

Stockholm den 11 april 2022

Förvaltningsrätten i Stockholm

Endast per e-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se

YTTRANDE I MÅL NR 35322-21

Domstolsverket ./ Konkurrensverket

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

1.	Inledande sammanfattning och disposition	2
2.	Om formerna för skriftväxlingen, prövningsramen och målets fortsatta handläggning.....	4
3.	Allt är inte upphandling	7
4.	Om restriktivitetsprincipen och en ändamålsenlig tolkning	10
5.	Frågan om Transaktionens och Projektets delbarhet.....	14
6.	Frågan om Tjänsten X och om denna tjänst är en byggentreprenad	16
7.	Tjänsten X är sedvanlig verksamhet för en fastighetsägare och hyresvärd	21
8.	Sedvanlig kontorsfastighet	24
9.	Situationen i <i>La Scala</i> var den samma.....	28
10.	Vad är alternativet till hyresvärdsupphandling?	29
11.	Vad Konkurrensverket avstått från att bemöta.....	31
12.	Avslutningsvis om Konkurrensverkets bevisbörda.....	33
	Bilageförteckning	35

1. Inledande sammanfattning och disposition

- 1.1 Med anledning av förvaltningsrättens underrättelse av den 14 mars 2022, aktbilaga 46, får vi härmed inkomma med yttrande över Konkurrensverkets yttrande av den 11 mars 2022, aktbilaga 41 ("Yttrandet").
- 1.2 Domstolsverket använder de definitioner och förkortningar som framgår av bifogad definitionsbilaga, Bilaga 1.
- 1.3 Domstolsverkets yttrande är disponerat utifrån Domstolsverkets invändningar mot den rättsuppfattning som Konkurrensverket för fram i Yttrandet. Dessa är:
 1. **Konkurrensverkets rättsuppfattning bygger på grundföreställningen att alla ekonomiska transaktioner mellan det offentliga och privata omfattas av LOU.** Som Domstolsverket visar i **avsnitt 3** är detta felaktigt. Allt är inte upphandling.
 2. **Konkurrensverkets resonemang är helt avhängigt en restriktiv tillämpning av hyresundantaget.** I **avsnitt 4** visar Domstolsverket att denna syn inte har stöd i EU-domstolens praxis samt hur den skulle leda till att LOU-direktivets ändamålsenliga verkan undermineras.
 3. Även om Domstolsverkets rättsuppfattning inte är beroende av frågan om Projektet är delbart eller odelbart så kan konstateras att **Konkurrensverkets resonemang bygger på att det finns en skyldighet att bedöma upphandlingsplikten av både hyresavtal och byggentreprenader som en helhet.** I **avsnitt 5** visar Domstolsverket att Konkurrensverkets uppfattning i detta avseende är felaktig och att Domstolsverket har en rätt att bryta ut upphandlingspliktiga byggentreprenadarbeten och få återstående tjänster bedömda för sig.
 4. **En förutsättning för Konkurrensverkets inställning är att Transaktionen utgör ett byggentreprenadkontrakt enligt 1 kap. 9 § LOU.** Domstolsverket redogör i **avsnitt 6** för varför detta är felaktigt.
 5. **Konkurrensverket argumenterar i Yttrandet för att de åtaganden som Castellum gör enligt Genomförandeaftalet är upphandlingspliktiga byggentreprenadtjänster** och Konkurrensverket är också beroende av att det förhåller sig på detta sätt för att kunna hävda upphandlingsskyldighet för Transaktionen. I **avsnitt 7** visar Domstolsverket emellertid att de åtaganden som Konkurrensverket framhåller är en naturlig följd av hyresrelationen mellan Domstolsverket och Castellum och att motsvarande åtaganden finns i många hyresavtal.
 6. I såväl Yttrandet som Tillsynsbeslutet argumenterar **Konkurrensverket för att den byggnad som Domstolsverket hyr är en specialanpassad fastighet som realiserats enligt Domstolsverkets krav.** Domstolsverket kan emellertid vederlägga detta påstående. I **avsnitt 8** visar Domstolsverket för det första att en byggnads utformning, även om denna är spektakulär, inte av denna anledning behöver vara uppförd enligt krav från hyresgästen vilka går längre

än de krav som en hyresgäst normalt ställer på en byggnad som den aktuella byggnaden.

För det andra visar Domstolsverket att det inte finns något stöd för att det är Domstolsverket som ställt de krav som Konkurrensverket framhåller som osedvanliga.

För det tredje visar Domstolsverket att de aktuella kraven dessutom inte är osedvanliga utan tvärtom krav som är vanliga i en hyresrelation och som dessutom i flera fall uttryckligen kategoriserats av EU-domstolen som sedvanliga för en hyresrelation.

För det fjärde påpekar Domstolsverket att Konkurrensverket fortfarande inte redovisat några konkreta krav som Domstolsverket ställt på den aktuella byggnaden och som på något sätt påverkat dess arkitektoniska utformning.

7. I **avsnitt 9** visar Domstolsverket hur **EU-domstolens avgörande i La Scala utgör ett uttryckligt godkännande av Domstolsverkets förfaringssätt.**
8. **Konkurrensverket anger att det inte kräver att hyresupphandling används.** Som Domstolsverket påpekar i **avsnitt 10** presenterar Konkurrensverket dock inte något alternativ till hyresupphandling.
- 1.4 Utöver dessa avsnitt, vilka alltså syftar till att vederlägga vissa av Konkurrensverkets mer avgörande påståenden om rättsförhållanden och sakomständigheter, presenterar Domstolsverket i **avsnitt 11** en översikt över **de delar av Domstolsverkets ursprungliga argumentation som Konkurrensverket av någon anledning ännu inte bemött.**
- 1.5 **Avsnitt 12** avslutar detta yttrande med en **kort kommentar rörande Konkurrensverkets bevisbörda.**
- 1.6 För att tydliggöra vilka rättskällor som Konkurrensverket åberopar för de påståenden om rättens innehåll som Konkurrensverket för fram, såväl i Yttrandet som i Tillsynsbeslutet, har Domstolsverket härutöver upprättat en sammanställning över samtliga Konkurrensverkets hänvisningar till EU-domstolens praxis i såväl Tillsynsbeslutet som i Yttrandet, se Bilaga 2. I de flesta fallen har Domstolsverket ingen synpunkt på Konkurrensverkets tolkning av EU-domstolens uttalanden, men i vissa avseenden gör Domstolsverket en annan tolkning och/eller bedömer att Konkurrensverket utelämnat relevanta uttalanden från EU-domstolen.
- 1.7 Domstolsverkets förhoppning är att sammanställningen ska ge förvaltningsrätten en bättre överblick över vilka uttalanden från EU-domstolen som Konkurrensverket åberopat till stöd för sin rättsuppfattning. Vidare hoppas Domstolsverket att sammanställningen ska kunna utgöra ett stöd för Domstolsverkets påpekanden om att vissa av Konkurrensverkets ställningstaganden helt enkelt saknar stöd i EU-domstolens praxis.¹

¹ Det bör noteras att vissa hänvisningar har utelämnats. Det rör sig om sådana hänvisningar där Konkurrensverket inte säger något om EU-domstolens uttalanden, utan gör ett påstående om en viss sakomständighet för att därefter hänvisa till ett visst mål från EU-domstolen utan att förklara vad jämförelsen syftar till eller hur ett visst

2. Om formerna för skriftväxlingen, prövningsramen och målets fortsatta handläggning

- 2.1 Båda parter bär naturligtvis lika ansvar för att skriftväxlingen i målet kretsar kring de relevanta frågeställningarna, och att det som anförs understöds med tydliga hänvisningar till de rättskällor som åberopas.
- 2.2 Domstolsverket gör sitt yttersta för att föra sin talan på ett sådant sätt att även Konkursverkets bästa argument får en så allsidig belysning som möjligt. Som tidigare påpekats har Domstolsverket ett stort intresse av att de gränsdragningsfrågor som Tillsynsbeslutet aktualiserat klargörs genom förvaltningsrättens kommande avgörande. Detta innebär inte att Domstolsverket begär ett godkännande av hur Domstolsverket bedriver sin verksamhet, men Domstolsverket hoppas naturligtvis att förvaltningsrättens dom är motiverad på ett tillräckligt utförligt sätt för att det ska klargöras huruvida Domstolsverket kan fortsätta bedriva denna på det sätt som idag sker.²
- 2.3 Som Domstolsverket redogjort för i sitt yttrande av den 7 februari 2022 innebär den tolkning av hyresundantaget som Konkursverket gör gällande att Domstolsverket inte längre kan bedriva sin verksamhet på det sätt som Domstolsverket bedömer leder till den mest effektiva konkurrensutsättningen av berörda byggentreprenadarbeten.³ Det är Domstolsverkets förhoppning att förvaltningsrätten ställer detta förhållande till rätta.
- 2.4 Även om Domstolsverket inte i sig har någon invändning mot Konkursverkets beskrivning av prövningsramen så borde det även ligga i Konkursverkets intresse, i egenskap av tillsynsmyndighet för offentlig upphandling, att få en så bred belysning av de relevanta rättsfrågorna som möjligt. I någon mening definierar hyresundantaget en yttersta gräns för Konkursverkets tillsynsområde och Domstolsverket antar att det var just för att testa denna gräns som Konkursverket meddelade Tillsynsbeslutet.⁴
- 2.5 Domstolsverket vill understryka att det är viktigt att den rättsuppfattning som en tillsynsmyndighet torgför är bärkraftig även i andra situationer än just den som föreligger i ett visst tillsynsärende. Domstolsverkets uppfattning är att så inte är fallet här och Domstolsverket kommer nedan, genom en serie särskilt markerade exempel, illustrera de oönskade konsekvenser som Konkursverkets rättsuppfattning kan få om den skulle tillämpas brett på transaktioner i samband med hyresavtal, se i detta

uttalande från domstolen ska tolkas (varken generellt eller i det enskilda fallet). Detta sker som regel genom ett "Jfr", se bl.a. fotnoterna 37, 41, 42 och 46 i Tillsynsbeslutet och fotnot 30, 46 och 64 i Yttrandet.

² Konkursverket använder i punkt 5 av Yttrandet citationstecken för satsen "godkännande av Domstolsverkets upplägg". Det finns skäl att klargöra att detta inte är ett citat hänförligt till Domstolsverket. Domstolsverket har endast yrkat att Tillsynsbeslutet ska upphävas, se det inledande avsnittet i Domstolsverkets överklagande av den 22 december 2021 samt punkt 5.5 i Domstolsverkets yttrande av den 7 februari 2022.

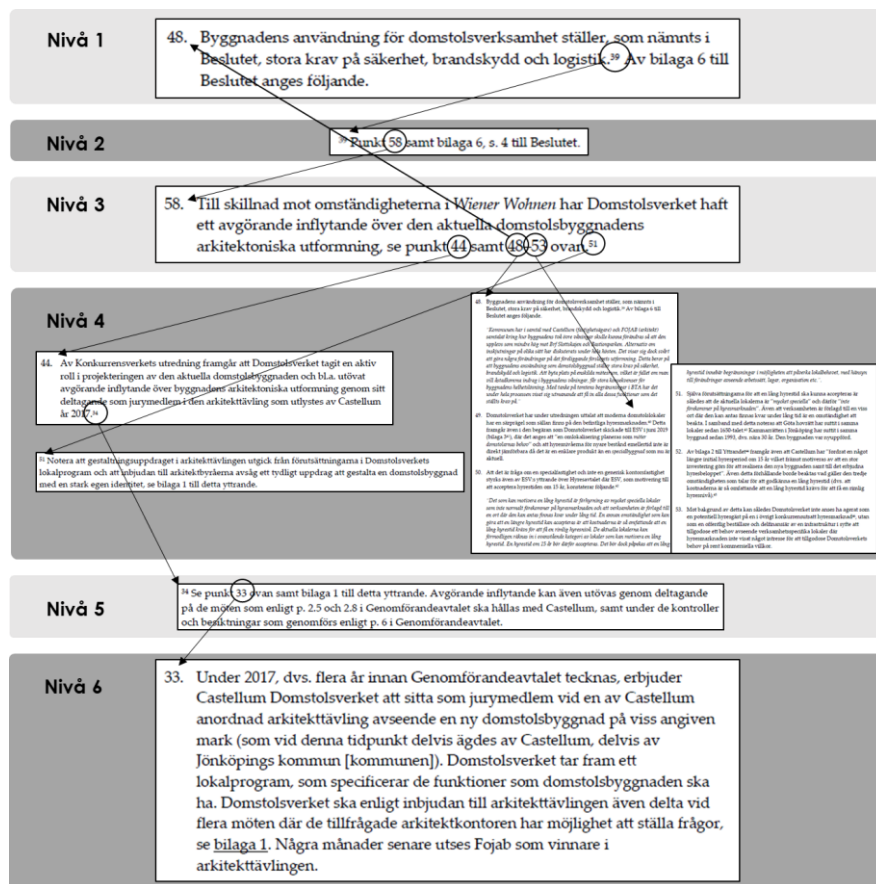
³ Se avsnitt 2.1-2.14 i Domstolsverkets yttrande av den 7 februari 2022.

⁴ Se i detta avseende uttalande av generaldirektör Rikard Jermsten enligt Inköpsrådet, "Måste bli fler fall om upphandlingsskadeavgift" publicerad den 9 december 2021, <https://upphandling24.se/maste-bli-fler-fall-om-upphandlingsskadeavgift/>, läst den 4 april 2022.

avseende punkterna 3.10, 4.11, 4.15 och 8.7 nedan. Ett grundläggande krav på god rättstillämpning är att den ska hålla även utanför den enskilda situationen.

- 2.6 I punkt 7 i Yttrandet anger Konkurrensverket att Domstolsverkets definitionslista inte fullt ut överensstämmer med de faktiska omständigheterna. Domstolsverket vill därför inbjuda Konkurrensverket att göra de ändringar och tillägg som Konkurrensverket önskar i definitionslistan så att parterna kan upprätta en gemensam begreppsapparat för målets fortsatta handläggning. Domstolsverket har upprättat en särskild definitionsbilaga för detta ändamål där Domstolsverket också har lagt till ytterligare två definitioner, nämligen Byggherre och Yttrandet, se Bilaga 1.⁵
- 2.7 En generell anmärkning på Yttrandet är att det ofta är onödigt svårt att härleda Konkurrensverkets argumentation tillbaka till någon av Konkurrensverket åberopad rättskälla. Detta beror inte nödvändigtvis på att det saknas rättslig grund för de påståenden som Konkurrensverket gör utan ofta på att Konkurrensverket använder en hänvisningsteknik som är svår att följa.
- 2.8 Hänvisningstekniken kan illustreras enligt följande figur, med angivande av antalet hänvisningsnivåer. De svarta cirkelarna och pilarna är avsedda att visa var hänvisningarna sker till och från.

⁵ För att underlätta eventuell redigering skickas en wordversion av denna bilaga direkt till registrator@kkv.se.



Läsanvisning

Som stöd för Konkurrensverkets påståenden i punkt 48 i Yttrandet hänvisas till fotnot 39, vilken i sin tur hänvisar till punkt 58 i Yttrandet och bilaga 6 till Tillsynsbeslutet, där punkt 58 hänvisar till punkterna 44, 48-53 och fotnot 51, vilken i sin tur hänvisar till bilaga 1 till Yttrandet. Punkt 44 i sin tur hänvisar till fotnot 34 vilken i sin tur hänvisar till fotnot 33 samt bilaga 1 till Yttrandet. Längs med denna kedja finns även ett fåtal ytterligare hänvisningar, och det bör noteras att en av hänvisningarna mitt i kedjan hänvisar tillbaka till punkt 48 – där hänvisningskedjan startade.

Av framställningstekniska skäl illustrerar figuren inte samtliga ytterligare korshänvisningar som förekommer inom denna kedja. Figuren illustrerar inte heller de många hänvisningarna till Tillsynsbeslutet och till bilagorna till Tillsynsbeslutet som Yttrandet innehåller. Vid sådana hänvisningar har Konkurrensverket inte skrivit ut, eller ens summerat, vad som framgår av den hänvisade delen av Tillsynsbeslutet eller vad den aktuella bilagan utgör för dokument. Det blir således nödvändigt att motläsa Tillsynsbeslutet mot Yttrandet för att få en överblick över vilka rättskällor och dokument som Konkurrensverket faktiskt åberopar till stöd för sin talan. En hänvisning som kanske först ger intrycket av att kunna leda till en rättslig grund för ett visst påstående visar sig ofta endast leda till en påminnelse om att samma påstående framfört av Konkurrensverket vid ett tidigare tillfälle.

- 2.9 Det här sättet att underbygga påståenden gör det svårt att följa och bemöta Konkurrensverkets argumentation i målet – trots att Domstolsverket väl känner till handlingarna i akten sedan tidigare. Domstolsverket har i detta yttrande, bland annat genom sammanställningen i Bilaga 2, gjort en ansträngning för att samtliga relevanta rättskällor ska finnas så lätt tillgängliga för läsaren som möjligt och hoppas att Konkurrensverket under den fortsatta handläggningen ska följa detta exempel.

3. Allt är inte upphandling

- 3.1 Konkurrensverkets roll som tillsynsmyndighet innebär att verket, genom tillsynsärenden och domstolsprocesser, driver rättsområdets utveckling framåt. Detta är på det stora hela till nytta för såväl Domstolsverket som alla andra upphandlande myndigheter och enheter. Ett sätt för Konkurrensverket att uppnå det syftet är att ge uttryck för en expansiv syn på upphandlingsrätten, så att viktiga gränsdragningsfrågor ges uppmärksamhet. I förevarande fall menar dock Domstolsverket att Konkurrensverkets expansiva syn på vad som utgör upphandling enligt LOU inte i alla delar har stöd i rättskällorna.
- 3.2 Av Yttrandet får man exempelvis lätt intrycket av att alla typer av verksamhet som ett privat företag bedriver när de samtidigt har ingått, eller kan komma att ingå, någon form av avtal med en upphandlande myndighet utgör en upphandlingspliktig tjänst. Detta synsätt tydliggörs i:
- > Punkt 13 i Yttrandet om Castellums roll som byggherre;
 - > Punkt 18 där Konkurrensverket anger att LOU är tillämpligt när ett behov hos en upphandlande myndighet tillgodoses utanför den egna juridiska personen mot någon form av ekonomisk ersättning;
 - > Punkt 37 där Konkurrensverket framhåller att Castellums roll som part i avropsavtal avseende tekniska konsulter;
 - > Punkt 82 där Konkurrensverket anför att alla situationer som framstår som attraktiva eftersom de medför en möjlighet att göra vinst omfattas av upphandlingsskyldighet; samt
 - > Punkt 84 där Konkurrensverket anger att genomförandeavtalet "*sätter således i spel vissa bestämmelser om ersättning till Castellum under dessa förutsättningar*".
- 3.3 I dessa fall verkar kärnan i Konkurrensverkets kritik vara att Domstolsverkets avtalspart överhuvudtaget bedriver en verksamhet. Annorlunda beskrivet verkar Konkurrensverkets uppfattning vara att Castellums verksamhet leder till intäkter för Castellum, och att det därför *måste* finnas upphandlingsplikt i något led.
- 3.4 Yttrandet ger intrycket av att alla former av transaktioner mellan det offentliga och det privata utgör upphandlingspliktiga köp om de inte är uttryckligen undantagna från LOU.
- 3.5 Så är det inte. Allt är inte upphandling. Det finns en mängd affärsrelationer som kan ingås mellan det privata och det offentliga utan att utgöra köp. Det är exempelvis fullt möjligt för det offentliga och det privata att ingå avtal om att samverka inom och samfinansiera ett visst projekt utan att det privata därmed har utfört en tjänst, levererat en vara eller uppfört ett byggnadsverk för den upphandlande myndighetens räkning. Detta gäller även om verksamheten som sådan är av nytta för den upphandlande myndigheten.

3.6 I punkt 83 anför Konkurrensverket att "[a]lla situationer som framstår som attraktiva eftersom de medför en möjlighet att göra vinst, omfattas av rekvisitet om 'ekonomiska villkor'". Detta stämmer inte. I mål C-367/19, *Tax-Fin-Lex d.o.o.*, hade en leverantör lämnat ett anbud med ett pris på noll euro, dvs. ett anbud där leverantören inte skulle ta betalt för att tillhandahålla en viss tjänst. En av frågorna i målet var om det skulle kunna anses vara fråga om ett "kontrakt" i upphandlingsrättslig mening när den upphandlande myndigheten inte skulle erlägga någon ekonomisk motprestation.

3.7 I punkt 28 i domen uttalar EU-domstolen följande.

"Den omständigheten – som den hänskjutande domstolen har hänvisat till och som gäller för varje förfarande för offentlig upphandling – att tilldelningen av kontraktet skulle kunna ha ett ekonomiskt värde för anbudsgivaren, genom att anbudsgivaren ges tillgång till en ny marknad eller kan erhålla referenser, är alltför oberäknelig, och den kan följaktligen inte, såsom generaladvokaten har påpekat i punkterna 63–66 i sitt förslag till avgörande, räcka för att kontraktet ska kvalificeras som ett "kontrakt med ekonomiska villkor"."

3.8 Det är således inte ifall en transaktion "framstår som attraktiv" som ska avgöra om ett visst avtal har "ekonomiska villkor" i upphandlingsrättslig mening. Det avgörande är istället vilka rättsligt bindande skyldigheter som följer av avtalet och om det därvid kan konstateras finnas en specifik "belöning för [en] prestation".⁶

3.9 Det offentliga lämnar vidare bidrag till en mängd verksamheter varje år med villkor om att dessa verksamheter ska bedrivas på visst sätt. Denna bidragsgivning innebär emellertid inte att det offentliga ska anses ha köpt Röda Korsets, Kvinnojourens eller familjen Bernadottes tjänster.⁷

3.10 Det kan dessutom konstateras att den omständighet att ett privat företag ingår ett upphandlingspliktigt avtal med en upphandlande myndighet inte i sig innebär att alla åtgärder som denna leverantör vidtar inom ramen för sin verksamhet därmed genomförs för den upphandlande myndighetens räkning. Detta förhållande kan illustreras med följande exempel.

Exempel

Domstolsverket har avtal med ett städföretag som utför städtjänster på Domstolsverkets lokalkontor i Stockholm. Det avtalet innebär dock inte att alla tjänster och produkter som städföretaget av nödvändighet måste ha tillgång till för att utföra uppdraget faktiskt har köpts av Domstolsverket.

⁶ Se mål C-367/19, *Tax-Fin-Lex d.o.o.*, punkt 26.

⁷ Se skäl 4 i LOU-direktivet där det anges att "Vidare brukar inte enbart finansieringen, särskilt genom bidrag, av en verksamhet, som ofta är knuten till skyldigheten att återbetala de mottagna beloppen om de inte används för de avsedda ändamålen, omfattas av reglerna för offentlig upphandling.". Se även i detta avseende SOU 2019:56, *Idéburen välfärd* som innehåller en utförlig redogörelse för skillnaderna mellan bidrag och köp.

För att utföra uppdraget behöver städföretaget ha exempelvis leasing av datorer till sitt huvudkontor, programvara för löneadministration, tjänstefordon, städartiklar och kontorsmateriel m.m.

Om sådant inte köps in av städföretaget kan företaget i princip inte bedriva någon verksamhet. Domstolsverket har dock inte kontrakterat städföretaget för att leasa datorer eller köpa in löneadministrationsprogram.

Istället är detta åtgärder som städföretaget vidtar på eget initiativ för att fullgöra sitt egentliga uppdrag; att tillhandahålla lokalvårdstjänster på ett avtalsenligt sätt. Det är endast denna tjänst som städföretaget tar betalt för och som omfattas av det köp som Domstolsverket har gjort.

De åtgärder städföretaget vidtar inom ramen för fullgörandet av denna tjänst kan visserligen vara mer eller mindre nödvändiga för tjänstens framgångsrika utfall men omfattas inte av ett rättsligt åberopbart åtagande som Domstolsverket kan göra gällande i en fullgörelsetalan mot städföretaget.

- 3.11 Härutöver finns ett antal definitionsundantag i LOU vilka syftar till att undanta transaktioner som i och för sig sker mot betalning och skapar rättsligt åberopbara skyldigheter för en leverantör att utföra en tjänst, leverera en vara eller uppföra ett byggnadsverk. Bland dessa undantag finns det hyresundantag som är föremålet för detta mål men även advokattjänster i samband med ett rättsligt förfarande och anställningskontrakt.⁸
- 3.12 Det är viktigt att notera att dessa undantagna avtal, om det inte vore för respektive undantag, mycket väl hade kunnat träffats av LOU:s kontraktsdefinition och därmed av lagens tillämpningsområde. Som vi kommer att beskriva i nästa avsnitt innebär det emellertid inte att tillämpningen av sådana undantag bör begränsas eller tolkas restriktivt. Tvärtom måste bestämmelserna om undantagen få avsedd effekt, eftersom det av olika skäl ansetts vara olämpligt att låta dessa avtal omfattas av upphandlingsplikt.

⁸ Se 3 kap. 22 § LOU för advokatundantaget, 3 kap. 19 § LOU för hyreskontrakt och 3 kap. 25 § för anställningskontrakt.

4. Om restriktivitetsprincipen och en ändamålsenlig tolkning

- 4.1 I punkt 56 i Yttrandet konstaterar Konkursverket att "[v]arje undantag från skyldigheten att tillämpa reglerna, ska tolkas restriktivt".
- 4.2 Utgångspunkten för hur upphandlingsrättsliga undantag ska förstås är EU-domstolens rättspraxis, vilket även Konkursverket hänvisar till i ovan nämnda citat. Konkursverket hänvisar dock endast till ett äldre avgörande, nämligen mål C-26/03, *Stadt Halle*.
- 4.3 I det målet – och flera liknande – har EU-domstolen uttalat att det finns en skyldighet för varje upphandlande myndighet att tillämpa upphandlingsdirektiven när förutsättningarna för detta är uppfyllda och att varje undantag från denna skyldighet ska tolkas strikt.⁹
- 4.4 EU-domstolen har dock nyanserat detta uttalande i ett nyligen meddelat avgörande på temat undantag och restriktivitet, mål C-461/20, *Advania Sverige och Kammarkollegiet*.
- 4.5 Prövningen i målet rörde bestämmelsen i LOU-direktivet som möjliggör överlåtelse av ett upphandlat kontrakt eller ramavtal från en leverantör till en annan till följd av företagsomstruktureringar, inklusive uppköp, sammanslagningar, förvärv eller insolvens.
- 4.6 Frågan var om denna bestämmelse, vilken utgör ett undantag från huvudregeln om att leverantörsbyten i upphandlade kontrakt och ramavtal ska föregås av ett annonserat förfarande, kunde tillämpas i fall då det inte skett någon verksamhetsövergång annat än en överlåtelse av de skyldigheter och rättigheter som följer av det aktuella avtalet.
- 4.7 Om bestämmelsen skulle tillämpas restriktivt skulle utrymmet för att tillämpa bestämmelsen naturligtvis minska. EU-domstolen uttalade dock följande.

*"Artikel 72.1 d ii) i direktiv 2014/24 och därmed även begreppet insolvens ska tolkas restriktivt, eftersom det i den artikeln, såsom framgår av punkterna 20 och 21 ovan, föreskrivs ett undantag. Såsom generaladvokaten har påpekat i punkt 62 i sitt förslag till avgörande får denna tolkning dock inte medföra att detta undantag förlorar sin ändamålsenliga verkan. Detta skulle vara fallet om begreppet insolvens endast avsåg de fall där den ursprungliga leverantörens verksamhet där det aktuella ramavtalet ingår, åtminstone delvis övertogs av den nya leverantören och om detta begrepp inte förstods i sin sedvanliga, mer vidsträckta betydelse."*¹⁰ (understrykningar tillagda)

⁹ Se mål C-26/03, *Stadt Halle*, punkterna 44-46. Motsvarande generella uttalanden återfinns i EU-domstolens domar i mål C-15/13, *Datenlotsen Informationssysteme*, punkterna 22-23, mål C-553/15, *Undis Servizi*, punkt 29, mål C-458/03, *Parking Brixen*, punkt 63 och mål C-413/17, *Roche Lietuva*, punkt 38.

¹⁰ Se mål C-461/20, *Advania Sverige och Kammarkollegiet*, punkt 30.

- 4.8 Såsom EU-domstolen poängterar får en restriktiv tolkning av ett undantag inte leda till att undantaget förlorar sin ändamålsenliga verkan. I målet innebar detta att begreppet insolvens gavs en vidsträckt betydelse.
- 4.9 Ett annat sätt att uttrycka det är att om unionslagstiftaren har valt att undanta vissa kontraktstyper från upphandlingsregelverket så måste även detta förhållande respekteras och ges genomslag vid tillämpningen och tolkningen av de aktuella bestämmelserna.¹¹ Även undantag måste ges sin ändamålsenliga verkan.
- 4.10 Konkursverkets kortfattade slutsats i punkt 56 i Yttrandet om att "[v]arje undantag från skyldigheten att tillämpa reglerna, ska tolkas restriktivt" ger därför uttryck för en felaktig och delvis föråldrad rättsuppfattning.
- 4.11 Den restriktiva tolkning som Konkursverket gör av hyresundantaget innebär att Domstolsverkets hyresavtal med Castellum ska omfattas av annonseringsskyldighet trots att samtliga upphandlingspliktiga byggentreprenadarbeten redan blivit föremål för annonserade upphandlingsförfaranden. I praktiken innebär detta ett krav på att själva hyresförhållandet, valet av hyresvärd, tvingas in under LOU:s tillämpningsområde trots att detta avtalsförhållande är uttryckligen undantaget. En sådan tolkning av hyresundantaget må vara restriktiv men den är knappast ändamålsenlig.

Exempel

Den restriktiva tolkning som Konkursverket gör skulle också leda till att hyresförhållanden konkurrensetsätts genom annonserade förfaranden trots att det i de allra flesta fall inte finns någon faktisk konkurrens att uppsöka, än mindre någon gränsöverskridande konkurrens. Om en upphandlande myndighet exempelvis önskar få sina befintliga lokaler ombyggda skulle myndigheten, istället för att upphandla de faktiska byggentreprenadarbetena, vara tvungen att annonsera en hyresvärdsupphandling för att kunna teckna ett tilläggsavtal för ombyggnationen med fastighetsägaren så att denne i sin tur kan köpa in byggentreprenadarbetena. En sådan hyresvärdsupphandling hade av lätt insedda skäl endast haft en anbudsgivare och hade på intet sätt gynnat den fri rörlighet av varor, tjänster och byggentreprenadarbeten som LOU-direktiven syftar till att uppnå. En restriktiv tolkning av hyresundantaget framstår i ett sådant exempel knappast ändamålsenlig.

- 4.12 Domstolsverket har i föregående yttrande visat hur hyresvärdsupphandling regelmässigt leder till sämre konkurrensetsättningar av byggentreprenader än byggentreprenadsupphandling. Konkursverket avfärdar detta som att det saknar

¹¹ För vidare analys av restriktivitetsprincipens historiska framväxt och betydelsen av EU-domstolens uttalande i punkt 30 i denna dom hänvisas till undertecknades artikel i Europarättslig tidskrift, se Lindberg, Olsson & Svensson, *Ändamålsenlig restriktivitet – ett välkommet förtydligande vid tillämpningen av upphandlingsrättsliga undantag*, Europarättslig tidskrift, häfte nr 1, 2022.

rättslig betydelse, se punkt 86 i Yttrandet. Domstolsverket vill dock hävda att denna omständighet är ett tydligt tecken på att den av Konkurrensverket förordade tolkningsmetoden inte är ändamålsenlig och därför inte bör läggas till grund för domstolens bedömning.

- 4.13 Konkurrensverket har inte formulerat något tydligt ändamål för varför Konkurrensverket anser att Transaktionen, trots att alla byggentreprenadarbeten och projekteringstjänster redan konkurrensutsatts i särskild ordning, ska konkurrensutsättas enligt LOU. Det enda skäl som Konkurrensverket åberopar för sin tolkning är att hyresundantaget ska tillämpas restriktivt. Det framgår emellertid tydligt av EU-domstolens avgörande i mål C-461/20, *Advania Sverige och Kammarkollegiet* att Konkurrensverkets tolkningsmetod i detta avseende inte återspeglar gällande rätt.
- 4.14 Konkurrensverket framhåller i såväl Yttrandet som Tillsynsbeslutet att valet av Castellum som fastighetsägare och byggherre avseende de aktuella lokalerna undandragits konkurrensutsättning. Men LOU syftar inte till att åstadkomma en konkurrensutsättning av relationen mellan en hyresgäst och en fastighetsägare eller de tjänster som en fastighetsägare normalt tillhandahåller sina hyresgäster. Att dessa tjänster undandras konkurrensutsättning enligt LOU är således inte ett problem, utan en avsedd effekt av lagens tillämpningsområde.
- 4.15 Att det förhåller sig på detta sätt blir särskilt tydligt om man tillämpar Konkurrensverkets argumentation, såsom den framgår av Yttrandet, på ett annat av LOU:s definitionsundantag.

Exempel

Anställningsavtal ingås mellan N.N och Domstolsverket. Av N.N:s tjänstebeskrivning framgår att denne är anställd bland annat för att ansvara för Göta Hovrätt och Kammarätten i Jönköpings lokalförsörjning. Som ersättning för detta uppdrag mottar N.N månatliga löneutbetalningar. I relationen mellan Domstolsverket kan således konstateras att N.N åtagit sig att utföra vissa tjänster för Domstolsverkets räkning och att N.N mottar ersättning för dessa tjänster i form av lön.

Inom ramen för sitt uppdrag är det N.N som ansvarat för att välja lokal för såväl Göta Hovrätt som Kammarätten i Jönköping, samt för att organisera såväl tecknandet av hyresavtal avseende denna lokal och att upphandla de underleverantörer som ska projektera och uppföra lokalen. N.N har i alla delar av utförandet av detta uppdrag förvärvat sig om att Domstolsverkets önskemål vad avser lokalernas utformning tillgodosätts i så stor utsträckning som möjligt. N.N har således, till och med i större utsträckning än vad som rimligen kan göras gällande för Castellum, varit den som ansvarat för att realisera byggnaden enligt de krav som ställts upp av Domstolsverket.

Även fysiska personer omfattas av leverantörsbegreppet.¹² Om man tillämpar Konkurrensverket resonemang rakt av kan således konstateras att N.N är en

¹² 1 kap. 16 § LOU

leverantör som mot ersättning i form av lön åtagit sig uppdraget att realisera ett byggnadsverk i enlighet med Domstolsverkets specifikationer. N.N:s anställningskontrakt utgör därför ett upphandlingspliktigt avtal och det förhållandet att Domstolsverket upphandlat de underleverantörer som de facto genomför den projektering och det utförande som krävts för att uppföra byggnadsverket föranleder, med Konkurrensverkets resonemang, ingen annan bedömning.

- 4.16 Om exemplet ovan framstår som absurt så beror det inte på att Domstolsverket ändrat eller förvanskat någon del av Konkurrensverkets argumentation. Det enda Domstolsverket har gjort är att byta ut det åberopade undantaget från 3 kap. 19 § (hyresundantaget) till 3 kap. 25 § (anställningsundantaget) och gått ett steg längre upp i ansvarskedjan vad gäller vem som ansvarar för att realisera ett byggnadsverk enligt Domstolsverkets specifikationer.

5. Frågan om Transaktionens och Projektets delbarhet

- 5.1 Enligt såväl LOU-direktivet som EU-domstolen har upphandlande myndigheter en generell rätt att dela upp ett kontrakt i flera delar för att därefter konkurrensutsätta de delar som, efter uppdelningen, är upphandlingspliktiga enligt LOU.¹³
- 5.2 Domstolsverket har därför, i enlighet med vad som följer av dessa rättskällor, haft rätt att dela upp kontrakt i flera delar alldeles oavsett om det uppdelade kontraktet är delbart eller odelbart. Som Domstolsverket tidigare redogjort för, så har samtliga upphandlingspliktiga delar (byggentreprenadarbeten) blivit föremål för konkurrensutsättning enligt LOU.¹⁴
- 5.3 Frågan om Projektet och/eller Transaktionen består av delbara eller odelbara blandade kontrakt saknar därför betydelse för Domstolsverkets inställning och uppfattning om hyresundantagets tillämplighet på Transaktionen.¹⁵
- 5.4 För Konkurrensverket är det emellertid nödvändigt (i) att Projektet kan bedömas som ett odelbart blandat kontrakt, (ii) att det vid denna bedömning är möjligt att ta hänsyn till övriga delar av Transaktionen, trots att dessa konkurrensutsatts, och (iii) att EU-domstolens uttalande om den generella rätten att dela upp kontrakt saknar betydelse.
- 5.5 Trots detta bortser Konkurrensverket från Domstolsverkets redovisade rättskällor och omständigheter, och vidhåller istället att Projektet är delbart i ett första led och samtidigt odelbart i ett andra led vad avser Transaktionen.¹⁶ Konkurrensverket har inte kunnat redovisa något rättsligt stöd för att göra delbarhetsbedömningen två gånger om, se Bilaga 2.
- 5.6 Konkurrensverket har inte heller redovisat något rättsligt stöd för att ta hänsyn till Projektet i dess helhet för att karaktärisera Transaktionen som upphandlingspliktig och samtidigt bortse från att samtliga upphandlingspliktiga inslag i Projektet har varit föremål för annonserade förfaranden enligt LOU.
- 5.7 Konkurrensverket hänvisar istället till ett svepande påstående om att "*Transaktionen ska analyseras utifrån sitt allmänna sammanhang och dess faktiska egenskaper*".¹⁷ Som framgår av Bilaga 2 saknas det stöd i EU-domstolens praxis att betrakta ett förfarande som flera delbara kontrakt i ett första led, för att i ett andra led betrakta vissa utvalda delar som odelbara. EU-domstolens rättspraxis avser snarare situationer där EU-domstolen brutit upp kontrakt som den upphandlande myndigheten bedömt vara odelbara och i samband med detta uttalat att de delar som är upphandlingspliktiga, faktiskt ska konkurrensutsättas. Domstolsverket har, med andra ord, agerat på det sätt som EU-domstolen ansett vara mest förenligt med LOU-direktivet.

¹³ Skäl 12 till LOU-direktivet samt EU-domstolens avgörande i mål C-521/18, *Pegaso och Sistemi di Sicurezza*, punkt 49. Se vidare punkt 4.14 – 4.18 i Domstolsverkets föregående yttrande.

¹⁴ Se avsnitt 3 i Domstolsverkets föregående yttrande.

¹⁵ Se punkt 4.14 – 4.18 i Domstolsverkets föregående yttrande.

¹⁶ Se t.ex. punkt 24 i Yttrandet.

¹⁷ Punkt 24 i Yttrandet.

- 5.8 Sammanfattningsvis har Domstolsverket agerat korrekt genom att dela upp kontraktet i flera delar och därefter konkurrensutsatt de delar som, efter uppdelningen, var upphandlingspliktiga enligt LOU. Denna rätt är oberoende av det uppdelade kontraktets eventuella delbarhet. Konkurrensverket har valt att bortse från denna rätt, dock utan att redovisa något rättsligt stöd för sin inställning.

6. Frågan om Tjänsten X och om denna tjänst är en byggentreprenad

- 6.1 I Beslutet rubricerade Konkurrentverket den tjänst som Castellum utför som en projektledningstjänst, CPV-kod 74.20.
- 6.2 Som Domstolsverket påpekat i föregående yttrande är rubriceringen i sig inte tillräcklig för att upphandlingsplikt ska uppstå. Att Konkurrentverket anger att ett visst avtal innehåller en projektledningstjänst medför inte att så är fallet utan det krävs att avtalet också innehåller åtaganden som kan beskrivas på detta sätt. Domstolsverket bad därför Konkurrentverket specificera var i avtalet det anges att Castellum är skyldig att utföra den aktuella projektledningstjänsten, vilket Konkurrentverket också delvis har gjort, se avsnitt 7 nedan.
- 6.3 Samtidigt kan konstateras att Konkurrentverket har delvis ändrat sin rubricering av den tjänst som Konkurrentverket påstår att Castellum åtar sig. I Yttrandet beskrivs istället tjänsten på följande sätt:
1. "Projektera och uppföra en ny domstolsbyggnad i Jönköping" (Punkt 1, 3 och 19 i Yttrandet)
 2. "Uppföra de för Domstolsverket verksamhetsanpassade lokalerna" (Punkt 15 i Yttrandet)
 3. "Realisera domstolsbyggnaden enligt Domstolsverkets krav" (Punkt 17 i Yttrandet)
 4. "Anskaffning av den nya domstolsbyggnaden" (Punkt 40 i Yttrandet)
 5. "Uppförande av en byggentreprenad" (Punkt 42 i Yttrandet)
 6. "i egenskap av byggherre – ansvara dock likväl för att utförandet av entreprenaden sker i enlighet med Domstolsverkets krav/behov" (Punkt 46 i Yttrandet)
 7. "byggherre- och projektledningstjänster" (Punkt 67 och 74 i Yttrandet)
 8. "projekteringstjänster och projektledningstjänster (Punkt 68 i Yttrandet)
 9. "bereda Domstolsverket möjlighet att fortlöpande kontrollera att lokalen projekteras för att uppfylla de uppställda funktionskraven" (Punkt 70 i Yttrandet)
 10. Krav på lojal samverkan "med innebörden att part som under avtalstiden uppmärksammar en ej överenskommen avvikelse i genomförandet jämfört med Hyresavtalet utan dröjsmål ska uppmärksamma den andra parten på detta i syfte att möjliggöra en effektiv hantering av eventuella avvikelser" (punkt 75 i Yttrandet)
- 6.4 Trots dessa många och varierande rubriceringar så är Konkurrentverket nu helt tydligt med att Genomförandeavtalet och Hyresavtalet tillsammans utgör ett byggentreprenadkontrakt. Detta framgår bland annat av punkterna 17, 42, 66 och 88 i Yttrandet.

- 6.5 Det kan emellertid konstateras att Genomförandeavtalet och Hyresavtalet inte innehåller sådana åtaganden som omfattas av byggentreprenadsdefinitionen i 1 kap. 9 § LOU.
- 6.6 Enligt 1 kap. 9 § LOU avses med byggentreprenadkontrakt ett kontrakt som
1. avser utförande eller både projektering och utförande av arbete som är hänförligt till en verksamhet som anges i bilaga 1,
 2. avser utförande eller både projektering och utförande av ett byggnadsverk, eller
 3. innebär att ett byggnadsverk realiserar, enligt krav som ställs upp av en upphandlande enhet som utövar ett avgörande inflytande över typen av byggnadsverk eller över projekteringen.
- 6.7 Den första punkten i 1 kap. 9 § LOU tar sikte på vilken typ av verksamhet det är som leverantören ska utföra enligt kontraktet, eftersom den hänvisar till de specifika verksamheter som framgår av bilaga 1 till LOU. Bilaga 1 är en förteckning över verksamheter som ingår i huvudgrupp 45 "Byggverksamhet" i den angivna nomenklaturen.
- 6.8 Huvudgrupp 45, vilket är den del i nomenklaturen som bilaga 1 hänvisar till, omfattar bland annat nybyggnad, renovering och normal reparation. Den särskilda undergruppen med koden 45.21 i bilaga 1 avser uppförande av hus och andra byggnadsverk.
- 6.9 Enligt särskilda anmärkningarna i bilagan omfattar byggentreprenaddefinitionen inte tjänster som avser *arkitektverksamhet och teknisk konsultverksamhet, och inte heller projektledning för byggande*. I bilaga 1 hänvisas det till koden 74.20 för dessa tjänster. Den tjänst och CPV-kod som Konkurrensverket ursprungligen ansåg att Genomförandeavtalet och Hyresavtalet avsåg är alltså uttryckligen undantagen från byggentreprenadsdefinitionen.¹⁸
- 6.10 Vidare framgår av den första punkten i 1 kap. 9 § LOU att definitionen omfattar såväl "utförande" som "både projektering och utförande" av arbete som är hänförligt till en verksamhet i bilaga 1. Av detta kan det *för det första* dras slutsatsen att enbart projektering aldrig kan omfattas av definitionen i den första punkten. För att projektering ska kunna ingå i ett byggentreprenadkontrakt krävs att även utförandet av byggentreprenadarbetena omfattas av kontraktet.
- 6.11 Eftersom såväl projektering och utförande upphandlats i särskild ordning, separerat från utförandet av byggentreprenadarbetena, kan således definitionsvis Hyresavtalet och Genomförandeavtalet inte utgöra ett byggentreprenadkontrakt enligt 1 kap. 9 § första punkten.
- 6.12 Stöd för detta kan också hämtas från skäl 8 i LOU-direktivet där följande anges:

¹⁸ Se fotnot 38 i Tillsynsbeslutet där Konkurrensverket hänvisar till just denna CPV-kod.

"Ett kontrakt bör bedömas vara ett offentligt byggentreprenadkontrakt endast om det specifikt avser utförande av de verksamheter som avses i bilaga II, även om kontraktet också kan omfatta tillhandahållande av andra tjänster som är nödvändiga för utförandet av dessa verksamheter. Offentliga tjänstekontrakt, särskilt på området för fastighetsförvaltningstjänster, kan i vissa fall omfatta byggentreprenad. Om emellertid sådan byggentreprenad är av underordnad betydelse i förhållande till kontraktets huvudinnehåll och är en följd av eller ett komplement till detta, kan det faktum att sådan byggentreprenad ingår i upphandlingen inte anses vara ett tillräckligt skäl för att klassificera det offentliga tjänstekontraktet som ett offentligt byggentreprenadkontrakt."

Med hänsyn till de många olika typerna av offentliga byggentreprenadkontrakt bör den upphandlande myndigheten emellertid kunna välja såväl gemensam som separat upphandling för projektering och utförande av byggentreprenader. Avsikten med detta direktiv är inte att fastställa huruvida upphandlingen ska vara gemensam eller separat."

- 6.13 Det finns två grundläggande entreprenadformer, totalentreprenad och utförandeentreprenad. Vid en totalentreprenad ansvarar entreprenören för såväl projekteringen som utförandet av arbetena och har också ett funktionsansvar för entreprenaden. Vid en utförandeentreprenad är det beställaren som ansvarar för projekteringen och entreprenören som ansvarar för utförandet av entreprenaden. Som redan framgått är upphandlingsdirektivet neutralt i frågan om vilken entreprenadform som ska väljas och det är upp till den upphandlande enheten att avgöra vad som är lämpligast för det specifika projektet.
- 6.14 En gemensam upphandling av projektering och utförande, där en entreprenör tilldelas kontrakt för båda momenten, utgör således en totalentreprenad och i dessa fall torde båda momenten, dvs. även projekteringen, omfattas av den upphandlingsrättsliga definitionen av ett byggentreprenadkontrakt. Om den upphandlande myndigheten skulle välja alternativet att upphandla projektering och utförande separat blir det istället fråga om en utförandeentreprenad. Vid sådana entreprenader är det endast själva utförandet som omfattas av definitionen för ett byggentreprenadkontrakt medan projekteringsdelen utgör ett tjänstekontrakt.
- 6.15 Vad avser 1 kap. 9 § andra och tredje punkten så tar dessa sikte på resultatet av de arbeten som ska utföras enligt kontrakten, snarare än vad dessa arbeten består i. Precis som är fallet med första punkten avser andra punkten emellertid *utförande eller både projektering och utförande av ett byggnadsverk*, vilket innebär att kontrakt som endast avser endast projektering, men inte själva utförandet, inte träffas.
- 6.16 I 1 kap. 9 § tredje punkten LOU anges att ett kontrakt utgör ett byggentreprenadkontrakt om det 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. Frågan blir då om denna tredje punkt syftar till att utsträcka byggentreprenadskontraktsdefinitionen så att den även omfattar avtal vilka inte innehåller ett sådant inslag av utförande som är ett absolut

krav enligt definitionerna i både första och andra punkten. Kan exempelvis ett avtal som enbart avser projektering eller projektledning komma att omfattas av byggentreprenadsdefinitionen enligt tredje punkten, trots att lagstiftaren uppenbart önskat undanta sådana avtal enligt den första och andra punkten?

- 6.17 Enligt vår mening kan den tredje punkten inte förstås på detta sätt utan avser istället att täcka avtal som till sin funktion når samma resultat som ett totalentreprenadsavtal eller en utförandeentreprenad men som av någon anledning inte passar in i definitionerna i första och andra punkten. Så kan exempelvis vara fallet med ett hyresavtal som också innehåller ett åtagande för fastighetsägaren att själv, eller genom underleverantörer som denna valt, projektera och utföra ett byggnadsverk. Benämningen och paketeringen av avtalet ska alltså inte ha betydelse, utan det är istället de faktiska uttryckliga förpliktelserna i avtalet som är avgörande för den rättsliga klassificeringen.
- 6.18 I förevarande fall har emellertid både projektering och utförande separerats ut från de skyldigheter som Castellum har enligt Genomförandeavtalet och Hyresavtalet och det anges istället tydligt att dessa ska utföras av andra aktörer, vilka i sin tur har tilldelats kontrakt genom annonserade förfaranden enligt LOU.
- 6.19 Ett annat sätt att uttrycka det är att ett avtal inte kan anses realisera ett byggnadsverk när det samtidigt finns ett annat upphandlat kontrakt som projekterar och utför samma byggnadsverk. De kvarvarande planerings-, tillstånds- och samordningsåtgärder som Castellum eventuellt utför är inte i sig sådana att de kan anses utgöra byggentreprenadarbeten när det byggnadsverk de eventuellt bidrar till att realisera redan ska *projekteras och utföras av en annan upphandlad leverantör*. Tvärtom påminner tjänsterna om sådana planerings- och projekteringstjänster som uttryckligen faller utanför byggentreprenadkontraktsdefinitionen om inte kontraktet också avser *själva utförandet*.
- 6.20 I detta avseende skiljer sig situationen från det av Konkursverket ofta åberopade målet C-220/05, *Jean Auroux* där EU-domstolen är mycket noga med att påpeka att leverantörens "åtagande enligt avtalets ordalydelse [inte är] begränsat till att administrera och organisera byggentreprenaderna utan innefattar även utförandet av de byggentreprenader som anges i avtalet. [...] Av detta följer att det, vid bedömningen av huruvida det huvudsakliga föremålet för avtalet är utförandet av ett byggnadsverk, saknar betydelse att [leverantören] inte självt fullgör byggentreprenaderna utan låter dessa arbeten fullgöras av underleverantörer" (punkt 38, vår understrykning).
- 6.21 Det är således tydligt att byggentreprenaddefinitionen är beroende av att själva *utförandet* av byggentreprenadarbetena också åligger leverantören enligt det aktuella avtalet. Att en leverantör, exempelvis i egenskap av byggherre eller fastighetsägare, åtagit sig att administrera och organisera byggentreprenadarbetena är således inte tillräckligt.
- 6.22 Att det förhåller sig på detta sätt framgår även av mål C-306/08, *kommissionen mot Spanien*. I målet hade en upphandlande myndighet ingått ett avtal med en exploatör om att denna skulle utarbeta en utvecklingsplan, ta initiativ till och genomföra fastighetsombildningar, införskaffa erforderliga fastigheter och erforderliga bygglov,

genomföra den rättsliga omklassificeringen av de aktuella fastigheterna, sörja för en rättvis fördelning av kostnader och intäkter mellan berörda parter samt stå för finansiering och garantier avseende de investeringar, arbeten, anläggningar och ersättningar som krävdes för att ett visst projekt skulle kunna genomföras.¹⁹ Vidare skulle exploatören anordna en offentlig upphandling för att utse den entreprenör som skulle utföra själva byggentreprenadarbetena.²⁰ Frågan uppstod om detta kontrakt, som visserligen bidrog till ett byggnadsverks realiserande på en mer abstrakt nivå, skulle anses utgöra ett byggentreprenadkontrakt. EU-domstolen nöjde sig med att konstatera att kontraktet med exploatören som sådant inte innehöll några åtaganden om byggentreprenadarbeten, även om det naturligtvis, i förlängningen och efter genomfört annonserat förfarande, skulle komma att leda till att byggentreprenadarbeten genomfördes av en annan upphandlad leverantör. EU-domstolen uttalade:

"Det har nämligen inte visats att entreprenaden, som avser anslutning och anpassning av berörda fastigheter till befintlig infrastruktur, befintliga energinät, kommunikationsnät och nät för allmänna nyttigheter, utgör det huvudsakliga ändamålet med det kontrakt som sluts mellan kommunen och exploatören inom ramen för en IHP vid indirekt genomförande. Exploatörens genomförande av IHP innefattar nämligen, såsom angetts bland annat i punkterna 21 och 23 ovan, verksamheter som inte kan kvalificeras som entreprenader i den mening som avses i de direktiv som kommissionen har åberopat i sin ansökan. Dessa omfattar utarbetande av utvecklingsplan, initiativ till och genomförande av motsvarande fastighetsombildningar, erhållande utan kostnad och till nytta för det allmänna, av fastigheter och erforderliga bygglov för allmän mark, genomförandet av den rättsliga omklassificeringen av aktuella fastigheter och en rättvis fördelning av kostnader och intäkter mellan berörda parter samt finansiering och garantier avseende de investeringar, arbeten, anläggningar och ersättningar som krävs för att programmet ska kunna genomföras. Detta gäller även när exploatören, i likhet med vad som anges i artikel 119.1 LUV ska anordna en offentlig upphandling för att utse den entreprenör som ska utföra entreprenaden." (punkt 96 i domen, understrykning tillagd)

- 6.23 Eftersom Genomförandeavtalet och Hyresavtalet inte innehåller något moment av utförande av byggnadsverk, kan det inte utgöra ett byggentreprenadkontrakt vare sig enligt första, andra eller tredje punkten i 1 kap. 9 § LOU. Detta är också logiskt eftersom den typ av förberedande tjänster som Konkurrensverket menar att Domstolsverket åtagit sig inte är sådana kostnadsintensiva byggentreprenadarbeten som kan motivera det högre tröskelvärde som gäller i förhållande till byggentreprenadkontrakt i jämförelse med andra tjänstekontrakt.

¹⁹ Se mål C-306/08, kommissionen mot Spanien, punkt 19 och 96.

²⁰ Se mål C-306/08, kommissionen mot Spanien, punkt 20 och 96.

7. Tjänsten X är sedvanlig verksamhet för en fastighetsägare och hyresvärd

7.1 Konkurrensverket påstår att Castellum skulle ha utfört olika "byggherre- och projektledningstjänster" mot ersättning och på uppdrag av Domstolsverket.²¹ Detta är felaktigt i sak utifrån såväl de faktiska förpliktelseerna som följer av avtalen mellan parterna som entreprenadrättslig begreppsbildning.

7.2 En byggherre legaldefinieras i 1 kap. 4 § plan- och bygglagen (2010:900, "PBL") som "den som för egen räkning utför eller låter utföra projekterings-, byggnads-, rivnings- eller markarbeten" (understrykning tillagd). Av 10 kap. 5 § PBL, under rubriken "Byggherrens ansvar för kontrollen av genomförandet", framgår följande.

"Byggherren ska se till att varje bygg-, rivnings- och markåtgärd som byggherren utför eller låter utföra genomförs i enlighet med de krav som gäller för åtgärden enligt denna lag eller föreskrifter eller beslut som har meddelats med stöd av lagen. Om åtgärden är lov- eller anmälningspliktig, ska byggherren se till att den kontrolleras enligt den kontrollplan som byggnadsnämnden fastställer i startbeskedet."

7.3 En byggherre är alltså någon som – enligt lag – utför arbeten för egen räkning och som därtill har långtgående självständiga skyldigheter som följer av rollen som byggherre. Byggherreansvaret är alltså inte någon tjänst som kan tillhandahållas en hyresgäst, utan något som är tätt knutet till fastighetsägandet.

7.4 Ända sedan Castellum tog initiativ till den aktuella byggnaden, har Castellum agerat som en byggherre alltid gör. I egenskap av fastighetsägare och byggherre finns det vissa mer eller mindre universella uppgifter och åtgärder som med nödvändighet återkommer och behöver vidtas av fastighetsägaren/byggherren. Det rör sig bland annat om mark- och fastighetsreglering, förhandlingar inklusive eftergifter gentemot kommunen, marknadssondering bland potentiella och/eller tilltänkta hyresgäster, projektledning av byggherrens egna organisation samt samverkan och dialog med motparter och tredjeparter (såsom sakägare och andra intressenter). Dessa uppgifter och åtgärder är sådana som EU-domstolen uttryckligen ansett falla utanför byggentreprenadbegreppet.²²

7.5 Byggherren utför åtgärderna åt sig själv. Samtliga dessa åtgärder utförs på initiativ av fastighetsägaren/byggherren och i dennes intresse. Detta förändras inte av att fastighetsägaren/byggherren genomför dessa åtgärder i förhoppning om att kunna hyra ut de berörda lokalerna till en hyresgäst inom ramen för en sedvanlig hyresrelation.

7.6 På motsvarande sätt saknar det betydelse att fastighetsägaren/byggherren och en tilltänkt hyresgäst reglerar sin relation redan innan hyresgästen tillträder hyreslokalen, särskilt när hyreslokalen ännu inte är uppförd eller när det behöver vidtas vissa hyresgästanpassningar. Tvärtom är det ett sedvanligt agerande på hyresmarknaden. Fastighetsägaren/byggherren vill exempelvis försäkra sig om att hyresgästen kommer att tillträda hyreslokalerna och hyresgästen vill i sin tur försäkra sig om att

²¹ Punkt 67 i Yttrandet.

²² Se mål C-306/08, *kommissionen mot Spanien*, punkt 96, vilken citeras i punkt 6.22 ovan.

hyreslokalerna kommer att stå till dennes förfogande i avtalat skick på tillträdesdagen. Såsom framgår av EU-domstolens dom i *Wiener Wohnen* är det till och med vanligt att hyresavtal tecknas innan dess de detaljerade byggplanerna har färdigställts och innan bygglov söks och beviljats.²³

- 7.7 Det kan noteras att Konkursverket uppehåller sig vid punkterna 6.1, 6.2 och 6.4 i Genomförandeaftalet och verkar uppfatta detta som någon form av vitesbestämmelse relaterad till hur väl Castellum utfört sin "projektlednings/byggherreroll".²⁴ Detta är felaktigt.
- 7.8 Punkterna 6.1, 6.2, 6.4 och 6.5 i Genomförandeaftalet är en förlängning av de lagstadgade reglerna i 12 kap. jordabalken om hyreslokalens skick och hyresnedsättning när lokalen inte är i avtalat skick vid tillträdet. Ifall hyresvärden inte tillhandahåller hyreslokalen i avtalat skick, har hyresgästen rätt att till nedsättning av hyresbeloppet under den tid bristen kvarstår. Istället för att Domstolsverket och Castellum ska behöva föra diskussioner om vad som är en skälig nedsättning av hyran i det enskilda fallet, har parterna på förhand kommit överens om en schablonmässig hyresnedsättning om 100 000 kronor.
- 7.9 Det handlar alltså endast om att hyreslokalen ska tillhandahållas i avtalat skick, vilket 12 kap. jordabalken kräver av Castellum, och hur hyresnedsättningen ska beräknas ifall Castellum inte skulle utföra sitt hyresrättsliga åtagande att tillhandahålla lokalen i avtalat skick vid tillträde.'
- 7.10 Detta är ett vanligt tillägg till de grundläggande reglerna i 12 kap. jordabalken, både inom privat och offentlig sektor. Modellen återfinns i bland annat Konkursverkets egna hyresavtal, se punkt 3 i [Bilaga 3](#), och Upphandlingsmyndighetens hyresavtal, se avsnitt 1.2 i de särskilda bestämmelserna samt avsnitt 10 i Genomförandebilagan, [Bilaga 4](#) respektive [Bilaga 5](#).
- 7.11 Även om det skulle röra sig om ömsesidiga åtaganden som kan göras gällande rättsligt så är dessa åtaganden alltså hänförliga till hyresförhållandet mellan Domstolsverket och Castellum – inte något byggtreprenadkontrakt eller annat upphandlingspliktigt offentligt kontrakt. Att det förhåller sig på detta sätt bekräftas också av EU-domstolen som konstaterar att det är vanligt bruk på hyresmarknaden att hyresgästen på olika sätt kontrollerar att byggnadsverket uppförs enligt tidsplan. EU-domstolen har därvid uttalat följande.

"Vad beträffar kommissionens argument att Wiener Wohnen uppdrog åt SET Bauprojektierung, som specialiserat sig på att utarbeta byggprojekt, att utöva en uppföljande kontroll av byggprojektets specifika genomförande och att Wiener Wohnen således har låtit kontrollera uppföljningen av byggnadsverkets uppförande på det sätt som en byggherre skulle ha gjort, ska det påpekas att det inte på något sätt är ovanligt att en hyresgäst vidtar åtgärder för att säkerställa att inflyttningen i lokalerna kan äga rum det avsedda datumet, i synnerhet när det, såsom i detta fall, rör sig om en omfattande inflyttning. Den omständigheten att

²³ Se mål C-537/19, *Wiener Wohnen*, punkt 74.

²⁴ Punkterna 69-79 i Yttrandet.

*tjänsterna av en tredje man som är specialiserad på området används gör det nämligen möjligt att effektivt följa upp de frister som angetts för att ställa byggnaden till förfogande, säkerställa en kontroll i syfte att i tillräckligt god tid i förväg upptäcka eventuella förseningar eller brister och vidta nödvändiga åtgärder, såsom exempelvis en förlängning av vissa hyreskontrakt i vissa byggnader som fortfarande används."*²⁵

- 7.12 Sammanfattningsvis har Domstolsverket inte beställt några "byggherre- och projektledningstjänster" och än mindre betalat för några sådana tjänster. Castellum har under hela processen agerat såsom är sedvanligt för fastighetsägare och byggherre, vilket innebär att Castellum inte utfört tjänster åt någon annan än sig själv. Detta inkluderar bland annat mark- och fastighetsreglering, förhandlingar inklusive eftergifter gentemot kommunen, projektledning av byggherrens egna organisation samt samverkan och dialog med motparter och tredjeparter (såsom sakägare och andra intressenter).
- 7.13 Domstolsverket har å sin sida en lagstadgad rätt till att hyreslokalen per tillträdesdagen ska vara i det skick som Castellum utlovat, dvs. att Castellum ska uppfylla det åtagande som är själva kärnan i ett hyresförhållande. Att parterna avtalat om en schabloniserad ersättning som Domstolsverket har rätt till för det fall Castellum inte fullgöra sina lagstadgade skyldigheter innebär inte att parterna har ingått ett avtal om köp enligt LOU, och än mindre ett avtal om köp av byggentreprenader.
- 7.14 Båda parter ageranden är således sedvanliga för en hyresrelation och dessutom sådana ageranden som uttryckligen accepterats av EU-domstolen som en del av hyresrelationen.

²⁵ Se mål C-537/19, Kommissionen mot Österrike, punkt 78 (Wiener Wohnen).

8. Sedvanlig kontorsfastighet

- 8.1 En betydelsefull fråga i målet är om Domstolsverkets krav på de aktuella lokalerna har gått längre än de krav en hyresgäst vanligtvis ställer på en sådan byggnad som det aktuella byggnadsverket. Om det inte kan konstateras att Domstolsverket har ställt några krav som går längre än en hyresgästs vanliga krav hade Domstolsverket nämligen kunnat underlåta att annonsera samtliga kontrakt i Projektet. Projektet i dess helhet hade i så fall omfattats av hyresundantaget.
- 8.2 Domstolsverket har dock genomfört Projektet som om det vore fråga om osedvanliga krav på utformningen av byggnaden, dvs. att hyresundantaget inte skulle omfatta Projektet i dess helhet utan endast Genomförandeavtalet och Hyresavtalet.
- 8.3 I punkt 58 av Tillsynsbeslutet presenterade Konkursverket åtta argument för varför Domstolsverkets krav över den aktuella byggnaden gått så långt att hyresundantaget inte längre kan tillämpas. Domstolsverket bemötte dessa åtta argument, vart och ett för sig, i punkterna 4.98-4.105 av Domstolsverkets föregående yttrande.
- 8.4 Konkursverket har inte bemött vad Domstolsverket anförde i punkterna 4.98-4.105 i föregående yttrande. Istället berikar Konkursverket målet med, i vart fall delvis, nya omständigheter till stöd för påståendet om att Domstolsverket har uppställt sådana krav. Domstolsverket kommer att bemöta dessa nedan men vill inledningsvis göra följande anmärkning vad avser vad som faktiskt framgår av EU-domstolens praxis i allmänhet och EU-domstolens dom i *Wiener Wohnen* i synnerhet.
- 8.5 Konkursverket synes argumentera för att hyresundantaget endast kan tillämpas på sedvanliga kontorsfastigheter. Konkursverkets uppfattning förefaller vara att det räcker att Konkursverket kan visa att byggnaden är osedvanlig för att hyresundantaget inte ska kunna tillämpas.
- 8.6 Denna rättsuppfattning har emellertid inte något stöd i EU-domstolens praxis. Av *Wiener Wohnen* följer att testet inte är om det aktuella byggnadsverket är sedvanligt eller osedvanligt utan istället "*om de specifikationer som den upphandlande myndigheten har begärt går längre än de krav som en hyresgäst vanligtvis ställer på en sådan byggnad som det aktuella byggnadsverket*".²⁶
- 8.7 En viss byggnads särprägel behöver naturligtvis inte bero på krav som ställts upp av den upphandlande myndigheten. Tvärtom kan det ofta ligga i fastighetsägarens intresse att den byggnad som fastighetsägaren uppför har unika egenskaper som gör den särskilt attraktiv i konkurrens med andra fastigheter. Att en byggnad är unik innebär emellertid inte att hyresgästens krav på den aktuella fastighetens utformning har gått längre än vad en hyresgäst vanligtvis ställer på en sådan byggnad som det aktuella byggnadsverket. Denna nyansskillnad är viktig och illustreras kanske bäst av följande exempel.

²⁶ Se mål C-537/19, Kommissionen mot Österrike (*Wiener Wohnen*), punkt 51.

Exempel

Låt oss säga att en fastighetsägare önskar uppföra en byggnad för mycket exklusiva hyresrätter i Malmö hamn. Fastighetsägaren låter därför en välkänd spansk arkitekt ta fram en helt unik byggnad i form av ett torn som vrider sig runt sin egen axel. Naturligtvis sparar fastighetsägaren inte heller på några kostnader vad avser materialval och möjligheten för de första hyresgästerna att göra anpassningar utifrån respektive hyresgästs preferenser.

Det förhållandet att byggnaden blir helt unik i sitt slag innebär emellertid inte att man samtidigt kan dra slutsatsen att hyresgästernas krav på byggnadens utformning har gått längre än de krav som en hyresgäst vanligtvis ställer på en sådan byggnad som det aktuella byggnadsverket. Fastighetsägaren har visserligen gett byggnaden en spektakulär och osedvanlig utformning för att attrahera den aktuella typen av hyresgäst men hyresgästerna har inte haft längre gående möjligheter att påverka byggnadens utformning än vad som normalt är fallet för de första hyresgästerna i ett modernt och exklusivt hyreshus.

- 8.8 Det räcker, med andra ord, inte att konstatera att en byggnad är speciell, för att ett hyresavtal ska anses utgöra ett byggentreprenadskontrakt. Istället måste Konkursverket visa att det är Domstolsverkets inflytande och krav som gett byggnaden dess påstått osedvanliga utformning och att dessa krav också går längre än vad en annan hyresgäst i motsvarande position hade krävt av den aktuella byggnaden.
- 8.9 Frågan blir då om de omständigheter som Konkursverket nu anför är sådana att de styrker Konkursverkets påstående härvidlag.
- 8.10 I punkten 48 av Yttrandet hänvisar Konkursverket, via hänvisning till bilaga 6 i Tillsynsbeslutet, till en samrådshandling från 2018. Handlingen utgör ett led i Jönköpings kommuns detaljplanarbete. I handlingen anges att *"byggnadens användning som domstolsbyggnad ställer stora krav på säkerhet, brandskydd och logistik"*. Det framgår inte vem som ligger bakom detta påstående eller vilka krav som avses. Domstolsverket vill understryka att samtliga de krav som Domstolsverket har på lokalen framgår av hyresavtalet med bilagor.
- 8.11 Konkursverket får gärna specificera vilka krav avseende säkerhet, brandskydd eller logistik som Konkursverket menar går utöver vad som sedvanligen krävs. Utan sådan specificering är det naturligtvis omöjligt för Domstolsverket att bemöta Konkursverkets påstående om att dessa krav skulle vara osedvanliga.
- 8.12 I punkten 49 i Yttrandet hänvisar Konkursverket till sin egen sammanfattande redogörelse för vad Domstolsverket anges ha uttalat under Konkursverkets utredning. Den handling som Konkursverket hänvisar till kan således inte anses utgöra någon bevisning utan är, på sin höjd, upprepning från Konkursverkets sida.
- 8.13 Konkursverket hänvisar vidare, i samma punkt 49, till Domstolsverkets begäran till Ekonomistyrningsverket i juni 2019 där det anges att en omlokalisering planeras som

möter domstolarnas behov. Att en hyresgäst ställer krav på att lokaler ska möta hyresgästens behov kan dock svårligen anses vara osedvanligt långtgående. Tvärtom får det väl betecknas som ett mycket grundläggande krav som alla hyresgäster alltid har. Det är oklart vilken rättslig innebörd Konkursverket menar att detta påpekande har.

- 8.14 Vidare hänvisas till att Domstolsverket i begäran till Ekonomistyrningsverket har angett att hyresnivåerna för enklare objekt är något lägre än vad som är fallet för de här aktuella lokalerna. Vad Konkursverket emellertid inte nämner är att lokalen, i samma stycke av ansökan, anges ha en mycket god prissättning och vara jämförbar med hyresnivån för Jordbruksverkets lokaler vilka också är under uppförande i Jönköping. Återigen är det svårt att förstå hur dessa skrivelser utgör bevis för att Domstolsverket, i någon osedvanlig omfattning, påverkat lokalernas utformning.
- 8.15 Nästa omständighet som Konkursverket lyfter fram är Ekonomistyrningsverkets motivering till avtalstiden om 15 år. Till bemötande av denna omständighet torde det räcka att citera följande uttalanden i *Wiener Wohnen*.

"Vad beträffar hyreskontraktets löptid är det tillräckligt att påpeka att denna aspekt i vart fall inte kan påverka den omständigheten att det, för att anse att utförandet av det planerade byggnadsverket utgör ett "offentligt byggtreprenadkontrakt", är de villkor som följer av den rättspraxis som anges i punkterna 49–51 i förevarande dom som ska vara uppfyllda. Det ska tilläggas att den omständigheten att ett hyreskontrakt ingås för en lång period, oberoende av omständigheterna i det enskilda fallet, inte är ovanlig i sig.

*I förevarande fall kan domstolen dessutom ta fasta på det argument från Republiken Österrike som innebär dels att skyldigheten att inte säga upp hyreskontraktet under en lång period påverkar hyresbeloppet, dels att Wiener Wohnen själv önskade undvika en ny flytt som skulle bli kostsam och allvarligt störa dess funktion."*²⁷

- 8.16 Det framgår således av EU-domstolens praxis att en lång hyrestid inte är ett tecken på att fråga är om ett byggtreprenadkontrakt. Tvärtom var det hyresavtal som prövades i *Wiener Wohnen* väsentligen längre än det här aktuella hyresavtalet, 25 år jämfört med 15 år. Det är förvånande att Konkursverket i återigen för en argumentation som är så gott som identisk med Kommissionens argumentation i *Wiener Wohnen* (se punkterna 21 och 40 i domen) trots att denna argumentation har avfärdats som irrelevant av EU-domstolen (se punkterna 76 och 77 i domen).
- 8.17 Slutligen hänvisar Konkursverket till att det framgår av Konkursverkets utredning att Domstolsverket genom sitt deltagande som jurymedlem i en arkitektävling utlyst av Castellum år 2017 utövat ett avgörande inflytande över byggnadens arkitektoniska utformning. Konkursverket har nu också bifogat den tävlingsinbjudan som Castellum skickade till arkitektkontoren. Det är dock oklart hur Konkursverket menar att Domstolsverket i samband med arkitektävlingen kommit att utöva ett

²⁷ Se mål C-539/19, Kommissionen mot Österrike (*Wiener Wohnen*), punkterna 76-77.

bestämmande inflytande över byggnadens arkitektoniska utformning eller ställt krav som går utöver de krav som normalt ställs på en byggnad av den aktuella typen.

- 8.18 Konkurrensverkets hänvisning till att detta framgår av Konkurrensverkets utredning är svår att bemöta när Konkurrensverket inte samtidigt redogör för *hur* detta framgår av Konkurrensverkets utredning. Om Konkurrensverket kunde exemplifiera vilket inflytande Domstolsverkets representant vid arkitektävlingen hade över byggnadens utformning hade Domstolsverket naturligtvis gärna bemött detta i sak. Det kan emellertid konstateras att det inte fanns något avtal mellan Castellum och Domstolsverket vid den aktuella tidpunkten och att den inverkan som Domstolsverkets representant eventuellt skulle kunna ha haft således inte hade någon bindande verkan vare sig för Castellum eller de deltagande arkitektfirmorna.
- 8.19 Domstolsverket vidhåller att byggnaden i allt väsentligt är en sedvanlig kontorsfastighet vilken hade kunnat vara intressant för i princip vilken större kontorsverksamhet som helst. Vidare är det Domstolsverkets inställning att Konkurrensverket inte har presenterat något krav som Domstolsverket framfört mot Castellum och som kan anses gå längre än vad som sedvanligen krävs av hyresgäster av lokaler som den aktuella lokalen. Det bör understrykas att med byggnadens arkitektoniska utformning så avses sådant som byggnadens storlek, yttre väggar och bärande väggar.²⁸ Konkurrensverket har inte givit några konkreta exempel på hur Domstolsverket ska ha ställt krav i dessa avseenden.
- 8.20 Konkurrensverket påstår att hyresmarknaden inte visat något intresse för att tillgodose Domstolsverkets behov på rent kommersiella villkor.²⁹ Det är oklart vad påståendet avser men det kan konstateras att Castellum är en privat hyresvärd och att de hyresvillkor som Domstolsverket förhandlat till sig är konkurrenskraftiga. Om Konkurrensverket menar att villkoren för Domstolsverkets förhyrning inte skulle vara marknadsmässiga får Konkurrensverket gärna förtydliga sitt resonemang i den delen.
- 8.21 Det bör dock understrykas att den hyra som Domstolsverket betalar, till skillnad från vad Konkurrensverket förutsätter, inte är en "*funktion av bl.a. projektkostnaden som i sin tur är summan av byggherre- och byggentreprenadkostnaderna*".³⁰ Istället är hyresnivån framförhandlad med utgångspunkt i vad som utgör marknadsmässig lokalhyra för de aktuella lokalerna.
- 8.22 Avslutningsvis vill Domstolsverket återigen understryka att den aktuella byggnaden i alla avseenden är en sedvanlig kontorsfastighet. De lokalanpassningar som skett ur säkerhetshänseende har skett genom sidoentreprenader och utgör inte en del av det hyresobjekt som Transaktionen avser.

²⁸ C-537/19, *Wiener Wohnen*, p. 53.

²⁹ Punkt 53 i Yttrandet.

³⁰ Punkt 82 i Yttrandet.

9. Situationen i *La Scala* var den samma

- 9.1 I föregående yttrande visade Domstolsverket hur EU-domstolen i målet C-399/98, *Ordine degli Architetti m.fl. (La Scala)*, upplyste en upphandlande myndighet om att "[d]en ändamålsenliga verkan av [LOU-]direktivet garanteras i lika hög grad om de kommunala myndigheterna enligt nationell lagstiftning genom avtal kan förplikta markexploatörer som beviljats bygglov att utföra avtalade arbeten genom att använda de förfaranden som föreskrivs i direktivet i syfte att fullgöra de skyldigheter som åligger den kommunala myndigheten enligt direktivet".³¹
- 9.2 Konkurrensverket gör nu gällande att tillämpningen av detta utrymme endast kan användas i sådana situationer då nationell lagstiftning medför att endast en specifik leverantör kan utföra vissa arbeten. Det bör noteras att EU-domstolen inte nämner något sådant krav.
- 9.3 Det bör understrykas att Domstolsverket inte har bett Castellum att genomföra upphandling i Domstolsverkets ställe. Domstolsverket har istället genomfört samtliga erforderliga upphandlingar självt och sedan överlåtit de resulterande konkurrensutsatta avtalen till Castellum. Fråga är således inte om EU-domstolens andrahandsalternativ enligt punkt 100 i *La Scala*, utan om det förstahandsalternativ som framgår av punktens första mening, dvs. upphandling i egen regi.

"Detta innebär inte att de kommunala myndigheterna med nödvändighet själva måste tillämpa de anbudsförfaranden som föreskrivs i detta direktiv för att de skall anses följa direktivet vid utförandet av ett anläggningsarbete. Den ändamålsenliga verkan av direktivet garanteras i lika hög grad om de kommunala myndigheterna enligt nationell lagstiftning genom avtal kan förplikta markexploatörer som beviljats bygglov att utföra avtalade arbeten genom att använda de förfaranden som föreskrivs i direktivet i syfte att fullgöra de skyldigheter som åligger den kommunala myndigheten enligt direktivet. I detta fall skall nämligen markexploatören, i enlighet med det avtal som ingåtts med kommunen enligt vilket denne befrias från stadplaneringsavgiften mot att en offentlig anläggning uppförs, anses ha en uttrycklig fullmakt från kommunen att uppföra denna anläggning. En sådan möjlighet för andra aktörer än de upphandlande myndigheterna vad gäller tillämpningen av reglerna om publicering i direktivet föreskrivs för övrigt uttryckligen i artikel 3.4 i direktivet vad gäller koncessionsavtal om offentliga bygg- och anläggningsarbeten." (understrykning tillagd)

- 9.4 Det är tydligt utifrån EU-domstolens uttalande att det är förenligt med unionsrätten att en upphandlande myndighet upphandlar utförandet av byggentreprenadarbeten och sedan överlåter byggentreprenadkontraktet till markexploatören. Inget i EU-domstolens resonemang tyder på att myndigheten därutöver också måste upphandla valet av markexploatör.

³¹ Se punkt 100 i domen.

10. Vad är alternativet till hyresvärdsupphandling?

10.1 I Tillsynsbeslutet invände Konkursverket mot att hyresvärdsrelationen inte annonserades i enlighet med LOU (punkterna 70 och 75 i Tillsynsbeslutet). Konkursverket uttalade därvid följande: "Genom att inte använda sig av exempelvis hyresvärdsupphandling, undanhålls uppdraget från marknaden".

10.2 I punkt 85 i Yttrandet anför Konkursverket följande.

"Konkursverket har i Beslutet angett att hyresvärdsupphandling kan vara ett möjligt tillvägagångssätt för att konkurrensutsätta samtliga upphandlingspliktiga anskaffningar i ett projekt som det nu aktuella. Det ska dock inte förstås som att Konkursverket kräver att upphandlande myndigheter alltid tillämpar sådan upphandling vid motsvarande upphandlingar."

10.3 Konkursverket menar att hyresvärdsupphandling är en av flera tänkbara metoder för att konkurrensutsätta samtliga upphandlingspliktiga anskaffningar. Givet att Domstolsverket endast har direkttilldelat relationen till hyresvärden medan alla andra varor, tjänster och byggentreprenader har konkurrensutsatts enligt LOU, ställer sig Domstolsverket frågande till hur Tillsynsbeslutet ska förstås om det inte ska anses innebära ett de facto-tvång att tillämpa hyresvärdsupphandling.

10.4 De åtaganden som framgår av Genomförandeavtalet och som Konkursverket uppenbarligen anser vara upphandlingspliktiga är, som visats i avsnitt 7 ovan, sedvanliga hyresåtaganden. Det är kanske inte alltid dessa regleras i ett separat genomförandeavtal men de ingår i princip alltid som en del av hyresavtalet. Som Domstolsverket påpekade i sitt yttrande av den 7 februari 2022 ligger dessa i en särskild bilaga till Konkursverkets eget hyresavtal, benämnd *Projektsamverkan för projektering- och produktionsskedet av lokal*.³²

10.5 Domstolsverket vill återigen understryka att Domstolsverket inte antyder att Konkursverket inte skulle iaktta LOU:s bestämmelser, utan Domstolsverket vill endast visa hur sedvanliga de aktuella villkoren är. Det ska vidare framhållas att Konkursverket inte är den enda upphandlingskunniga myndigheten som ingått hyresavtal vilka innehåller denna typ av villkor. Även upphandlingsmyndighetens hyresavtal innehåller motsvarande regleringar, se genomförandebilagan till Upphandlingsmyndighetens hyresavtal (Bilaga 5).

10.6 Om den typ av villkor som alltså ingår som en del i såväl Domstolsverkets som Konkursverkets och Upphandlingsmyndighetens hyresavtal utgör upphandlingspliktiga tjänster uppstår frågan hur dessa ska konkurrensutsättas. Konkursverket anger i Yttrandet att Konkursverket inte kräver att hyresvärdsupphandling tillämpas men såvitt Domstolsverket kan utröna finns det inget annat alternativ.

³² Se punkt 4.103 i Domstolsverkets yttrande av den 7 februari 2022.

- 10.7 Om åtaganden som följer av hyresrelationen ska konkurrensutsättas så måste detta rimligen ske genom en hyresvärdsupphandling. Konkurrensverket får gärna specificera vilket annat alternativ Konkurrensverket ser framför sig.

11. Vad Konkurrensverket avstått från att bemöta

- 11.1 Domstolsverket har löpande kommenterat att Konkurrensverket avstått från att bemöta olika delar av Domstolsverkets föregående yttrande. För att underlätta för samtliga inblandade, ger Domstolsverket här en sammanfattande sammanställning av vilka delar det är som Konkurrensverket, enligt Domstolsverkets mening, inte bemött genom Yttrandet.

Omständighet/rättsfråga	Relevanta punkter i Domstolsverkets föregående yttrande
Att delbarhetsbedömningen inte kan göras två gånger om	Punkterna 4.4–4.13
Att såväl LOU-direktivet som EU-domstolen uttalat att man alltid kan dela upp kontrakt	Punkterna 4.14–4.18
Att ändringar ska göras gemensamt av Domstolsverket och Castellum	Punkt 4.46
Att projektledning aldrig kan vara det huvudsakliga ändamålet med ett kontrakt som ska uppnå ett visst resultat	Punkt 4.74 (detta har Konkurrensverket i viss mån hanterat genom att justera sin argumentation)
Att en värdeanalys antyder att hyresförhållandet är det huvudsakliga ändamålet	Punkt 4.77
Konkurrensverkets tidigare uttalande om värdeanalyser	Punkt 4.80
Konkurrensverkets eget hyresavtal	Punkt 4.81
Att Konkurrensverket inte presenterat någon bevisning om att byggnaden inte kan ha andra hyresgäster	Punkt 4.99.3
Att Konkurrensverket inte presenterat någon bevisning om att inte vem som helst kan tänkas hyra byggnaden	Punkt 4.99.5
På vilket sätt Domstolsverkets deltagande i arkitekttävlingen de facto lett till att Domstolsverket påverkat byggnadens utformning m.m.	Punkt 4.99.8
Att det är sedvanligt att hyresvärden intar den roll som Castellum haft, och att detta även var fallet för Konkurrensverkets nuvarande hyresavtal	Punkterna 4.102–4.103
Att hyresvärdsupphandlingar bevisligen leder till försämrad konkurrens	Punkterna 4.119–4.128
Att lagstiftaren förespråkar uppdelning av kontrakt	Punkt 4.130

Att en restriktiv tolkning inte får leda till att undantaget förlorar sitt syfte Punkterna 4.136–4.138

12. Avslutningsvis om Konkurrensverkets bevisbörda

- 12.1 Konkurrensverket är tillsynsmyndighet för offentlig upphandling i Sverige och Tillsynsbeslutet har fattats inom ramen för, och som ett resultat av, Konkurrensverkets tillsynsverksamhet. Enligt Tillsynsbeslutet har Domstolsverket genomfört en lokalhyresanskaffning på ett sätt som, enligt Konkurrensverket, strider mot LOU. Konkurrensverket grundar sin uppfattning på att hyresundantaget inte var tillämpligt på grund av att det inte är fråga om sedvanliga hyresgäst Anpassningar. Detta grundas i sin tur på ett antal påståenden om bland annat byggnadens egenskaper ("krav på säkerhet, brandskydd och logistik") och att Domstolsverket skulle ha "tagit en aktiv roll i projekteringen [...] och bl.a. utövat avgörande inflytande över byggnadens arkitektoniska utformning genom sitt deltagande som jurymedlem i den arkitektävling som utlystes av Castellum år 2017".³³
- 12.2 Det framgår av såväl EU-domstolens praxis som svensk rättspraxis att det är Konkurrensverket som ska bevisa att de omständigheter som, enligt vad som anges i Tillsynsbeslutet, innebär att hyresundantaget inte är tillämpligt, faktiskt föreligger och har den innebörd som anges i Tillsynsbeslutet.³⁴ Konkurrensverket har emellertid inte kunnat föra de påstådda omständigheterna i bevisning.
- 12.3 Konkurrensverket har exempelvis inte kunnat redogöra för på vilket sätt Domstolsverket – mot sitt bestridande - *de facto* utövat ett avgörande inflytande över byggnadens arkitektoniska utformning. Inte heller har Konkurrensverket kunnat precisera vad Domstolsverkets krav på säkerhet, brandskydd och logistik faktiskt består i, och än mindre hur dessa krav kan anses gå utöver krav som vilken seriös hyresgäst som helst ställer.
- 12.4 Som Domstolsverket tidigare anfört bestrider Domstolsverket att Domstolsverket utövat något avgörande inflytande över byggnadens utformning i samband med deltagandet i jurytävlingen.
- 12.5 Konkurrensverket påstår vidare att det inte finns någon annan potentiell hyresgäst för Domstolsverkets lokaler.³⁵ Domstolsverket bestrider påståendet. Det har inte anförts någon bevisning för detta påstående. Domstolsverket menar å sin sida att lokalerna kan hyras av många olika verksamheter och att lokalernas utformning skulle vara ändamålsenliga för till exempel ett huvudkontor för en privat hyresgäst.
- 12.6 Konkurrensverket har även påstått att flera skrivningar i Genomförandeavtalet kring parternas samverkan m.m. innebär att Domstolsverket anskaffat byggherre- och/eller projekterings- och/eller projektledningstjänster från Castellum.³⁶ Domstolsverket

³³ Punkt 48 respektive punkt 44 i Yttrandet.

³⁴ Se bl.a. EU-domstolens avgörande i C-537/19, Kommissionen mot Österrike (*Wiener Wohnen*), punkterna 71, 87, 89, 95 och 96; Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 1304-20, där kammarrätten bl.a. uttalar att "[u]tgångspunkten är att det är Konkurrensverket som har bevisbördan för de omständigheter som läggs till grund för att påföra en upphandlingsskadeavgift"; Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 5426-12, där kammarrätten bl.a. uttalar att Konkurrensverket bevisbörda omfattar "samtliga förutsättningar för att avgiften ska dömas ut". Domstolsverket ser ingen anledning till varför bevisbördan skulle fördelas på något annat sätt i fråga om kritik inom ramen för ett tillsynsbeslut, särskilt som kritiken med all sannolikhet hade lett till en ansökan om upphandlingsskadeavgift om Konkurrensverket inte hade försuttit tiden för en sådan ansökan.

³⁵ Punkt 58 i Tillsynsbeslutet.

³⁶ Punkterna 67, 68, 74 och 82 i Yttrandet och punkterna 2, 37, 45, 47 och 48 (inkl. fotnot 38) i Tillsynsbeslutet.

menar i sin tur att dessa skrivningar är helt sedvanliga bestämmelser om samverkan som återfinns i många hyresförhållanden, och har till stöd för sitt bestridande åberopat bl. a Konkurrensverkets eget hyresavtal, och som på inget sätt skulle utgöra några upphandlingspliktiga tjänster.³⁷

- 12.7 Parterna är således oeniga om flera för målet avgörande sakomständigheter.
- 12.8 Under dessa omständigheter kan Konkurrensverkets ostyrkta påståenden inte ligga till grund för ett tillsynsbeslut. Detta är särskilt viktigt att ha i åtanke när Tillsynsbeslutet har så långtgående konsekvenser för så många myndigheter, kommuner, regioner samt kommunala och regionala lokalförsörjande bolag. Trots det har Konkurrensverket fattat Tillsynsbeslutet, och trots att Domstolsverket redan i det föregående yttrandet bad Konkurrensverket att föra de påstådda omständigheterna i bevisning har Konkurrensverket inte förmått göra så.
- 12.9 Om Konkurrensverket menar att något är en relevant omständighet, och att Domstolsverket förtjänar kritik inom ramen för Konkurrensverkets tillsynsverksamhet, måste Konkurrensverket styrka att omständigheten föreligger för att kunna lägga den till grund för sin kritik.
- 12.10 Vidare ska anmärkas att de omständigheter som Konkurrensverket nu åberopar för att styrka Domstolsverkets påstått osedvanliga påverkan på de aktuella lokalerna i stora delar är andra omständigheter än de omständigheter som Konkurrensverket åberopade i Tillsynsbeslutet.³⁸ Varje gång Konkurrensverket anför en ny omständighet måste denna bemötas av Domstolsverket. För att inte dra ut på målets handläggning i onödan vill Domstolsverket uppmana Konkurrensverket att senast i och med nästa yttrande slutföra sin talan i frågan om vilka krav som Domstolsverket ställt på den aktuella lokalen och som Konkurrensverket menar går utöver de krav som vanligtvis ställs på en sådan byggnad som den aktuella byggnaden.
- 12.11 Konkurrensverket har en uttalad ambition om att driva fler ärenden "som ligger nära gränsen för lagstiftningen och där [Konkurrensverkets] fall kan hjälpa till att driva rättsutvecklingen framåt".³⁹ Det vore välkommet om Konkurrensverkets tillsynsverksamhet kunde bidra till rättsutvecklingen, men det kan inte ske genom att Konkurrensverket undkommer sin bevisbörda på bekostnad av grundläggande rättssäkerhetsprinciper.

Stockholm som ovan



Erik Olsson



Olle Lindberg



Albin Svensson

³⁷ Se vidare punkt 4.103 i Domstolsverkets föregående yttrande.

³⁸ Se punkt 58 i Tillsynsbeslutet jämförd med punkt 44, 46, 47-52 i Yttrandet.

³⁹ Uttalande av generaldirektör Rikard Jermsten enligt Inköpsrådet, "Måste bli fler fall om upphandlingsskadeavgift" publicerad den 9 december 2021, <https://upphandling24.se/maste-bli-fler-fall-om-upphandlingsskadeavgift/>, läst den 4 april 2022.

Bilageförteckning

Bilaga 1	Definitionslista
Bilaga 2	Sammanställning över Konkurrensverkets tolkning av EU-domstolens uttalanden
Bilaga 3	Utdrag ur Konkurrensverkets hyresavtal: Särskilda bestämmelser
Bilaga 4	Utdrag ur Upphandlingsmyndighetens hyresavtal: Särskilda bestämmelser
Bilaga 5	Utdrag ur Upphandlingsmyndighetens hyresavtal: Genomförandebilaga