

Förvaltningsrätten i Stockholm
Avdelning 5
115 76 Stockholm

Endast per e-post till:
avd5.fst@dom.se

Konkurrensverket ./ Nacka kommun, mål nr 3202-24

Förelagd därtill får Nacka kommun (nedan benämnd Kommunen) genom undertecknad inkomma med följande yttrande i rubricerat mål gällande upphandlingsskadeavgift.

1. Yrkanden

Kommunen bestrider i första hand bifall till Konkurrensverkets ansökan och yrkar att ansökan om upphandlingsskadeavgift ska avslås i sin helhet.

För det fall domstolen finner att ansökan ska bifallas yrkar Kommunen i andra hand på att upphandlingsskadeavgiften ska efterges helt, och i tredje hand att storleken på avgiften ska sättas ned till högst 860 000 kronor.

2. Grunder

Det aktuella kontraktets huvudföremål är ett hyresförhållande, och det är därmed undantaget lagen om offentlig upphandling (LOU) tillämpningsområde. Kontraktet medför förvisso 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 byggentreprenadkontrakt. 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.

Storleken på upphandlingsskadeavgiften bör för det fall ansökan bifalles antingen efterges helt då det är fråga om ett ringa fall, eller åtminstone sättas ned då överträdelsen inte är av så allvarlig art som Konkurrensverket hävdar.

3. Utveckling av talan

3.1 Den nya byggnaden utgör inte en byggtreprenad som omfattas av upphandlingslagstiftningen

För att ett kontrakt ska utgöra ett upphandlingspliktigt byggtreprenadkontrakt måste någon av punkterna i 1 kap. 9 § LOU vara uppfyllda. Konkurrensverket anför i sin ansökan att det hyresavtal avseende lokaler i Sickla (Avtalet)¹ som Kommunen ingått uppfyller rekvisiten i både punkt 2 och punkt 3 i den aktuella paragrafen och därmed utgör ett upphandlingspliktigt byggtreprenadkontrakt.

Av punkten 2 i 1 kap. 9 § framgår att med byggtreprenadkontrakt avses ett kontrakt som avser utförande eller projektering och utförande av ett byggnadsverk. Avtalet i fråga är ett hyresavtal som delvis avser nyttjanderätten till en ännu icke uppförd byggnad. I Avtalet regleras inte hur utförandet av byggnadsverket ska ske, utan de delar som rör den nya byggnaden tar sikte på slutresultatet av utförandet och projekteringen. Konkurrensverket verkar uppfatta punkten 2 och punkten 3 i kap. 1 § 9 LOU som i allt väsentligt samma sak, och det framgår inte tydligt av ansökan vilka omständigheter verket lägger till grund för sin bedömning av Avtalet i förhållande till respektive punkt. Kommunen menar att det föreligger en skillnad i att avtala om att utförande av ett byggnadsverk och att ingå ett avtal som innebär att ett byggnadsverk realiserar. Det avtal som Kommunen har ingått avser inte utförande av ett byggnadsverk, utan är ett hyresavtal.

När en byggnad realiserar krävs att realiserandet sker enligt krav som ställs upp av en upphandlande myndighet som utövar ett avgörande inflytande över typen av byggnadsverk eller över projekteringen (kap 1 9 § 3 LOU). Så som EU-domstolen har tolkat direktiven kan en offentlig aktör ha tämligen långtgående inflytande och mycket detaljerade krav² utan att det innebär att ett kontrakt utgör ett entreprenadkontrakt. Det är inte heller så att direktiven per automatik omfattar alla hyresavtal som omfattar icke-befintliga byggnader.

I det aktuella fallet fanns ett hyresförhållande sedan tidigare (avseende de befintliga lokalerna) vilket sagts upp av båda parter för omförhandling. Det hade under en period förts tentativa diskussioner mellan Kommunen och hyresvärden angående möjligheter till utökad lokalyta i närområdet, men detta var en fråga som var fristående från omförhandlingen av hyran för de befintliga lokalerna. Kommunen har aldrig haft för avsikt att avflytta från de befintliga lokalerna då detta skulle medföra stora negativa konsekvenser, inte minst för den mycket framgångsrika och populära skolverksamhet som bedrivs där idag och de elever som går där (se Bilaga 2-3).

De diskussioner som förts parterna emellan var på en generell nivå och rörde primärt Kommunens allmänna behov av att utöka den aktuella skolverksamheten på grund av ett

¹ Ingivet som bilaga 1 till Konkurrensverkets ansöka om upphandlingsskadeavgift.

² C537/19 Wiener Wohnen, p 86-87.

högt söktryck, inte någon specifik lokallösning. Hyresvärden lade sedan fram ett förslag om att nyttja en befintlig byggrätt i direkt anslutning till de befintliga skolbyggnaderna och erbjöd Kommunen att hyra lokalen när denna stod färdig. Hyresförhållandet avseende de gamla lokalerna var emellertid inte avhängig uppförandet av den nya, utan hade bestått även om den nya lokalen inte kommit till stånd eller hyrts ut till någon annan.

Den byggnad som ska uppföras är en skolbyggnad ämnad för undervisning i teoretiska ämnen, vilket även styrks av att hyresvärden baserat det förslag som Kommunen accepterade på en skolbyggnad som denne uppfört i en annan kommun. Till skillnad från vissa yrkesförberedande gymnasieutbildningar kräver de teoretiska utbildningarna inga specialutformade lokaler i form av t.ex. verkstadslokaler med lackboxar och industriventilation eller dylikt. Tvärtom så efterliknar lokalen, i större utsträckning än många andra skollokaler, kontorslokaler. Det är en del av det koncept som hyresvärden tagit fram för den här typen av byggnader. Den lokal som Kommunen erbjöds att hyra är således en skolbyggnad som förete stora likheter med "vanliga" kontorslokaler; och på intet vis utformad efter specificerade krav från Kommunens sida. Byggnaden har inga särdrag som gör att den inte skulle kunna hyras ut till och användas helt utan ändringar av andra aktörer än Kommunen som bedriver skolverksamhet, vilket det finns gott om i Stockholm. Kommunen är med andra ord långt ifrån den enda tänkbara hyresgästen av lokalen med den nuvarande utformningen. Lokalen kan, som tidigare nämnts, 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 vilket Konkurrensverket anför i punkten 57 i sin ansökan.

Kommunen har förvisso 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. Specifikationen översändes till hyresvärden innan hyresvärden presenterat förslaget att uppföra tillbyggnaden för kommunen och utgjorde således en allmän beskrivning av kommunens behov i syfte att hyresvärden skulle kunna sondera sitt befintliga lokalbestånd. De behov som beskrivits medför inte att byggnaden skulle behöva avvika från hur verksamhetslokaler för teoretiska gymnasieutbildningar normalt sett är beskaffade och utgör inga krav för att ingå hyresavtalet.

Avtalet ingicks innan projekteringen var gjord, och denna ansvarade hyresvärden ensam för. Hyresvärden har även i senare skede ensidigt gjort ett antal ändringar i det från början presenterade förslaget, bl.a. utifrån myndighetskrav men även utifrån vad som var bra och kostnadseffektiva lösningar för hyresvärden. Kommunen har inte haft något bestämmande inflytande över projekteringen, utan denna har genomförts av hyresvärden. Det faktum att hyresvärden har hållit Kommunen underrättad om utvecklingen och olika ändringar de avsåg att göra innebär inte att Kommunen har haft ett bestämmande inflytande, Inte heller att tillbyggnationen i huvudsak överensstämmer med Kommunens framförda behov av lokaler av visst slag samt lokalyta av viss storlek innebär per se, vilket Konkurrensverket

förefaller mena, att byggnaden har uppförts enligt krav som ställts upp av Kommunen och att Kommunen haft ett avgörande inflytande över typen av byggnadsverk eller projekteringen.

Mot bakgrund av att den lokal som erbjöds Kommunen är utformad som skolbyggnader är i allmänhet och baserad på ritningar som tagits fram åt en annan hyresgäst, saknas stöd för Konkurrensverkets slutsats att Kommunens beskrivning av sitt behov av större lokalyta uppfyller de rekvisit som uppställs i 1 kap 9 § 3 om ett avgörande inflytande över typen av byggnadsverk och dess projektering. Konkurrensverkets tolkning av regelverket innebär – dragen till sin spets – att offentliga aktörer aldrig kan stödja sig på hyresundantaget vid ingående av hyresavtal avseende ännu inte befintliga verksamhetslokaler av olika slag, oavsett hur litet den offentliga aktörens inflytande på den faktiska utformningen av lokalerna har varit. Det räcker enligt Konkurrensverkets tillämpning av regelverket med att den offentliga aktörer har uttryckt ett behov på en övergripande nivå och sedan ingått ett hyresavtal som tillgodoser högst generiska behov som delas av alla aktörer i branschen för att det ska vara fråga om ett upphandlingspliktigt kontrakt. När det – som i förevarande fall – rör sig om verksamhetslokaler av ett slag (skolbyggnader) som många andra aktörer utan några ändringar skulle vara intresserade av att hyra, och som dessutom är belägna i ett attraktivt geografiskt läge, är Konkurrensverkets hållning både strängare än vad EU-domstolens praxis ger stöd för och tämligen verklighetsfrånvärd.

3.2 Avtalets huvudföremål är ett hyresförhållande

Kommunen har ingått Avtalet som omfattar dels befintliga lokaler som Kommun hyrt sedan tidigare, dels nya (ännu icke befintliga) lokaler som Kommunen i samband med den senaste hyresförhandlingen erbjöds att hyra.

Vad som är ett avtals huvudföremål ska bedömas baserat på objektiva omständigheter och med beaktande av de huvudprestationer som överväger och sådana som är karaktäristiska för kontraktet i motsats till de prestationer som endast är av accessorisk eller kompletterande karaktär och som obligatoriska på grund av kontraktets ändamål. Om byggentreprenaden 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 lokalen kan kontraktet behandlas som ett hyreskontrakt. Om det huvudsakliga syftet med kontraktet däremot måste bedömas vara att utföra en byggentreprenad, ska kontraktet upphandlas i sin helhet.

Avtalets huvudföremål är nyttjanderätten till såväl de befintliga lokalerna som de som tillskapas genom tillbyggnationen. Kommunen har inte ingått ett hyresavtal avseende de befintliga 8155 kvadratmetrarna (kvm) med det hudsakliga syftet att uppföra en byggnad om 2120 kvm, vilket torde vara uppenbart. Uppförandet av byggnaden är en följd av hyresförhållandet i sin helhet och hade aldrig blivit aktuellt om inte det tidigare hyresförhållandet hade förelegat, d.v.s. byggnationen är avhängig hyresförhållandet och inte

vice versa. Uppförandet av byggnaden är därmed av underordnad karaktär i förhållande till hyresdelen, och kontraktet ska därför behandlas som ett hyreskontrakt i sin helhet.

Konkurrensverket anför i sin ansökan att Avtalet utgör ett offentligt kontrakt vars huvudföremål är en byggtreprenad. Konkurrensverket anför i punkten 62 i sin ansökan att ”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 uppförandet av byggnadsverket”. Konkurrensverket har inte vidare utvecklat varför detta i det aktuella fallet skulle tala för att huvudföremålet för Avtalet är uppförandet av ett byggnadsverk. Mot bakgrund av tillbyggnationens underordnade storlek, värde och betydelse för Avtalet som helhet finner Kommunen denna slutsats ogrundad och felaktig då bedömningen ska baseras på objektiva omständigheter i det enskilda fallet.

Konkurrensverket anför vidare i punkten 63 att lokalens yta genom tillbyggnationen utökades med 25,9 %, ”en inte obetydlig ökning”. Det är förvisso inte en obetydlig ökning, men detta innebär inte att den övervägande huvudprestationen i Avtalet som helhet skulle bestå av uppförandet av en byggnad när lokalen, efter tillbyggnationen, till 79,4 % består av redan befintliga byggnader.

I punkten 66 avfärdar Konkurrensverket ett flertal av de objektiva omständigheter som Kommunen menar borde läggas till grund för bedömningen av kontraktets huvudföremål utan någon djupare analys eller stöd i varken lag, domstolspraxis eller doktrin. Den enda referensen som finns i det stycket är en fotnot som förefaller återge Konkurrensverkets egen uppfattning då källhänvisning saknas.

Konkurrensverket verkar emellertid vara av uppfattningen att stora delar av kontraktsvärdet avser ett rent hyresförhållande, vilket framgår av punkten 87 i Konkurrensverkets ansökan där verket redogör för förmildrande omständigheter vid bedömningen av upphandlingsskadeavgiftens storlek. Verket anför där att detta beaktar att ”enbart en del av upphandlingens värde avser själva tillbyggnationen” samt att ”Upphandlingens värde innefattar därmed även ersättning som i ett normalt hyresförhållande bör betraktas som rena hyreskostnader”. Konkurrensverket hänvisar i denna kontext till en tidigare punkt i ansökan (punkt 74) där verket har specificerat hur stort Avtalets kontraktsvärde är samt hur stor del av detta som avser hyra för nybyggnationen. Av denna punkt framgår att kontraktsvärdet som minst uppgår till 307 025 000 kronor och att värdet av den del som avser hyra av nybyggnationen uppgår till 52 576 000 kronor, vilket motsvarar 17,1 % av det totala kontraktsvärdet. Avtalets kontraktsvärde består således till minst 82,9 % av ersättning som ”i ett normalt hyresförhållande” bör betraktas som ”rena hyreskostnader”. Kontraktsvärdet avser därmed till övervägande del rena hyreskostnader för befintliga lokaler som fanns även innan någon tillbyggnation blev aktuell. Det framgår inte av Konkurrensverkets ansökan i vilken mening denna del av Avtalet inte längre skulle utgöra ett ”normalt hyresförhållande” – det har varit det tidigare och inga omständigheter

har förändrats i den delen. De prestationer som kännetecknar Avtalet är till den absolut största delen upplåtandet av lokaler i utbyte mot hyra. Givet att Konkurrensverket uppenbarligen uppfattar att den största delen av kontraktsvärdet – och även den övervägande delen av lokalytan – hänför sig till de befintliga lokalerna (och det rena hyresförhållande som föreligger där) blir Konkurrensverkets resonemang om att Avtalets huvudföremål skulle vara en byggtreprenad tämligen svårbegripligt.

3.3 Upphandlingsskadeavgiftens storlek

Kommunen vill anföra följande angående upphandlingsskadeavgiftens storlek för det fall domstolen finner att Avtalet utgör en otillåten direktupphandling.

Konkurrensverket har som försvårande omständigheter i punkten 86 framhållit att avtalet kan förlängas vid upprepade tillfällen och därmed gälla för obegränsad tid. Om det hade rört sig om ett avtal avseende upprepade/kontinuerliga leveranser av upphandlingspliktiga varor, tjänster eller byggtreprenader med obegränsat antal möjliga förlängningar hade Kommunen delat Konkurrensverkets uppfattning. Då blir värdet som är hänförligt till de felaktigt anskaffade nyttigheterna potentiellt obegränsat, vilket självfallet är en försvårande omständighet. Så är emellertid inte fallet i det aktuella ärendet. Att avtalet kan förlängas vid upprepade tillfällen och gälla för obegränsad tid är naturligt för ett avtal av det aktuella slaget, då det primära syftet med avtalet är att för lång tid framöver kunna förfoga över den aktuella lokalen (d.v.s. att förvärva en nyttjanderätt i form av en hyresrätt). Detta är något som är gemensamt för detta avtal och de flesta andra hyresavtal. Mot bakgrund av att den del av avtalets initiala löptid då uppförandet av byggnaden pågår (den påstått upphandlingspliktiga byggtreprenaden) är mycket begränsad i tid, och att byggnationen inte alls är pågående under de potentiella förlängningar som Konkurrensverket hänvisar till, kan detta inte ses som en försvårande omständighet i det här fallet. Att hyra en lokal är inte en upphandlingspliktig anskaffning, och även om uppförandet av byggnaden skulle anses omfattas av upphandlingsplikt är såväl merparten av kontraktsvärdet som merparten av prestationerna under avtalstiden hänförliga till nyttjandet av lokalen (och inte till uppförandet av densamma)³.

Konkurrensverket anför sedan i punkten 87 även att verket beaktar att ”enbart en del av upphandlingens värde avser själva tillbyggnationen” samt att ”Upphandlingens värde innefattar därmed även ersättning som i ett normalt hyresförhållande bör betraktas som rena hyreskostnader.”. Konkurrensverket hänvisar i denna kontext till en tidigare punkt i ansökan (punkt 74) där verket har specificerat hur stort Avtalets kontraktsvärde är samt hur stor del av detta som avser hyra för nybyggnationen. Av denna punkt framgår att kontraktsvärdet som minst uppgår till 307 025 000 kronor och att värdet av den del som avser hyra av nybyggnationen uppgår till 52 576 000 kronor. Genom att beakta delar av kontraktsvärdet på olika sätt beroende på om delen är hänförlig till hyra för de befintliga

³ Kammarrättens i Göteborg dom, mål nr 5806-19, s. 7.

lokalerna eller till hyra för nybyggnationen vid bedömningen av upphandlingsskadeavgiftens storlek visar Konkurrensverket att det gör en distinktion av vad som är hänförligt till den påstådda lagöverträdelsen och vad som faller inom hyresundantaget.

När Konkurrensverket efter nära ett års utredning den 21 december 2023 kommunicerade sin preliminära bedömning med Kommunen hade verket bedömt avgiftens storlek till 5 miljoner kronor baserat på Avtalets totala värde. Det står inte klart för Kommunen hur Konkurrensverkets bedömning att just det beloppet är effektivt, proportionerligt och avskräckande har gått till, och det framgår inte heller av utkastet. Nu, med beaktande av att det enbart är en del om 17,1 % av avtalsvärdet som är hänförligt till tillbyggnationen, yrkar Konkurrensverket på 3 miljoner kronor. Detta förefaller orimligt högt i förhållande till Konkurrensverkets tidigare beräkningar och bedömningar. För att avgiften ska bli proportionerlig under dessa omständigheter borde den snarare uppgå till högst 860 000 kronor⁴.

Kommunens mening är mot bakgrund av ovan att det inte föreligger några försvårande omständigheter för det fall avtalet befins vara ett upphandlingspliktigt byggtreprenadkontrakt. Tvärtom finns det förmildrande omständigheter i form av det oklara rättsläge som råder på området, samt det faktum att avtalet avseende den nya lokalen till stor del rör ett icke-upphandlingspliktigt hyresförhållande.

Överträdelsen är därmed inte av så allvarlig art att 3 miljoner kronor är en proportionerlig storlek på upphandlingsskadeavgiften. Den bör därför sättas ned till högst 860 000 kr.

4. Bilagor

- Bilaga 1 Nacka kommuns uppsägning för villkorsändring, daterad 2022-01-28
- Bilaga 2 Hyresvärdens uppsägning för villkorsändring, daterad 2022-06-07

För Nacka kommun

Nacka den

xxx

⁴ 17,1 % av den ursprungligen bedömda upphandlingsskadeavgiften 5 miljoner kronor utgör ca 860 000 kronor.