets innehåll

10. Av Avtalet framgår bl.a. följande.
11. Kommunen ska fortsätta hyra de befintliga lokalerna om 8 155 kvadratmeter och Hyresvärden ska även uppföra en ny byggnad om 2 120 kvadratmeter i direkt anslutning till den befintliga lokalen. Kommunen innehar även en option att under vissa förutsättningar avträda en yta om 449 kvadratmeter. Optionen gäller under förutsättning att Hyresvärden inte tecknar något hyresavtal med annan hyresgäst avseende minst 480 kvadratmeter belägna på bottenplan i den tillkommande ytan.
12. Följande framgår av Avtalets bilaga 1, Särskilda bestämmelser, avsnitt 1.1.
13. *"Därtill ska Hyresvärden, om erforderligt bygglov och övriga tillstånd erhålls, uppföra en ny byggnad, varvid ytterligare lokalyta ska tillföras Lokalen".*
14. Följande framgår av avsnitt 1.2.
15. *"Utöver den förhyrda ytan ska Hyresvärden även låta uppföra en ny byggnad med en planerad lokalyta som beräknas uppgå till cirka 2 120 kom, i direkt anslutning till byggnaden i vilken den ursprungliga förhyrda ytan är belägen, se bilaga 7".*
16. Av samma avsnitt framgår även följande.
17. *"Parterna ska efter Hyresavtalets tecknande ta fram bilagor vilka illustrerar parternas överenskommelse avseende Lokalens utformning, standard, skick, kvalitet och planlösning och som ska utgöra grunden för anpassning och iordningsställande av Lokalen. De bilagor, Bilaga 6 och 7, som bilagts Hyresavtalet vid Hyresavtalets tecknande utgör exempel på hur dessa handlingar kan komma att se ut men är inte bindande mellan parterna utan ska bytas ut mot bindande bilagor när dessa överenskommits mellan parterna."*
18. Kommunen har uppgett att tilläggsavtal gällande bilaga 6 och 7 ännu inte tecknats. Parterna har däremot kommit överens om planritningar och typrumsbeskrivningar, se bilaga 2 och 3. Av dessa framgår bl.a. följande om tillbyggnationens omfattning.
 - 14 lärosalar om cirka 54 kvadratmeter och som inrymmer 35 personer,



- ett personalrum med pentry om cirka 30 kvadratmeter för 12 personer,
 - ett arbetsrum om cirka 30 kvadratmeter för 6 personer,
 - två kontorsrum om cirka 16 kvadratmeter för tre personer,
 - ett förråd om cirka fem kvadratmeter och
 - tre studioytor om cirka 82–90 kvadratmeter för cirka 50–70 personer.
19. I Avtalets bilaga 6, Projektgenomförande och beskedstidplan, avsnitt 4, framgår följande.
20. *"I samband med framtagandet av hyresavtalet med tillhörande handlingar har parterna gemensamt arbetat fram utformning av lokalen".*
21. Vidare framgår av Avtalet att den tillkommande ytan beräknas tillträdas den 1 juni 2025. En förutsättning för att Hyresvärden ska kunna uppföra den nya byggnaden med den tillkommande lokalytan är att Hyresvärden erhåller bygglov och övriga erforderliga myndighetstillstånd. Om sådana tillstånd inte erhålls senast den 1 januari 2025 ska Hyresvärden inte ha någon skyldighet att uppföra byggnaden med den tillkommande lokalytan. Enligt Kommunen ska Avtalet i sådant fall fortsätta löpa med befintlig yta.
22. Det har inte fattats beslut om bygglov avseende den tillkommande byggnaden. Beslut om marklov och startbesked har däremot meddelats den 7 juli 2023.
23. Bashyra för lokalen är 3 100 kronor per kvadratmeter och år, exklusive mervärdesskatt och eventuella tillägg. Bashyran är densamma för såväl den befintliga som den tillkommande lokalytan. Hyrestiden löper från och med den 1 augusti 2023 till och med den 31 juli 2033. Om inte avtalet sägs upp minst 18 månader före hyrestidens utgång förlängs det med fem år i taget. Det saknas reglering för hur många gånger Avtalet kan förlängas.

Vad Kommunen har anfört under utredningen

24. Kommunen har inte genomfört en annonserad upphandling eller ett avrop från ett ramavtal eftersom Avtalet utgör ett blandat kontrakt avseende ett hyresavtal med inslag av byggentreprenadarbeten. Det huvudsakliga syftet med Avtalet är dock inte att uppföra en byggnad utan att hyra lokaler.
25. Det huvudsakliga syftet med Avtalet är att utvidga omfattningen av det sedan tidigare gällande hyresförhållandet mellan Kommunen och Hyresvärden. Den del av Avtalet som avser den tillkommande ytan är avhängig de delar som avser befintliga ytor och hade aldrig kommit till stånd om inte Kommunen hade hyrt dessa lokaler sedan tidigare. Villkoren för att

hyra den tillkommande ytan är samma villkor som för att hyra den befintliga lokalen.

26. Vidare är även bashyran densamma. Bashyran förhandlades innan Kommunen erbjöds att hyra tillkommande ytor och om den tillkommande ytan inte hade ingått i Avtalet hade bashyran per kvadratmeter varit densamma för den befintliga lokalen. Kommunen erlägger således inte mer hyra per kvadratmeter för den tillkommande ytan än vad som utgör marknadsmässig hyra för befintliga lokaler i det aktuella området. Kostnaden för uppförandet av den nya byggnaden, i vilken Hyresvärden valt att erbjuda Kommunen ytorna, belastar alltså inte Kommunen.
27. Hyresvärden påbörjade sin projektering av tillbyggnationen efter att parterna undertecknade Avtalet. Under projekteringstiden har Hyresvärden reviderat planritningarna flera gånger för att uppfylla olika myndighetskrav och hitta för Hyresvärden bra och kostnadseffektiva lösningar. Det är bl.a. myndighetskrav gällande tillgänglighet och brandsäkerhet som har medfört stora förändringar. Detta har inneburit ett ytterligare inre trapphus och entré vilket påverkat planlösningen. Byggnaden är även kulturmärkt vilket innebär att bestämmelser i detaljplanen ställer särskilda krav på tillbyggnadens utformning. De revideringar av planritningarna som genomförts under tiden från att Avtalet undertecknades tills planritningarna överenskommit har alltså till största delen varit hyresvärdsdrivna. Kommunen har under projekteringsprocessen arbetat för att bibehålla för verksamheten viktiga funktioner.
28. Avtalet är i allt väsentligt ett hyresavtal och omfattas därmed av hyresundantaget i 3 kap. 19 § LOU. Kommunen har således inte varit skyldig att genomföra en annonserad upphandling av Avtalet eftersom detta inte omfattas av upphandlingsregelverket.

Avtalet mellan Kommunen och Hyresvärden utgör ett byggtreprenadkontrakt enligt LOU

29. Konkurrensverket bedömer att Avtalet utgör ett offentligt kontrakt vars huvudföremål är byggtreprenad. Avtalet är att betrakta som ett byggtreprenadkontrakt som i sin tur ska upphandlas och annonseras i enlighet med LOU. Nedan redogör Konkurrensverket för sin bedömning.

Gällande rätt

30. LOU gäller för upphandling som genomförs av upphandlande myndigheter. Med upphandling avses de åtgärder som vidtas i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader genom tilldelning av kontrakt.³

³ 1 kap. 2 § LOU.



31. Begreppet anskaffning bör förstås i vid mening som att få tillgång till fördelarna av de berörda byggtreprenaderna, varorna eller tjänsterna, vilket inte nödvändigtvis kräver att äganderätten överläts till den upphandlande myndigheten. Anskaffningar av byggtreprenader, varor eller tjänster omfattas således oberoende av om de genomförs genom inköp, leasing eller andra kontraktsformer.⁴
32. 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 byggtreprenader.⁵
33. 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.⁶ EU-domstolen har fastslagit att sådant ekonomiskt intresse ska anses föreligga bland annat när en upphandlande myndighet garanteras tillgång till anläggningar som är föremål för kontraktet för att använda dem för offentliga ändamål och den garantin har rättslig grund.⁷
34. Begreppet byggtreprenad regleras i 1 kap. 9 § LOU. Definitionen omfattar tre typer av kontrakt. Med byggtreprenadkontrakt avses kontrakt som
- avser utförande eller både projektering och utförande av arbete som är hänförligt till en verksamhet som anges i bilaga 1 (1 p),
 - avser utförande eller både projektering och utförande av ett byggnadsverk (2 p), eller
 - 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 (3 p).⁸
35. Ett byggnadsverk är det samlade resultatet av bygg- och anläggningsarbeten, om resultatet självständigt fyller en teknisk eller ekonomisk funktion.⁹
36. Genomförande av en byggtreprenad som motsvarar de krav som anges av den upphandlande myndigheten kräver att den myndigheten ska ha vidtagit

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

⁵ 1 kap. 15 § LOU.

⁶ Mål C-451/08, Helmut Müller, p. 48-49.

⁷ Mål C-399/98, Ordine degli Architetti m.fl (La Scala), p. 71 och C-451/08 Helmut Müller, p. 51.

⁸ 1 kap. 9 § LOU.

⁹ 1 kap. 10 § LOU.

åtgärder för att fastställa typ av byggtreprenad eller åtminstone ha haft ett avgörande inflytande över projekteringen av den.¹⁰

37. Definitionen av vad som utgör ett byggtreprenadkontrakt i den mening som avses i LOU är en fråga för unionsrätten.¹¹ Begreppet ska tolkas vidsträckt och på så sätt att upphandlingsdirektivens ändamålsenliga verkan säkerställs.¹² 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.¹³
38. När det gäller 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.¹⁴
39. Ett kontrakt som innefattar flera olika slag av upphandling enligt LOU, såsom varor, tjänster eller byggtreprenader, eller ett kontrakt som avser både upphandling enligt LOU och annan upphandling, utgör ett blandat kontrakt.¹⁵ En upphandling som omfattar flera olika slag av upphandling som regleras i LOU ska genomföras i enlighet med kontraktets huvudföremål.¹⁶
40. Vid bedömningen av vad som utgör kontraktets huvudföremål har EU-domstolen konstaterat att det saknar betydelse hur nationell rätt eller parterna själva kvalificerar avtalet.¹⁷ Storleken på leverantörens ersättning eller frågan hur betalning sker är visserligen inte avgörande vid bedömningen, men dessa förhållanden saknar inte helt betydelse.¹⁸ Frågan om vad som är kontraktets huvudföremål ska avgöras baserat på objektiva omständigheter.¹⁹ 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

¹⁰ Skäl 9 i LOU-direktivet.

¹¹ Se bl.a. C-537/19 kommissionen mot Österrike (Wiener Wohnen), p. 43 och C-220/05 Auroux, p. 40.

¹² C-399/98 La Scala, p. 52.

¹³ Se C-536/07 kommissionen mot Tyskland (KölnMesse), p. 54.

¹⁴ 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.

¹⁵ 2 kap. 1 § LOU.

¹⁶ 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.

¹⁷ Se bl.a. C-220/05 Auroux, p. 40, C-536/07 KölnMesse, p. 54 och C-213/13 Impresa Pizzarotti, p. 40.

¹⁸ Se bl.a. C-537/19 Wiener Wohnen, p. 52 och däri angiven praxis. Jfr C-536/07 KölnMesse, p. 60-61.

¹⁹ C-412/04 Kommissionen mot Italien, p. 48.

prestationer som endast är av accessorisk eller kompletterande karaktär och som är obligatoriska på grund av kontraktets ändamål.²⁰ Vidare framgår att om det aktuella byggnadsverket inte ens påbörjats vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten ingick avtalet så ska huvudsyftet med nämnda avtal anses vara uppförandet av byggnadsverket, vilket med nödvändighet förutsätter att det därefter hyrs ut.²¹

41. Om byggtreprenaden vid en helhetsbedömning av omständigheterna är av underordnad betydelse i förhållande till hyresdelen och en följd av, eller 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.²²
42. Avtal om hyra av fastighet har uttryckligen undantagits från LOU:s tillämpningsområde.²³ Undantaget kan dock, mot bakgrund av ovanstående, inte göras gällande vid transaktioner som är att betrakta som ett byggtreprenadkontrakt vid en sådan tolkning av huvudföremålet med kontraktet som följer av LOU och unionsrätten.

Avtalet utgör ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor

43. Kommunen och Hyresvärden har ingått ett skriftligt kontrakt som innefattar förpliktelser för Hyresvärden att dels hyra ut lokal, dels uppföra en ny byggnad. Som ersättning ska Kommunen betala hyra. Det rör sig om rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär.
44. Hyresvärden är i det aktuella fallet att betrakta som leverantör och Kommunen är upphandlande myndighet enligt Avtalet. Kommunen ska bedriva skolverksamhet för offentligt ändamål i lokalerna. Kontraktet är därmed av direkt ekonomiskt intresse för Kommunen.

Avtalet innefattar uppförande av ett byggnadsverk

45. I och med Avtalet garanteras Hyresvärden en stadigvarande hyresgäst under den aktuella hyrestiden. Resultatet av tillbyggnationen är att en ny byggnad uppförs. Därmed fyller resultatet självständigt såväl en teknisk som ekonomisk funktion. Avtalet medför att ett byggnadsverk uppförs.²⁴

²⁰ C-412/04 kommissionen mot Italien, p. 48–51. Se även C-331/92 Gestión Hotelera Internacional, p. 29.

²¹ 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.

²² Prop. 2015/16:195 s. 946.

²³ 3 kap. 19 § LOU.

²⁴ 1 kap. 10 § LOU.

Särskilt om definitionen byggtrepreparadkontrakt

46. 1 kap. 9 § LOU har i sin nuvarande lydelse getts en mer direktivnära utformning genom att den anger tre typer av kontrakt som omfattas av begreppet byggtrepreparad.²⁵ Vad som faller inom tillämpningsområdet för definitionerna i andra och tredje punkten i bestämmelsen och vad som skiljer dem åt är inte alltid helt tydligt. Konkurrensverket konstaterar att tillämpningen av dessa punkter i vissa fall kan anses överlappa varandra.²⁶
47. Den andra punkten infördes genom LOU och är således ny i förhållande till ÄLOU och tidigare lydelse i lagen, men har en motsvarighet i definitionen i 2004 års direktiv²⁷. Bestämmelsen tydliggör att ett kontrakt som avser antingen utförande eller både projektering och utförande av ett byggnadsverk omfattas av definitionen. Den nya utformningen är inte avsedd att innebära någon ändring av vilka kontrakt som kan anses utgöra byggtrepreparadkontrakt.²⁸
48. Den tredje punkten gäller kontrakt som innebär att ett byggnadsverk realiserar enligt krav som ställs upp av en upphandlande myndighet. För att ett sådant kontrakt ska anses utgöra ett byggtrepreparadkontrakt krävs att den upphandlande myndigheten utövar ett avgörande inflytande över typen av byggnadsverk eller över projekteringen. Avsikten med bestämmelsen är att kodifiera EU-domstolens praxis.²⁹ Den tredje punkten avser även kontrakt som, oavsett hur det utformas, medför förverkligande av ett byggnadsverk enligt krav som ställs upp av en upphandlande myndighet.³⁰
49. Konkurrensverket konstaterar utifrån ovan att om det i ett avtal inte går att utläsa att ett byggtrepreparadkontrakt föreligger enligt den andra punkten, kan kontraktet fortfarande betraktas som ett byggtrepreparadkontrakt enligt den tredje punkten. Detta oavsett hur kontraktet utformats.
50. Definitionen av byggtrepreparadkontrakt har prövats av EU-domstolen vid flera tillfällen. Av denna EU-domstolspraxis framgår bl.a. följande. För att det ska röra sig om ett offentligt byggtrepreparadkontrakt krävs det att byggnadsverket motsvarar de behov som den upphandlande myndigheten angett. Detta är fallet när den upphandlande myndigheten har vidtagit åtgärder för att specificera byggtrepreparaden eller åtminstone för att utöva ett avgörande inflytande på dess projektering.³¹ Så är bland annat fallet om de

²⁵ Prop. 2015/16:195 s. 938.

²⁶ Prop. 2015/16:195 s. 344.

²⁷ Direktiv 2004/18/EG.

²⁸ Prop. 2015/16:195 s. 938.

²⁹ Prop. 2015/16:195 s. 938. Förarbetena hänvisar i sin tur till C-451/08 Helmut Müller, p. 67.

³⁰ Prop. 2015/16:195 s. 344. Tidigare lydelse i 2 kap. 3 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling var "oavsett hur kontraktet utformas". Se även artikel 2.6 c i LOU-direktivet där det i stället anges "oavsett medel".

³¹ Se C-213/13 Impresa Pizzarotti, p. 43-44 och C-537/19 Wiener Wohnen, p. 49-50.



specifikationer som den upphandlande myndigheten begärt går längre än de krav som en hyresgäst vanligtvis ställer på en sådan byggnad som det aktuella byggnadsverket.³² 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 visa ett avgörande inflytande om de skiljer sig åt på grund av sin specifika karaktär eller omfattning.³³

Avtalet faller inom definitionen byggtreprenadkontrakt

51. Eftersom Avtalet medför att ett byggnadsverk uppförs kan ett byggtreprenadkontrakt enligt 1 kap. 9 § LOU antingen avse utförande eller både projektering och utförande av ett byggnadsverk (enligt andra punkten) eller innebära att ett byggnadsverk realiseras, enligt krav som ställs upp av en upphandlande myndighet som utövar ett avgörande inflytande över typen av byggnadsverk eller över projekteringen (enligt tredje punkten).
52. Konkurrensverket konstaterar att Kommunens framförda lokalbehov av visst slag i huvudsak överensstämmer med den tillbyggnation som nu ska uppföras. Detta framgår vid en jämförelse av kommunens specifikation (punkt 5 ovan) och de överenskomna planritningarna och typrumsbeskrivningarna (punkt 18 ovan).
53. Konkurrensverket konstaterar vidare att kommunens framförda behov av lokalyta av viss storlek överensstämmer med den tillbyggnation som ska uppföras, om än i viss mån omförhandlat. Kommunen har framfört ett behov av en kompletterande byggnad om ca 1 500 kvadratmeter. Tillbyggnationen ska utgöra ca 2 120 kvadratmeter med en option för Kommunen att under vissa förutsättningar frånträda 449 kvadratmeter.
54. Av utredningen framgår således att Kommunen har vänt sig till Hyresvärden med ett specificerat behov. Hyresvärden har därefter tagit fram underlag med förslag på hur behovet kan tillgodoses och parterna har ingått Avtalet. I Avtalet regleras att Hyresvärden ansvarar för att uppföra en ny byggnad, i enlighet med vad parterna kommer överens om. Av Avtalet framgår således att Hyresvärden ska uppföra en ny byggnad (utförande) och att Kommunen och Hyresvärden gemensamt ska komma överens om lokalens utformning (projektering).³⁴

³² C-537/19 Wiener Wohnen, p. 51 och C-536/07 Köln Messe, p. 58.

³³ C-537/19 Wiener Wohnen, p. 50-53.

³⁴ Av Avtalet framgår att parterna gemensamt arbetat fram utformningen av lokalen i samband med framtagandet av Avtalet (se punkt 18 ovan). Parterna ska även gemensamt komma överens om lokalens utformning (se punkt 20 ovan).



55. Byggtrepreparationsarbetena som ska utföras enligt Avtalet faller mot denna bakgrund inom ramen för 1 kap. 9 § 2 LOU. Avtalet avser projektering och utförande av ett byggnadsverk.
56. Därutöver har Kommunen i enlighet med 1 kap. 9 § 3 LOU haft ett avgörande inflytande över typen av byggnadsverk och över dess projektering.
57. Av omständigheterna framgår att det var Kommunens initiativ och framförda behov som föranledde Avtalet.³⁵ Avtalet avser en tillbyggnation om 2 120 kvadratmeter av den ursprungliga byggnaden om 8 155 kvadratmeter. Att utverka en byggnation av denna omfattning får i sig anses gå utöver sedvanliga hyresgäst Anpassningar. Konkurrensverket noterar även att en skolbyggnad är av speciell karaktär och att dess alternativa användningsområden är begränsade.³⁶
58. De specificeringar som Kommunen lämnat avseende lokalens utformning och storlek medför specifika behov som i sin tur inverkar på den arkitektoniska utformningen på byggnaden. Konkurrensverket konstaterar även att enligt Avtalet ska parterna gemensamt ta fram bilagor för byggnadens utformning och planlösning.³⁷
59. Sammanfattningsvis bedömer Konkurrensverket att Avtalet avser ett offentligt byggtrepreparationskontrakt i enlighet med både 1 kap. 9 § 2 och 3 samt 15 § LOU.

Avtalets huvudföremål är byggtrepreparationsarbetena

60. Eftersom Avtalet omfattar såväl hyra av lokal som byggtrepreparationsarbete är Avtalet att betrakta som ett blandat kontrakt.³⁸ Upphandlingen ska därför genomföras i enlighet med bestämmelserna för det slag av upphandling som är huvudföremålet för kontraktet.³⁹
61. Kommunen uttryckte sitt behov av utökad lokalyta till Hyresvärden. Därefter sa Kommunen upp befintligt hyresavtal för villkorsändring, avseende bl.a. en hyrestid om ett år i stället för fem års förlängning enligt de ursprungliga villkoren.⁴⁰ Parterna ingick därefter Avtalet, som i sin tur innebär att Kommunens behov kommer tillgodoses. Av omständigheterna framgår att Avtalet, och Kommunens initiativ till utökad lokalyta, var avgörande för att

³⁵ Jfr C-537/19 Wiener Wohnen, p. 57–61. Till skillnad från nu aktuellt ärende var planeringen att uppföra byggnaden i Wiener Wohnen fullständigt avslutad redan vid tidpunkten för förhandlingarna om ingåendet av hyreskontraktet.

³⁶ Användningsområdet är således mer begränsat än om det hade varit fråga om generiska lokaler, se t.ex. C-537/19 Wiener Wohnen som avsåg kontorslokaler.

³⁷ Se punkt 18 ovan.

³⁸ 2 kap. 1 § LOU.

³⁹ 2 kap. 2 § LOU. Se även bl.a. C-213/13 Impresa Pizzarotti, p. 41.

⁴⁰ Det hyresavtal som avsåg den större delen av den befintliga lokalen: 7 706 kvadratmeter.

byggnaden vid en viss tidpunkt och till ett visst utförande, skulle planeras och uppföras.

62. Avtalet omfattar bl.a. en tillbyggnation som, vid tidpunkten för Avtalets ingående, ännu inte uppförts. Detta talar för att det huvudsakliga syftet med Avtalet är uppförande av byggnadsverket.
63. Kommunen har även uppgett att syftet med Avtalet var att utvidga omfattningen av det tidigare hyresförhållandet. Ändamålet med Avtalet är att lokalen, i sin helhet, ska omfatta 10 275 kvadratmeter.⁴¹ Det är därmed nödvändigt att uppföra tillbyggnationen för att kunna hyra lokalen i sin helhet i enlighet med Avtalets lydelse och syfte. Genom tillbyggnationen utökades lokalens yta med 25,9 procent⁴², en inte obetydlig ökning.
64. Mot bakgrund av vad som framkommit är den övervägande huvudprestationen i Avtalet uppförandet av den tillkommande byggnaden. Att Kommunen ska hyra lokalerna är därmed av kompletterande karaktär.⁴³
65. Det faktum att Avtalet ska fortsätta löpa med befintlig yta om Hyresvärden inte erhåller nödvändiga tillstånd, t.ex. bygglov, fråntar inte skyldigheten för en upphandlande myndighet att upphandla i enlighet med LOU.⁴⁴ Villkorets effekt är snarare att Hyresvärden inte längre har en skyldighet att uppföra en ny byggnad om bygglov inte beviljas, än att Kommunen har haft för avsikt att ingå ett hyresavtal avseende den befintliga byggnaden om 8 155 kvadratmeter.
66. Att Kommunen endast betalar bashyra till Hyresvärden och att beloppet är detsamma för den befintliga lokalytan och tillbyggnationen är omständigheter som saknar avgörande betydelse.⁴⁵ Inte heller är det avgörande för kvalificeringen av Avtalet att villkoren för att hyra den tillkommande ytan är desamma som för de befintliga ytorna. Inte heller 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 till övervägande del ska betraktas som ett hyresavtal.
67. Byggtreprenadarbetena kan, vid en helhetsbedömning av omständigheterna, inte vara av underordnad betydelse i förhållande till

⁴¹ Den befintliga ytan om cirka 8 155 kvadratmeter och den tillkommande ytan om cirka 2 120 kvadratmeter.

⁴² $2\ 120/8\ 155 = 0,259$.

⁴³ C-412/04 Kommissionen mot Italien, p. 48–51. Se även C-331/92 Gestión Hotelera Internacional, p. 29.

⁴⁴ Jfr även 4 kap. 2 § LOU och prop. 2015/16:195 s. 362, avseende att en upphandling inte får utformas i syfte att undandra den från direktivets tillämpningsområde.

⁴⁵ Frågan huruvida Hyresvärden får ut en vinst eller i vart fall får full ersättning för sina kostnader är varken avgörande för det huvudsakliga syftet eller för att ekonomiska villkor ska vara uppfyllda.

hyresdelen. Avtalets huvudsakliga syfte är således byggentreprenaden. Konkurrensverkets bedömning är därmed att Avtalet ska betraktas som ett byggentreprenadkontrakt. Eftersom Avtalet avser ett byggentreprenadkontrakt är inte hyresundantaget tillämpligt.⁴⁶

Upphandlingens värde

68. Upphandlingar som omfattas av LOU:s tillämpningsområde ska som huvudregel annonseras, så att alla potentiella leverantörer får samma förutsättningar att lämna anbud.⁴⁷
69. Värdet av en upphandling ska beräknas enligt bestämmelserna i 5 kap. LOU.⁴⁸ Värdet av en upphandling är det totala belopp som ska betalas enligt de kontrakt som ingår i upphandlingen. Värdet ska bestämmas exklusive mervärdesskatt.⁴⁹ Uppskattningen av en upphandlings värde ska avse värdet vid den tidpunkt då anbudsinfordran skickas ut eller, om en sådan inte krävs, vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten påbörjar upphandlingsförfarandet.⁵⁰
70. Hyrestiden löper från och med den 1 augusti 2023 till och med den 31 juli 2033. Om inte avtalet sägs upp minst 18 månader före hyrestidens utgång förlängs det med fem år i taget. Det framgår dock ingen begränsning av hur många gånger avtalet kan förlängas, vilket medför att avtalet kan komma att löpa under en obegränsad tid.
71. Konkurrensverket bedömer att upphandlingens värde som minst ska beräknas till värdet för den tioåriga hyrestiden som är bunden enligt Avtalet. I Avtalet anges att hyra för den befintliga lokalytan om 8 155 kvadratmeter uppgår till 25 280 500 kronor per år exklusive mervärdesskatt, vilket motsvarar 3 100 kronor per kvadratmeter. Den tillkommande ytan om 2 120 kvadratmeter beräknas tillträdas den 1 juni 2025, med motsvarande hyresbelopp per kvadratmeter. Bashyran för hela lokalen, inklusive de tillkommande ytorna, uppgår därmed till 31 852 500 kronor per år.
72. Av Avtalet framgår även att Kommunen har rätt till en total hyresrabatt om 11 500 000 kronor som ska fördelas på tre år mellan 2023–2026.
73. Kommunen har uppgett att upphandlingens uppskattade värde uppgår till den totala bashyran om 318 525 000 kronor, med avdrag för hyresrabatt om 11 500 000 kronor, vilket ger ett uppskattat värde på 307 025 000 kronor.

⁴⁶ 3 kap. 19 § LOU.

⁴⁷ Jfr 10 kap. 1 § LOU.

⁴⁸ 1 kap. 4 § LOU.

⁴⁹ 5 kap. 3 § LOU.

⁵⁰ 5 kap. 5 § LOU.



74. Konkurrensverket bedömer, i likhet med Kommunen, att värdet på upphandlingen som minst uppgår till 307 025 000 kronor. Konkurrensverket konstaterar i sammanhanget att motsvarande värde avseende ytan för nybyggnationen uppgår till 52 576 000 kr.⁵¹
75. Upphandlingens värde överstiger såväl direktupphandlingsgränsen som tillämpligt tröskelvärde.⁵² Upphandlingen skulle därför ha annonserats i enlighet med LOU.

Undantag från annonseringsskyldigheten

76. Värdet av upphandlingen överstiger direktupphandlingsgränsen och tillämpligt tröskelvärde. För att det i denna situation ska ha varit tillåtet att ingå avtalet utan att först genomföra en annonserad upphandling krävs att något av undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar i 6 kap. LOU har varit tillämpligt. Undantagen ska tolkas restriktivt.⁵³
77. Kommunen har inte åberopat något undantag enligt 6 kap. LOU. Konkurrensverket bedömer även att det inte föreligger något tillämpligt undantag från annonseringsplikten. Eftersom inget undantag varit tillämpligt har Avtalet tillkommit genom en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

78. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift (21 kap. 1 § 3 LOU). Det krävs inte att den upphandlande myndigheten har agerat med uppsåt eller av oaktsamhet för att en avgift ska kunna dömas ut. Bristande kännedom om gällande rätt eller missförstånd om lagstiftningens innehåll utgör inte heller någon ursäkt för en överträdelse.⁵⁴
79. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Syftet med avgiften är bland annat att säkerställa att upphandlingsreglerna följs och att skattemedlen används på ett korrekt sätt.⁵⁵

⁵¹ 2 120 kvadratmeter x 3100 kronor x 8 år (tillbyggnaden förväntas tillträdas först i augusti 2025).

⁵² Tillämpligt tröskelvärde för upphandlingen är tröskelvärdet för byggtreprenader, vilket vid tidpunkten för avtalets ingående, uppgick till 55 991 099 kronor. Direktupphandlingsgränsen uppgick vid genomförandet av upphandlingen till 700 000 kronor.

⁵³ Se bland annat C-199/85, kommissionen mot Italien, p. 14, C-20/01 och C-28/01, Kommissionen mot Tyskland, p. 58, C-385/02 Kommissionen mot Italien, p. 19, C-394/02 Kommissionen mot Grekland, p. 33 och C-26/03 Stadt Halle och RPL Lochau, p. 46. Se även prop. 2006/07:128 s. 291, RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79 och RÅ 2009 not. 134.

⁵⁴ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 193 och 368.

⁵⁵ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 196–197.



Tidsfristen för Konkurrensverkets ansökan

80. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts. En ansökan får dock inte göras innan tidsfristen för ansökan om överprövning av ett avtals giltighet har löpt ut (21 kap. 7 § LOU).
81. Avtalet ingicks den 20 februari 2023 och en ansökan om upphandlingsskadeavgift måste ha lämnats in till förvaltningsrätten inom ett år från det datumet.

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

82. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde. Beräkningen av värdet ska ske enligt 5 kap. (21 kap. 4 § LOU). Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.⁵⁶ Konkurrensverket har beräknat upphandlingens värde till minst 307 025 000 kronor (se punkt 74 ovan). Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst 10 000 000 kronor ($307\,025\,000 \times 0,1$).
83. Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl (21 kap. 5 § LOU).
84. Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte. Utgångspunkten är att avgiften ska bestämmas så att myndigheten, och även andra myndigheter, följer LOU. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.⁵⁷
85. Vid bedömningen av sanktionsvärdet ska hänsyn tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Det ska även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Omständigheten att till exempel rättsläget är oklart kan påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses 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 göra 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.⁵⁸ Otillåtna direktupphandlingar är en av de

⁵⁶ Se HFD 2014 ref. 69.

⁵⁷ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och 369–370.

⁵⁸ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197–198 och 369–370.

allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.⁵⁹

86. Det är fråga om en otillåten direktupphandling och sanktionsvärdet är därför som utgångspunkt högt. Som försvårande omständighet beaktar Konkurrensverket att Avtalet kan förlängas vid ett obegränsat antal tillfällen och därmed kan gälla för en obegränsad tid. Den totala ersättningen riskerar vid dessa förhållanden att uppgå till ett avsevärt högre belopp än det belopp som enligt ovan beräkning utgör upphandlingens värde.
87. 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 Avtalets värde avser själva tillbyggnationen (se punkt 74 ovan). Upphandlingens värde innefattar därmed även ersättning som i ett normalt hyresförhållande bör betraktas som rena hyreskostnader.
88. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 3 000 000 kronor är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Ansökan i original undertecknas inte egenhändigt.

Marie Östman
Chefsjurist

Maria Andersson Müller
Processråd

⁵⁹ Se 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.



Bifogas

- Bilaga 1 E-postmeddelande den 25 mars 2022 med specificering av lokalbehov
- Bilaga 2 Hyreskontrakt för lokal den 20 februari 2023 mellan Nacka kommun och Sickla Industrifastigheter KB
- Bilaga 3 Planritningar Campus Sickla
- Bilaga 4 Typrumsbeskrivningar Campus Sickla