

Stockholm den 3 juni 2022

Förvaltningsrätten i Stockholm

Endast per e-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se

YTTRANDE I MÅL NR 35322-21

Domstolsverket ./ Konkurrentverket

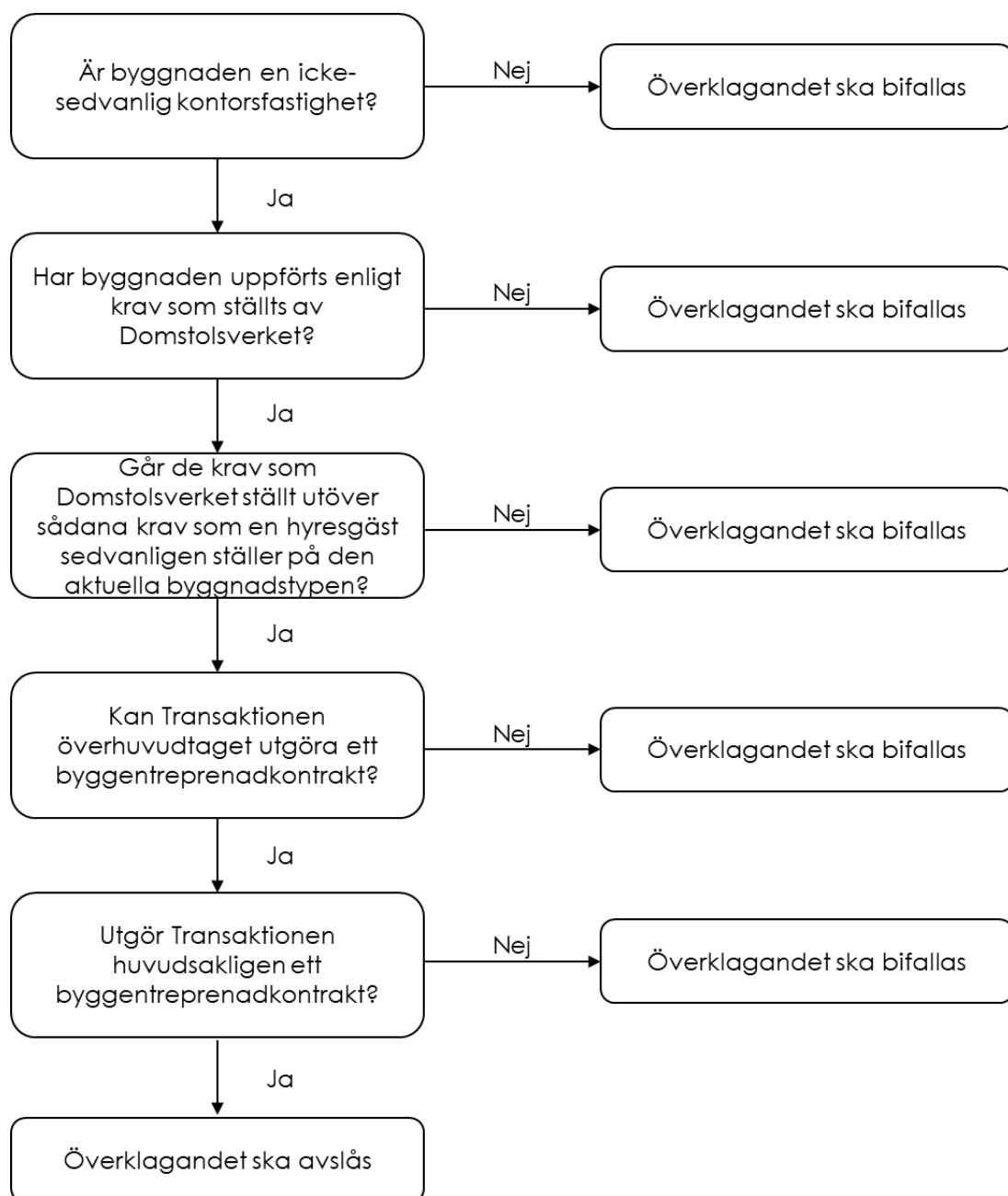
INNEHÅLLSFÖRTECKNING

1.	Inledning och disposition.....	3
2.	Delfråga 1 – Är domstolsbyggnaden en icke-sedvanlig kontorsfastighet?	5
	Kort summering av rättsfrågan	5
	Konkurrentverkets inställning	5
	Domstolsverkets inställning	6
	Sammanfattning	9
3.	Delfråga 2 – Har domstolsbyggnaden uppförts enligt krav som ställts upp av Domstolsverket?.....	10
	Kort summering av rättsfrågan	10
	Konkurrentverkets inställning.....	10
	Domstolsverkets inställning	10
	Sammanfattning	12
4.	Delfråga 3 – Går de krav som Domstolsverket ställt utöver sådana krav som en hyresgäst sedvanligen ställer på den aktuella byggnadstypen?	13
	Kort summering av rättsfrågan	13
	Konkurrentverkets inställning.....	13
	Domstolsverkets inställning	13
	Sammanfattning	14
5.	Delfråga 4 – Kan Transaktionen överhuvudtaget utgöra ett "byggentreprenadkontrakt" givet att projekteringen och uppförandet av byggnaden har upphandlats i särskild ordning?	16

	Kort summering av rättsfrågan	16
	Konkurrensverket inställning	16
	Domstolsverkets inställning	17
	Sammanfattning	19
6.	Delfråga 5 – Kan Transaktionen huvudsakligen anses utgöra ett byggentreprenadkontrakt?	20
	Kort summering av rättsfrågan	20
	Konkurrensverkets inställning	20
	Domstolsverkets inställning	20
	Sammanfattning	24
7.	Kvar att bemöta	25
8.	Avslutning	27

1. Inledning och disposition

- 1.1 Med anledning av förvaltningsrättens underrättelse av den 6 maj 2022, aktbilaga 62, får vi härmed inkomma med yttrande över Konkurrensverkets yttrande av samma datum, aktbilaga 57 ("**Yttrandet**").
- 1.2 Domstolsverket använder de definitioner och förkortningar som framgår av tidigare inskickad definitionsbilaga, aktbilaga 49.
- 1.3 Efter genomläsning av Yttrandet kan Domstolsverket konstatera att parterna i viss utsträckning pratar förbi varandra och att det därför kan vara svårt att följa vilken argumentation som är hänförlig till vilken rättsfråga och att få överblick över vilka argument som är bemötte respektive obemötte av respektive part.
- 1.4 För att minska risken för missförstånd kommer därför Domstolsverket, förutom att bemöta det som är nytt i Yttrandet, i detta yttrande även att summera och sammanställa vad som hittills anförts av parterna i målet med hänvisning till var parternas respektive anföranden har gjorts i de föregående inlagorna i målet.
- 1.5 Domstolsverket kommer i detta också att föreslå den ordning i vilken rättsfrågorna i målet bör behandlas. Denna ordning kan illustreras med följande flödesschema, som motsvarar dispositionen i detta yttrande. Den prövningsordning som Domstolsverket beskriver i illustrationen visar vad effekten av ett ja eller nej-svar på respektive fråga leder till i fråga om utgången i målet.
- 1.6 Annorlunda uttryckt visar illustrationen vilka omständigheter som i sig är tillräckliga för ett bifall till Domstolsverkets överklagande, och under vilka omständigheter överklagandet ska avslås.



1.7 Som framgår av flödesschemat ovan är det alltså först om förvaltningsrätten besvarar samtliga frågor ovan med "Ja" som Domstolsverkets överklagande ska avslås. Om en enda fråga besvaras med "Nej" är det i sig tillräckligt för att bifalla överklagandet.

1.8 Delfrågorna behandlas var för sig i de efterföljande avsnitten i detta yttrande.

2. Delfråga 1 – Är domstolsbyggnaden en icke-sedvanlig kontorsfastighet?

Kort summering av rättsfrågan

- 2.1 Frågan som förvaltningsrätten har att ta ställning till i detta avsnitt är om den byggnad som Transaktionen avser är en sedvanlig kontorsfastighet. Om så är fallet saknar det betydelse att den var "icke-befintlig" när de avtal som omfattas av Transaktionen tecknades. Hyresundantaget är då tillämpligt vilket medför att Tillsynsbeslutet ska undanröjas.
- 2.2 Om fråga istället är om en icke-sedvanlig byggnad ska i nästa steg prövas om byggnaden uppförts enligt krav som ställts upp av Domstolsverket.

Konkurrensverkets inställning

- 2.3 Konkurrensverket påstår att den aktuella byggnaden är en specialbyggnad med ett särskilt samhällsnyttigt ändamål och därför inte utgör en sedvanlig kontorsfastighet. Denna typ av byggnad ställer stora krav på säkerhet, brandskydd och logistik och kan inte jämföras med vanliga kontorslokaler där det finns flera potentiella hyresgäster. Den ska tillgodose Göta hovrätts och Kammarrätten i Jönköpings behov av fler och bättre förhandlingssalar med ökad säkerhet.
- 2.4 Jönköpings kommuns stadsbyggnadskontor har i en samrådshandling från 2018 angett att en ändring av den nuvarande byggnadens arkitektoniska utformning inte är möjlig, och då hänvisat till att fråga är om en domstolsbyggnad. Det framgår också av Domstolsverkets egen begäran till ESV att den planerade omlokaliseringen möter domstolarnas behov. Det får förmodas att de nya lokalerna omhändertar de säkerhetsrisker som Domstolsverket identifierat vad avser tidigare lokaler.
- 2.5 Vidare ska hyrestiden löpa på 15 år vilket beror på att lokalerna är "mycket speciella".
- 2.6 Arbetarskyddsstyrelsens kungörelse med föreskrifter om åtgärder mot våld och hot i arbetsmiljön (AFS 1993:2), vilket är ett dokument som Konkurrensverket bifogat Yttrandet, anger att det, då man bygger nya byggnader, är viktigt att redan vid planeringen beakta risken för våld och noga planera t.ex. entréer, belysning, receptioner, korridorer, reträttvägar och personalingångar så att de placeras på för verksamheten och säkerheten bästa sätt.
- 2.7 Av de ramhandlingar som är bifogade Genomförandeavtalet framgår att det har ställts krav på funktioner som förhandlingssalar, vaktrum och säkerhetskontroller. Domstolsverket har i en hemställan till regeringen angett att lokalprogrammet för byggnaden omfattar behovet av tillkommande funktioner för verksamheterna som förhandlingssalar, mötesrum, överläggningsrum och hänvisningsrum, rum för frihetsberövade, garageplatser för Kriminalvårdens fordon, säkerhetskontroll i entré, besöksrum och tolkrum.
- 2.8 Domstolsverket har medverkat vid en arkitekttävling som baserats på ett av Domstolsverket framtaget lokalprogram. I Castellums inbjudan till arkitekttävlingen anges att syftet är att tillgodose Göta hovrätts och Kammarrätten i Jönköpings behov av nya, moderna och ändamålsenliga lokaler som ska uppfylla såväl samhällets

allmänna krav som verksamhetens specifika krav beträffande teknik, säkerhet, logistik och tillgänglighet.

- 2.9 Kammarrätten i Jönköping och Göta hovrätt är en bestämd grupp hyresgäster med särskilda behov. Det är därmed inte fråga om uppförande av en sedvanlig kontorsfastighet. De krav på funktioner som Domstolsverket ställt påminner om de som ställdes i EU-domstolens mål C-213/13, *Impresa Pizzarotti*.

Källor

Tillsynsbeslutet, aktbilaga 4, punkt 58.

Konkurrensverkets yttrande av den 11 mars 2022, aktbilaga 41, punkterna 48-52.

Konkurrensverkets yttrande av den 6 maj 2022 (Yttrandet), aktbilaga 57, punkterna 6-14, 18 och 21-22.

Domstolsverkets inställning

- 2.10 Domstolsverket bestrider att den aktuella byggnaden skulle utgöra en icke-sedvanlig kontorsfastighet. Domstolsverket har invänt att den aktuella byggnaden väl kan användas för ett brett spektrum av alternativa kontors- och andra verksamheter.
- 2.11 Konkurrensverket har inte specificerat något särskilt sätt på vilket den aktuella byggnaden, till sin utformning, skiljer sig från en sedvanlig kontorsfastighet.
- 2.12 Domstolsverket kommer visserligen att installera viss specialutrustning i kontorsfastigheten, vilken bland annat syftar till att tillmötesgå de krav på säkerhet och video- och konferensutrustning som behövs i en domstolsverksamhet. Dessa installationer kommer emellertid att göras som sidoentreprenader från de upphandlade leverantörerna WSP, Atea och Midroc, där Domstolsverket själv är beställare. Installationerna ingår således inte bland de krav som ställs på vare sig Castellum som fastighetsägare och byggherre eller på Serneke som totalentreprenör.
- 2.13 Ett av skälen till att Domstolsverket insisterar på att de installationer som krävs specifikt för domstolsverksamhet ska utföras som sidoentreprenader är just att det ska vara möjligt för Domstolsverket att lägga en domstolsverksamhet i en sedvanlig kontorsfastighet.
- 2.14 Genom att ha egna leverantörer för de krav och lösningar som är särpräglade för domstolsverksamhet breddas möjligheterna för Domstolsverket att välja bland alla kontorsfastigheter på marknaden som har rätt storlek. Det ökar konkurrensen och minskar hyreskostnaden och innebär att Domstolsverket hamnar i en väsentligen bättre förhandlingsposition gentemot potentiella hyresvärdar jämfört med om domstolens verksamhet hade krävt domstolsspecifika anpassningar av kontorsbyggnaden som sådan. Som Domstolsverket tidigare utvecklat vore det, bland annat av detta skäl, inte ändamålsenligt ur ett konkurrensutsättningsperspektiv, att istället klumpa ihop alla leveranser till en stor hyresvärdsupphandling på det sätt som Konkurrensverket föreslagit.

- 2.15 Att Domstolsverket deltog i en arkitekttävling 2017 medför inte att byggnaden blir icke-sedvanlig. Konkursverket har fortfarande inte angett på vilket sätt Domstolsverkets medverkan vid den av Castellum anordnade arkitekttävlingen påverkade byggnadens utformning på ett icke sedvanligt sätt. Det fanns inget bindande avtal mellan Castellum och Domstolsverket när arkitekttävlingen genomfördes utan Genomförandeaftalet tecknades först flera år senare.
- 2.16 Konkursverket anstränger sig för att beskriva domstolsverksamhet som en speciell verksamhet. Det stämmer att domstolsverksamhet inte är vilken verksamhet som helst, men tack vare Domstolsverkets expertis och dess upphandlade sidoentreprenörer, är det en verksamhet som går alldeles utmärkt att bedriva i en sedvanlig kontorsfastighet. Att en verksamhet är speciell medför inte med automatik att den byggnad där verksamheten utförs inte är sedvanlig.
- 2.17 De många rumstyper som finns beskrivna i Domstolsverkets ramhandlingar ställer inte särskilda krav på byggnaden som sådan. Förhandlingssalar, mötesrum, överläggningsrum, hänvisningsrum, rum för frihetsberövade, besöksrum och tolkrum har alla det gemensamt att de är just "rum", om än av olika storlek. Att byggnaden innehåller rum av olika storlek medför emellertid inte att den är icke-sedvanlig. Tvärtom är det en regel snarare än ett undantag att rum i en sedvanlig kontorsfastighet både är av varierande storlek och används för olika ändamål.
- 2.18 Utöver de specialinstallationer som Domstolsverket självt gör i rummen, genom sidoentreprenader, har dessa rum inte några särskilda eller unika egenskaper utan hade mycket väl kunnat användas för vilken kontorsverksamhet som helst. På samma sätt förhåller det sig med garageplatser för Kriminalvårdens fordon vilka, på alla relevanta sätt, är sedvanliga garageplatser. Domstolsverkets krav på en lokal är med andra ord inte sådana att de vare sig generellt eller i detta fall har någon inverkan på en kontorsbyggnads arkitektoniska utformning eller på annat sätt bidrar till att byggnaden får en säregen utformning.
- 2.19 Att en byggnad som Domstolsverket ingår hyresavtal för också möter de behov som domstolsverksamheterna har gör inte byggnaden icke-sedvanlig. Det vore minst sagt anmärkningsvärt, och föga ändamålsenligt, om hyresundantaget endast fick användas för att ingå hyresavtal som *inte* möter den upphandlande myndighetens behov. Att en upphandlande myndighets behov av lokaler tillgodoses genom ett hyresavtal är en grundförutsättning för att hyresavtalet överhuvudtaget ska kunna fylla sin avsedda funktion och kan således svårligen i sig själv utgöra grund för att en byggnad ska anses icke-sedvanlig.
- 2.20 Vad gäller avtalstiden så har för övrigt EU-domstolen i mål C-537/19, *Wiener Wohnen*, tydligt angivit att en 25-årig avtalstid inte är icke-sedvanlig vid nybyggnation av en kontorsfastighet.
- 2.21 Vad som anges i diverse tredjemansdokument, såsom samrådshandlingar och nyhetsartiklar, kan inte ligga till grund för en bedömning av den aktuella byggnadens sedvanlighet. Om byggnaden hade varit icke-sedvanlig borde det vara möjligt för Konkursverket att, genom att peka på punkter i avtalen mellan Castellum och Domstolsverket, ange vilka villkor som avviker från vad som vanligen finns i

motsvarande avtal för kontorsfastigheter. Någon sådan bevisning har Konkurrensverket dock inte lagt fram.

- 2.22 Vad gäller bevisbördan kan i övrigt följande konstateras. Konkurrensverket påstår att fråga är om en icke-sedvanlig byggnad. Det åligger därför Konkurrensverket att visa vad denna icke-sedvanlighet består i. Konkurrensverket borde också ha lättast att säkra bevisning till stöd för sitt påstående. Domstolsverket kan, för sin invändning att fråga är om en helt vanlig kontorsfastighet, inte anföra något annat stöd än att påpeka det faktum att byggnaden inte har några utmärkande särdrag som inte förekommer hos sedvanliga kontorsbyggnader i kommersiell nyproduktion. Icke-förhållanden, såsom att en byggnad inte har några icke-sedvanlig eller anmärkningsvärda egenskaper, är som bekant notoriskt svåra att bevisa varför bevisbördan avseende icke-sedvanlighet endast kan åligga Konkurrensverket.
- 2.23 Arbetsskyddsstyrelsen föreskrifter om åtgärder mot våld och hot i arbetsmiljön (AFS 1993:2) gäller oberoende av om en viss fastighet är att anse som en sedvanlig kontorsfastighet eller ej. Det är oklart vad Konkurrensverket menar att dessa föreskrifter skulle bevisa vad gäller frågan om den här aktuella byggnaden är en sedvanlig kontorsbyggnad.
- 2.24 Vad avser Konkurrensverkets uppfattning att en lindrigare bevisbörda bör åläggas Konkurrensverket eftersom det inte kan bli aktuellt med upphandlingsskadeavgift vill Domstolsverket göra följande anmärkning. Domstolsverket beskrev redan i sitt yttrande av den 7 februari 2022 den negativa inverkan som Tillsynsbeslutet har för Domstolsverkets och övriga lokalförsörjande myndigheters verksamhet. Domstolsverket har också beskrivit hur Konkurrensverkets förordande av hyresvärdsupphandling leder till mindre effektiva konkurrensutsättningar än traditionella byggentreprenadupphandlingar.
- 2.25 De merkostnader för Domstolsverket som Tillsynsbeslutet innebär överskrider vida den kostnad om 10 miljoner kronor som en upphandlingsskadeavgift maximalt kan uppgå till. Det saknas således skäl att ge Konkurrensverket en sådan bevislättning som verket nu efterfrågar. Tvärtom är den potentiella skada som Tillsynsbeslutet orsakar sådan att det är av särskilt stor vikt att Konkurrensverket kan styrka alla sina påståenden. Givet den omfattande utredning som föregått Tillsynsbeslutet, och Konkurrensverkets roll som expertmyndighet för offentlig upphandling, kan en sådan bevisbörda svårligen anses för tung för Konkurrensverket att bära.
- 2.26 Det stämmer att C-213/13, *Impresa Pizzarotti*, också avsåg en byggnad där domstolsverksamhet skulle bedrivas. Det bör dock noteras att den byggnaden inte i något avseende hade blivit föremål för en annonserad konkurrensutsättning. En avgörande skillnad är således att de specialinstallationer som krävs för att bedriva domstolsverksamhet i förevarande fall upphandlats i särskild ordning samt att även de projekteringstjänster och byggentreprenadarbeten varigenom byggnaden uppförts föregåtts av ett annonserat upphandlingsförfarande.
- 2.27 *Impresa Pizzarotti*, som alltså handlar om myndigheters skyldigheter att konkurrensutsätta byggentreprenadarbeten, kan svårligen läsas med bortseende från det faktum att Domstolsverket också har konkurrensutsatt de projekteringstjänster, byggentreprenadarbeten och specialinstallationer som krävts dels för byggnadens

uppförande, dels för att lokalerna ska fungera optimalt för domstolsverksamhet. Det ska vidare understrykas att de anpassningar som myndigheten krävde i det nyligen avgjorda målet C-537/19, *Wiener Wohnen*, var betydligt mer långtgående och hade betydligt större inverkan på byggnadens utformning än vad som ens gjorts gällande av Konkurrensverket avseende den här aktuella byggnaden. Konkurrensverkets förlitan på de likheter i verksamhetstyp som finns mellan här förevarande situation och *Impresa Pizzarotti* förefaller mot denna bakgrund grunda sig i en daterad och alltför förenklad rättsuppfattning.

- 2.28 Byggnaden är en sedvanlig kontorsfastighet och Konkurrensverket har inte anfört något som visar på motsatsen.

Källor

Domstolsverkets yttrande av den 7 februari 2022, aktbilaga 12, punkterna 2.4-2.10, 3.52 med tillhörande illustration, 3.66-3.69 och 4.98-4.99.

Domstolsverkets yttrande av den 11 april 2022, aktbilaga 48, punkterna 4.1-4.16 samt avsnitt 8.

Sammanfattning

- 2.29 Som framgår av bland annat C-461/20, *Advania Sverige och Kammarkollegiet*, måste även undantag tolkas så att de får sin ändamålsenliga verkan.
- 2.30 För att hyresundantaget inte ska vara tillämpligt, krävs det att Konkurrensverket visar att byggnaden inte är en sedvanlig kontorsfastighet. För denna bedömning kan vägledning hämtas från EU-domstolens avgörande i *Wiener Wohnen*. I motsats till EU-domstolens uttalanden i *Impresa Pizzarotti*, var omständigheterna i *Wiener Wohnen* snarlika omständigheterna kring Domstolsverkets byggnad.
- 2.31 Konkurrensverket har inte visat att byggnaden är något annat än en sedvanlig kontorsbyggnad. Eventuella specialanpassningar omfattas inte av uppförandet av byggnaden som sådan, utan hanteras genom sidoentreprenader av i särskild ordning upphandlade leverantörer.

3. Delfråga 2 – Har domstolsbyggnaden uppförts enligt krav som ställts upp av Domstolsverket?

Kort summering av rättsfrågan

- 3.1 Frågan som förvaltningsrätten har att ta ställning till i detta avsnitt är om den byggnad som Transaktionen avser uppförts enligt krav som ställts upp av Domstolsverket. I annat fall, dvs. om kraven ställts av någon annan än Domstolsverket, är hyresundantaget tillämpligt och Tillsynsbeslutet ska undanröjas.
- 3.2 Om förvaltningsrätten istället finner att byggnaden har uppförts enligt krav som ställts upp av Domstolsverket ska i nästa steg prövas om dessa krav går utöver sådana krav som sedvanligen ställts av en hyresgäst med avseende på den aktuella byggnadstypen.

Konkurrensverkets inställning

- 3.3 Konkurrensverket påstår att Domstolsverket har ställt krav både på byggnadens arkitektoniska utformning och på säkerhet, brandskydd och logistik. Kraven på byggnaden framgår främst av Domstolsverkets lokalprogram i Ramhandlingarna.
- 3.4 Konkurrensverket anför vidare att Domstolsverket haft möjlighet att påverka byggnadens utformning och särdrag genom att ha deltagit som jurymedlem i Castellums arkitekttävling, och att de deltagande arkitektbyråerna haft möjlighet att ställa frågor till Domstolsverket.
- 3.5 Vidare anför Konkurrensverket att ändringar av utformningen av domstolsbyggnaden, inklusive förändringar av yttre väggar, inte har ansetts vara möjliga med hänvisning till de krav som ställs på domstolsverksamhet.

Källor

Tillsynsbeslutet, aktbilaga 4, punkterna 12, 32, 34, 45, 51, 57-58, 60 och 75.

Konkurrensverkets yttrande av den 11 mars 2022, aktbilaga 41, punkterna 13-14, 17, 29, 32-40, 44-46, 48-49, 56 och 58.

Konkurrensverkets yttrande av den 6 maj 2022 (Yttrandet), aktbilaga 57, punkterna 5-9, 11-14, 18-19 och 22.

Domstolsverkets inställning

- 3.6 Domstolsverket bestrider att det ställt krav på byggnadens arkitektoniska utformning, dess säkerhet, brandskydd och logistik. Det är inte tillräckligt att konstatera att Domstolsverket eventuellt *haft möjlighet* att ställa krav eller påverka byggnadens utformning för att byggnaden ska anses ha uppförts enligt krav som ställts av Domstolsverket. Istället måste det visas att Domstolsverket *de facto* utövat ett sådant inflytande. Att en potentiell hyresgäst förutsättningslöst beskriver sitt behov för en fastighetsägare som därefter, på spekulation, uppför en byggnad som möter behoven innebär inte heller att hyresgästen ställt krav på byggnadens utformning.

- 3.7 Uppgiften om att det ställs särskilda krav på säkerhet, brandskydd och logistik härrör inte från Domstolsverket eller Castellum, utan från en dialog mellan handläggare hos Jönköpings kommun och bostadsrättsföreningen Slottskajen i Jönköping. Detsamma gäller uttalandet om att dessa krav skulle förhindra ändringar i byggnadens arkitektoniska utformning. Åberopandet av denna dialog räcker inte för att styrka Konkurrensverkets i övrigt ogrundade påstående om att Domstolsverket utövat ett bestämmande inflytande över byggnadens arkitektoniska utformning.
- 3.8 Lokalprogrammet utgörs endast av en enkel summering av de rumsfunktioner som Domstolsverket efterfrågar för lokalen. Lokalprogrammet togs fram innan något avtal mellan Domstolsverket och Castellum tecknats och det innehåller inga krav på hur Castellum skulle utforma byggnaden. Det var först efter att Castellum hade utformat den planerade byggnaden som Domstolsverket valde att gå vidare och ingå Genomförandeaftalet avseende lokalen.
- 3.9 Lokkalprogrammet summerar de rumsfunktioner som Domstolsverket specifikt efterfrågar för den aktuella lokalen. Domstolsverkets specifika beskrivning av varje enskild rumsfunktion återfinns i det så kallade Rumsfunktionsprogrammet (RFP). RFP är en generell handling som innehåller beskrivningar av alla de olika rumsfunktioner som kan tänkas förekomma för domstolsverksamhet och utgör en allmän handling som vilken fastighetsägare som helst kan begära ut för att därefter utforma en byggnad på spekulation. RFP innehåller däremot inga krav på, och innebär inte att Domstolsverket ställt krav på, byggnadens utformning, vilket bäst illustreras genom ett exempel.

Exempel

En fastighetsägare har för avsikt att uppföra lokaler på en fastighet. Fastighetsägaren vill attrahera en stor myndighet, eftersom det vanligtvis är en prestigefull och stabil hyresgäst, och fastighetsägaren känner till att myndigheten har ett behov av nya lokaler.

Den aktuella myndigheten vill emellertid inte teckna något hyresavtal utan att veta vad fastighetsägaren erbjuder för lokaler. Fastighetsägaren begär därför ut myndighetens riktlinjer för myndighetens lokalutformning (eller motsvarande, t.ex. myndighetens rumsfunktionsprogram) såsom en allmän handling. Fastighetsägaren utformar en byggnad utifrån myndighetens behov och krav såsom dessa framgår av den allmänna handlingen.

Fastighetsägaren presenterar därefter för myndigheten ett program där den planerade lokalen beskrivs. Myndigheten kan konstatera att de planerade lokalerna uppfyller myndighetens behov och kan därför åta sig att teckna hyresavtalet. Myndigheten ställer dock som krav att fastighetsägaren ska anlita av myndigheten anvisad (upphandlad) entreprenör för uppförandet av byggnaden.

- 3.10 Enligt Konkurrensverkets synsätt har myndigheten i en sådan situation ingått ett upphandlingspliktigt byggentreprenadkontrakt med fastighetsägaren, eftersom (A) utformningen av byggnaden har gjorts utifrån myndighetens behov, och (B) en

byggnad har uppförts. Detta trots (A) att myndigheten inte ställt några krav på byggnadens utformning gentemot fastighetsägaren, och (B) att det inte förekommit några byggtreprenadarbeten inom ramen för avtalet mellan fastighetsägaren och myndigheten.

- 3.11 Slutligen har Konkursverket inte visat att Domstolsverket, genom att delta som jurymedlem vid arkitekttävlingen, ställt krav eller på annat sätt påverkat byggnadens arkitektoniska utformning. Även om Domstolsverket skulle ha haft möjlighet att påverka utformningen, vilket i och för sig inte heller har visats av Konkursverket, är förekomsten av en sådan möjlighet att ställa krav inte det samma som att krav har ställts. Det är lätt att inse den rättssäkerhetsproblematik som skulle uppstå om redan möjligheten att genomföra en direkttilldelning vore tillräcklig för att en upphandlande myndighets ska anses ha gjort sig skyldig till en otillåten direktupphandling.
- 3.12 Att införa sanktioner mot potentiella, men inte beslutade eller genomförda, direktupphandlingar vore naturligtvis vare sig önskvärt eller praktiskt genomförbart och det bör inte heller vara något Konkursverket förordar.
- 3.13 Som Domstolsverket tidigare påpekat är inte alla transaktioner "upphandling", utan det krävs att det framgår av det aktuella avtalet att den upphandlande myndigheten har erlagt ersättning i utbyte mot en viss specificerad vara, tjänst eller byggtreprenad samt att leverantören har en rättsligt åberopbar skyldighet att utföra denna prestation. Konkursverkets svepande påståenden om vilken påverkan Domstolsverket möjligen kan ha haft i olika skeden medför inte att det är visat att ett upphandlingspliktigt upphandlingskontrakt föreligger. Till och med kommissionen, som trots detta inte ansågs ha uppfyllt sin bevisbörda i *Wiener Wohnen*, hade ansträngt sig tillräckligt för att peka på specifika krav i avtalsdokumenten som kommissionen menade var uttryck för den upphandlande myndighetens påverkan. Konkursverket har inte presterat ens det.

Källor

Domstolsverkets yttrande av den 7 februari 2022, aktbilaga 12, punkterna 3.13, 3.22-3.23, 3.25, 3.39-3.42, 3.66-3.69, 4.45-4.47, 4.98-4.100 och 4.104.

Domstolsverkets yttrande av den 11 april 2022, aktbilaga 48, punkterna 3.1-3.12; 8.3-8.14, 8.17-8.19, 8.22, 12.1, 12.3-12.4 och 12.10.

Sammanfattning

- 3.14 För att hyresundantaget inte ska vara tillämpligt, krävs att Domstolsverket faktiskt har påverkat byggnadens utformning. Det är inte detsamma som att Domstolsverket haft en teoretisk möjlighet att påverka utformningen.
- 3.15 De krav på säkerhet, brandskydd och logistik som Konkursverket framhållit är inte krav som uppställts av Domstolsverket. Domstolsverkets deltagande som jurymedlem vid arkitekttävlingen innebar inte heller att Domstolsverket ställde krav eller på annat sätt påverkade byggnadens arkitektoniska utformning.

4. Delfråga 3 – Går de krav som Domstolsverket ställt utöver sådana krav som en hyresgäst sedvanligen ställer på den aktuella byggnadstypen?

Kort summering av rättsfrågan

- 4.1 Frågan som förvaltningsrätten har att ta ställning till i detta avsnitt är om de krav som Domstolsverket ställt går utöver sådana krav som en hyresgäst sedvanligen ställer på den aktuella byggnadstypen. I annat fall är hyresundantaget tillämpligt och Tillsynsbeslutet ska undanröjas.
- 4.2 Om förvaltningsrätten istället finner att de krav som Domstolsverket har ställt går utöver sådana krav som en hyresgäst sedvanligen ställer på den aktuella byggnadstypen ska i nästa steg prövas om Transaktionen då kan utgöra ett byggentreprenadkontrakt enligt 1 kap 9 § LOU, givet att projekteringen och uppförandet av byggnaden upphandlats i särskild ordning och inte utgör en del av "Transaktionen".

Konkurrensverkets inställning

- 4.3 Konkurrensverket anför att Domstolsverket ställt specifika krav på funktioner samt stora krav på säkerhet, brandskydd och logistik och att byggnaden därför inte kan jämföras med vanliga kontorslokaler med flera potentiella hyresgäster. Planeringen och utformningen av byggnaden påbörjades med stöd av Domstolsverkets lokalprogram, vilket tagits fram specifikt till arkitekttävlingen. Arkitektbyråerna hade möjlighet att ställa frågor till Domstolsverket. Byggnaden har därför utformats utifrån Domstolsverkets specifika krav.
- 4.4 Vidare anför Konkurrensverket att Domstolsverket har haft ett avgörande inflytande över byggnadens arkitektoniska utformning genom att delta som jurymedlem i Castellums arkitekttävling. Stadsbyggnadskontoret i Jönköpings kommun har därtill ansett att förändringar i byggnadens arkitektoniska utformning inte har varit möjliga att genomföra på grund av att byggnadens användning som domstolsbyggnad ställer stora krav på säkerhet, brandskydd och logistik.

Källor

Tillsynsbeslutet, aktbilaga 4, punkterna 58 och 75.

Konkurrensverkets yttrande av den 11 mars 2022, aktbilaga 41, punkterna 33, 41, 44, 48-49, 51 och 56-58.

Konkurrensverkets yttrande av den 6 maj 2022 (Yttrandet), aktbilaga 57, punkterna 6-9, 11-14, 18-19 och 21-22.

Domstolsverkets inställning

- 4.5 De specifika krav på funktioner, säkerhet, brandskydd och logistik som Domstolsverket ställt går inte utöver vad som kan anses normalt för en hyresgästs verksamhet. Det är inte tillräckligt att konstatera att en byggnad är speciell för att ett hyresavtal ska anses utgöra ett byggentreprenadkontrakt, utan Domstolsverkets inflytande över och krav

på byggnaden måste även ha gått längre än vad en annan hyresgäst i motsvarande situation hade krävt av den aktuella byggnadstypen.

- 4.6 Konkurrensverket har inte presenterat något krav från Domstolsverket som kan anses gå utöver vad en hyresgäst av Domstolsverkets storlek rimligen ställer på en kontorsbyggnad i nyproduktion. Detta gäller såväl påstådda krav om säkerhet, brandskydd och logistik som byggnadens arkitektoniska utformning, se även punkterna 3.6 - 3.11 ovan.
- 4.7 Uppgiften om att det ställs särskilda krav på säkerhet, brandskydd och logistik härrör inte från Domstolsverket, utan från Jönköpings kommun och bostadsrättsföreningen Slottskajen. Det förekommer ingen omständighet som visar att Domstolsverket skulle ha ställt några "särskilda" krav utan de krav som framgår av ramhandlingarna är standardkrav enligt svensk byggnorm (BBR) för kontorsbyggnader. Konkurrensverket har inte heller visat på vilket sätt Domstolsverket, genom att delta som jurymedlem vid arkitekttävlingen, överhuvudtaget ställt krav eller på annat sätt påverkat byggnadens arkitektoniska utformning, se även punkterna 3.6 - 3.11 ovan.
- 4.8 De avtalsvillkor som framgår av Genomförandeaftalet och av Hyresavtalet är i alla relevanta avseenden helt vanliga hyresvillkor som förekommer i snart sett alla hyresavtal. Till styrkande av detta anförs bland annat att såväl Konkurrensverkets som Upphandlingsmyndighetens hyresavtal innehåller motsvarande villkor som de villkor som Konkurrensverket i Tillsynsbeslutet framhåller som särskilt anmärkningsvärda. Konkurrensverket har inte bestritt detta faktum eller, efter att denna invändning först framfördes, kunnat peka på något villkor i Transaktionen som går längre än de villkor som återfinns i Konkurrensverkets eget hyresavtal.
- 4.9 De anpassningar som Konkurrensverket gör gällande har under alla omständigheter inte gått utöver sådana hyresgäst Anpassningar som EU-domstolen i avgörandet C-537/19, *Wiener Wohnen*, har ansett utgöra sedvanliga hyresgäst Anpassningar. Flera av de omständigheter som Konkurrensverket framhåller, såsom möjligheten att kontrollera byggnationen inför tillträde och en längre hyresavtalstid, är därtill omständigheter som EU-domstolen uttryckligen konstaterat vara sedvanliga hyresvillkor.

Källor

Domstolsverkets yttrande av den 7 februari 2022, aktbilaga 12, punkterna 3.13, 3.22-3.23, 3.25, 3.39-3.42, 3.66-3.69, 4.45-4.47, 4.70, 4.81, 4.83-4.105.

Domstolsverkets yttrande av den 11 april 2022, aktbilaga 48, punkterna 7.1-7.14, 8.3-8.14, 8.17-8.19, 8.22, 12.1, 12.3-12.4 och 12.10.

Sammanfattning

- 4.10 För att hyresundantaget inte ska vara tillämpligt, krävs att Domstolsverket ställt krav på byggnadens utformning som gått utöver sådana krav som en hyresgäst sedvanligen ställer på en byggnad.

- 4.11 De krav på säkerhet, brandskydd och logistik som Konkurrensverket framhållit är inte krav som går utöver sådana krav som en hyresgäst av Domstolsverkets storlek sedvanligen ställer eller annars gäller för kontorsbyggnader enligt svensk byggnorm BBR och Domstolsverkets deltagande som jurymedlem vid arkitekttävlingen innebar inte heller att Domstolsverket ställde krav eller på annat sätt påverkade byggnadens arkitektoniska utformning.
- 4.12 De bestämmelser som finns i Genomförandeavtalet och Hyresavtalet är i alla avseenden sedvanliga bestämmelser för ett hyresförhållande.

5. Delfråga 4 – Kan Transaktionen överhuvudtaget utgöra ett "byggentreprenadkontrakt" givet att projekteringen och uppförandet av byggnaden har upphandlats i särskild ordning?

Kort summering av rättsfrågan

- 5.1 Frågan som förvaltningsrätten har att ta ställning till i detta avsnitt är om Transaktionen kan utgöra ett byggentreprenadkontrakt enligt 1 kap 9 § LOU, givet att projekteringen och uppförandet av byggnaden har upphandlats i särskild ordning. I annat fall är hyresundantaget tillämpligt och Tillsynsbeslutet ska undanröjas.
- 5.2 Om förvaltningsrätten istället finner att Transaktionen kan utgöra ett byggentreprenadkontrakt, trots att projekteringen och uppförandet av byggnaden har upphandlats i särskild ordning, ska i nästa steg prövas huruvida detta också innebär att Transaktionen huvudsakligen ska anses utgöra ett byggentreprenadkontrakt. Detta innebär en prövning av om den omständigheten att byggnadens projektering och uppförande konkurrensutsatts i särskild ordning medför att eventuella kvarvarande byggentreprenadinslag i Transaktionen ska anses vara av underordnad betydelse i relation till hyresförhållandet, och att Transaktionen därför vid en huvudsaklighetsbedömning ska anses utgöra ett hyresavtal.

Konkurrensverket inställning

- 5.3 Det förefaller vara ostridigt i målet att de aktuella byggentreprenadarbetena i Projektet har upphandlats enligt LOU, vilket resulterade i Entreprenadavtalet och sidoentreprenaderna. Konkurrensverket menar dock att Transaktionen – där Entreprenadavtalet och sidoentreprenaderna alltså inte ingår – ändå utgör ett upphandlingspliktigt byggentreprenadkontrakt.
- 5.4 Konkurrensverket har därvid anfört följande.
- 5.5 Ett kontrakt enligt LOU motsvaras inte nödvändigtvis av endast ett avtal, utan kan bestå av en överenskommelse i flera led som tillsammans betraktas som ett kontrakt enligt LOU. Konkurrensverket anför vidare att Genomförandavtalet (vilket utgör ett av de två avtalen i Transaktionen) syftar till att reglera Domstolsverkets och Castellums "samarbete vid projektering och uppförande av [domstolsbyggnaden]".
- 5.6 Konkurrensverket anför även att ett byggentreprenadkontrakt ska anses föreligga om realiseringen av byggnadsverket skett oavsett medel, dvs. oavsett hur realiseringen gått till, och även om Castellum inte är den leverantör som de facto uppför byggnaden i fråga.
- 5.7 Konkurrensverket menar även att Transaktionen ska analyseras utifrån sitt allmänna sammanhang och dess faktiska egenskaper, dvs. det sammanhang och de omständigheter som följer av Projektet som helhet. Entreprenadavtalet kan därmed inte "stå på egna ben" utan Castellums inblandning, utan är nödvändigt för Castellums fullgörande av det genom Transaktionen tilldelade uppdraget. Hyresavtalet kan inte ingå utan att Castellum – i enlighet med Genomförandavtalet – låter uppföra domstolsbyggnaden med hjälp av Serneke. Domstolsverkets krav på

den nya byggnaden följer bl.a. av Ramhandlingarna, vilka utgör bilaga till Genomförandeavtalet.

- 5.8 Transaktionen ska ses som en odelbar enhet, vars huvudsakliga ändamål är uppförandet av ett byggnadsverk. Enligt EU-domstolen innebär omständigheten att (hyres)avtal tecknas innan byggnadsverket uppförande har påbörjats att huvudsyftet med avtalet alltid ska vara uppförandet av byggnadsverket.
- 5.9 Konkurrensverket anför vidare att Domstolsverket i Genomförandeavtalet har ställt upp krav som den nya domstolsbyggnaden ska uppfylla och att Castellum har ett ansvar för att säkerställa att dessa behov möts. Konkurrensverket har härvid inte hänvisat till några konkreta förpliktelser avseende byggentreprenadarbeten i Transaktionen.

Källor

Tillsynsbeslutet, aktbilaga 4, punkterna 27 och 45.

Konkurrensverkets yttrande av den 11 mars 2022, aktbilaga 41, punkterna 17, 24, 29, 31, 42 och 45.

Konkurrensverkets yttrande av den 6 maj 2022 (Yttrandet), aktbilaga 57, fotnoten till punkt 25.

Domstolsverkets inställning

- 5.10 Konkurrensverket har vid flera tillfällen ändrat rubriceringen/beskrivningen avseende hur Transaktionen ska klassificeras ur ett upphandlingsrättsligt perspektiv, dvs. vad som medför att Transaktionen skulle vara upphandlingspliktig *i sig själv*.
- 5.11 Konkurrensverket har benämnt det som projekteringstjänster, uppförande/realisering/anskaffning av byggnadsverk, byggherre- och projektledningstjänster m.m. I Domstolsverkets föregående yttrande av den 11 april 2022, punkt 6.3, sammanställde Domstolsverket de i vart fall tio olika rubriceringarna av det innehåll i Transaktionen som Konkurrensverket menar medför upphandlingsplikt för Transaktionen. Konkurrensverket har slutligen, som det får förstås, landat i uppfattningen att Transaktionen utgör ett byggentreprenadkontrakt. Konkurrensverket har emellertid fortfarande inte beskrivit vilka tjänster eller byggentreprenadarbeten som de facto utförts utan endast varierat sin benämning/rubricering av en icke-specificerad åtgärd.
- 5.12 Domstolsverkets inställning är att Transaktionen inte kan vara ett byggentreprenadkontrakt i upphandlingsrättslig mening. Av 1 kap. 9 § LOU följer att ett byggentreprenadkontrakt är:
- a) ett kontrakt som avser utförande alternativt projektering och utförande av ett byggnadsverk, eller
 - b) ett kontrakt som innebär att ett byggnadsverk realiserar (enligt krav som uppställts av myndigheten).

- 5.13 Eftersom det förefaller vara ostridigt i målet att Transaktionen *i sig* inte reglerar de faktiska byggentreprenadarbetena, kan det första ledet ovan inte aktualiseras. Istället är det frågan om det är Transaktionen som medför att ett byggnadsverk realiseras.
- 5.14 Domstolsverkets uppfattning är att ett visst avtal inte kan anses realisera ett byggnadsverk när det samtidigt finns andra upphandlade kontrakt som beställer, projekterar och utför *samma* byggnadsverk.
- 5.15 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*. Realiseringen av byggnadsverket sker helt enkelt genom andra avtal, och dessa har upphandlats i särskild ordning.
- 5.16 Såvitt Domstolsverket förstår Konkurrensverkets talan menar inte Konkurrensverket att Transaktionen *i sig* reglerar byggentreprenadarbeten, eftersom det förefaller ostridigt att de arbetena upphandlats i särskild ordning genom Entreprenadavtalet och sidoentreprenaderna. Det enda sättet som Transaktionen kan vara ett byggentreprenadkontrakt är därför om Transaktionen innehåll bedöms som om den samtidigt innehöll Projektet i sin helhet, dvs. inbegripet Entreprenadavtalet och sidoentreprenaderna, och om den bedömningen dessutom utgår från att det saknar betydelse att Entreprenadavtalet och sidoentreprenaderna *de facto* och ostridigt har annonserats i enlighet med LOU.
- 5.17 Domstolsverkets uppfattning är att Transaktionen – såsom odelbar enhet – inte kan få sitt huvudsakliga syfte bedömt utifrån innehållet i avtal som inte utgör en del av den odelbara enheten. Entreprenadavtalet och sidoentreprenaderna har ostridigt delats upp och upphandlats i särskild ordning, och de kan definitionsmässigt därför inte ingå i den odelbara enhet som utgörs av Transaktionen. Det framgår av såväl skäl 12 till upphandlingsdirektivet som av EU-domstolens avgörande i mål C-521/18, *Pegaso och Sistemi di Sicurezza*, att en upphandlande myndighet alltid har rätt att dela upp en upphandling och få respektive del bedömd för sig.
- 5.18 Transaktionen huvudsakliga ändamål kan därför endast bedömas utifrån det faktiska innehållet i Genomförandavtalet och Hyresavtalet, eftersom det är dessa två avtal som (utifrån Konkurrensverkets synsätt) tillsammans utgör den odelbara enheten.
- 5.19 Transaktionen innehåller emellertid inte någon utfästelse om att utföra byggentreprenadarbeten. Transaktionen innehåller endast sedvanliga regleringar mellan hyresgäst och hyresvärd. Transaktionen *i sig* kan därför inte anses vara ett byggentreprenadkontrakt.
- 5.20 Domstolsverket anför vidare att EU-domstolens avgörande i mål C-399/98, *la Scala*, punkt 100 ger stöd för att det inte medför ytterligare upphandlingsskyldighet att överlåta ett redan upphandlat byggentreprenadavtal till en fastighetsägare. Konkurrensverkets huvudsakliga argument mot detta synes vara att EU-domstolen inte upprepat detta uttalande mer än en gång. Dock kan konstateras, vilket också påpekats i föregående yttrande, att EU-domstolen i mål C-306/08, *kommissionen mot Spanien*, tydligt angivit att ett avtal som inte innehåller åtaganden om utförande av

byggentreprenadarbeten, utan endast sådana åtaganden som byggherren (snarare än byggentreprenören) normalt har, inte utgör ett byggentreprenadkontrakt.

- 5.21 Att Konkursverket inte kommenterat detta förhållande, annat än genom att i en fotnot hänvisa till att det sannolikt berott på kommissionens bevisbörda, är anmärkningsvärt med tanke på att Konkursverket fortfarande inte förmått presentera ett enda entreprenadrättsligt åtagande i Transaktionen. Oaktat hur lite bevisning kommissionen hade presenterat i mål C-306/08, *kommissionen mot Spanien*, kan således konstateras att den bevisning som Konkursverket presenterat, vilken består av en oredig blandning av allmänna föreskrifter, pressmeddelanden, artiklar från webbtidningar avseende andra domstolsbyggnader än den här aktuella, uttalanden från en lokal bostadsrättsförening och handläggare vid Jönköpings kommuns stadsbyggnadsnämnd samt Domstolsverkets generella beskrivning till ESV om varför Domstolsverket behöver nya lokaler, är än mindre konkret.
- 5.22 Transaktionen innehåller inga åtaganden om att utföra byggentreprenadarbeten. Eftersom byggentreprenadarbetena konkurrensutsatts i särskild ordning är det vidare det sålunda upphandlade Entreprenadavtalet som medför att byggnaden realiserats. Transaktionen, sedd för sig såsom en odelbar enhet, uppfyller därför inte LOU:s definition av ett byggentreprenadkontrakt.

Källor

Domstolsverkets yttrande av den 7 februari 2022, aktbilaga 12, punkterna 4.3-4.18 och 4.54-4.65.

Domstolsverkets yttrande av den 11 april 2022, aktbilaga 48, punkterna 5.1-5.7 och 6.1-6.23.

Sammanfattning

- 5.23 För att hyresundantaget inte ska vara tillämpligt, krävs det att Konkursverket visar att Transaktionen utgör ett byggentreprenadkontrakt enligt 1 kap. 9 § LOU. Det förutsätter att Transaktionen innehåller åtaganden om byggentreprenadarbeten.
- 5.24 Transaktionen innehåller inte några åtaganden om att utföra byggentreprenadarbeten. Detta beror bland annat på att samtliga byggentreprenadarbeten för uppförandet av byggnaden har konkurrensutsatts i särskild ordning genom offentliga upphandlingar.

6. Delfråga 5 – Kan Transaktionen huvudsakligen anses utgöra ett byggentreprenadkontrakt?

Kort summering av rättsfrågan

- 6.1 Frågan som förvaltningsrätten har att ta ställning till i detta avsnitt är om Transaktionen huvudsakligen ska anses utgöra ett byggentreprenadkontrakt, eller om den omständigheten att byggnadens projektering och uppförande har konkurrensutsatts i särskild ordning medför att eventuella kvarvarande byggentreprenadinslag i Transaktionen ska anses vara av underordnad betydelse i relation till hyresförhållandet. Om så är fallet ska Transaktionen vid en huvudsaklighetsbedömning anses utgöra ett hyresavtal.
- 6.2 Om Transaktionen efter en sådan bedömning huvudsakligen ska anses utgöra ett hyresavtal ska Tillsynsbeslutet undanröjas. Om Transaktionen efter en sådan bedömning huvudsakligen ska anses utgöra ett byggentreprenadkontrakt bör förvaltningsrätten istället avslå Domstolsverkets överklagande.

Konkurrensverkets inställning

- 6.3 Konkurrensverket anför att huvudsyftet med ett hyresavtal av en icke-befintlig byggnad, där uppförandet av det aktuella byggnadsverket inte ens har påbörjats, ska anses vara uppförandet av byggnadsverket, inte hyresförhållandet. Konkurrensverket understryker att så är fallet när ett projekt avser realiseringen av en icke-befintlig byggnad, där den upphandlande myndigheten vidtagit åtgärder för att specificera byggentreprenaden eller åtminstone för att utöva ett bestämmande inflytande på dess projektering.
- 6.4 Konkurrensverket anför vidare att den omständigheten att Transaktionen omfattar bestämmelser med vissa särdrag som är utmärkande för hyreskontrakt inte har någon betydelse i sammanhanget. Konkurrensverket menar att Transaktionen har inslag av såväl byggentreprenad som förhyrning.

Källor

Konkurrensverkets yttrande av den 11 mars 2022, aktbilaga 41, punkt 43.

Konkurrensverkets yttrande av den 6 maj 2022 (Yttrandet), aktbilaga 57, punkterna 4 och 25 samt fotnoten till punkt 25.

Domstolsverkets inställning

- 6.5 Såvitt Domstolsverket har uppfattat Konkurrensverkets inställning har Konkurrensverket överhuvudtaget inte argumenterat för varför Transaktionen sedd för sig själv huvudsakligen kan anses utgöra ett byggentreprenadkontrakt. Konkurrensverkets påstående därom bygger istället på att Transaktionen innehåll ska bedömas tillsammans med Entreprenadavtalet – trots att avtalen har separerats från varandra och trots att Entreprenadavtalet har upphandlats i särskild ordning.

- 6.6 Konkurrensverket har i vart fall tidigare i ärendet klassificerat Transaktionen som att den innehåller en upphandlingspliktig projektledningstjänst.
- 6.7 Domstolsverkets inställning är för det första att det inte finns någon som helst reglering av byggentreprenadarbeten i Transaktionen och inte heller någon preciserad upphandlingspliktig tjänst. Redan av den anledningen kan det fastslås att Transaktionen enda – och därmed även huvudsakliga – syfte är att uppnå en hyresrelation mellan Domstolsverket och Castellum.
- 6.8 För det andra skulle samma slutsats nås även om det vore korrekt att Transaktionen innehåller byggentreprenadförpliktelser eller en upphandlingspliktig projektledningstjänst. En huvudsaklighetsbedömning av Transaktionen leder alltså till slutsatsen att den huvudsakligen utgör ett hyresavtal. Hyresintäkterna uppgår till 303 miljoner kronor, medan det samlade värdet av de byggentreprenader och tjänster som Konkurrensverket menar ingår i Transaktionen inte har visats uppgå till en enda krona.
- 6.9 Transaktionen innebär inte att Castellum får ersättning för någon projektledning, och Castellum åläggs inte heller några förpliktelser att utföra en byggentreprenad eller projektering. Tvärtom har alla sådana nödvändiga tjänster och byggentreprenader upphandlats i särskild ordning.
- 6.10 Det huvudsakliga syftet med just *Transaktionen* kan rimligen inte vara något annat än hyresförhållandet mellan Domstolsverket och Castellum.
- 6.11 Domstolsverkets inställning är att Konkurrensverkets påstående om att Transaktionen har "särdrag" av förhyrning är en missvisande beskrivning av innehållet i de faktiska avtal som ingår i Transaktionen. Det är inte fråga om att Transaktionen har "särdrag" av förhyrning, utan i själva verket är det *uteslutande* fråga om en förhyrningsreglering.
- 6.12 Konkurrensverket har inte heller kunnat hänvisa till en enda förpliktelse i Transaktionen som har karaktär av byggentreprenad. Konkurrensverkets uppfattning är att Transaktionen ska anses vara ett byggentreprenadkontrakt till följd av förpliktelserna i Entreprenadavtalet och sidoentreprenaderna, vilka som bekant upphandlats i särskild ordning.
- 6.13 Konkurrensverkets uppfattning kring Transaktionen huvudsakliga syfte utgår från avgörandet i mål C-213/13, *Impresa Pizzarotti*. Konkurrensverket tar EU-domstolens uttalande i det målet till intäkt för att ett hyresförhållande inte kan vara det huvudsakliga syftet med ett hyresavtal när hyresavtalet dessutom utgör ett byggentreprenadkontrakt.
- 6.14 En avgörande skillnad är att i målet *Impresa Pizzarotti* var hyresavtalet och byggentreprenadkontraktet ett och samma kontrakt. I Projektets olika delar ingår inte byggentreprenadarbetena i "Transaktionen", utan dessa har upphandlats i särskild ordning och omfattas istället av Entreprenadavtalet och sidoentreprenaderna. Som ovan beskrivits kan Transaktionen huvudsakliga syfte – sett för sig självt, och bedömt som en odelbar enhet – rimligen inte vara något annat än vad som *de facto* regleras i just Transaktionen.

- 6.15 Transaktionen innehåller inte något annat än reglering av hyresförhållandet, och i den mån det ingår en helt och hållet oreglerad tjänst som Konkursverket påstår att Castellum tillhandahåller Domstolsverket, kan denna tjänst under inga omständigheter anses mer betydelsefull än Transaktionen uttryckliga reglering av ett hyresförhållande till ett värde om 303 miljoner kronor.
- 6.16 Konkursverket anmärker att det finns en skillnad mellan kontraktssumman i totalentreprenadavtalet, dvs. 222 925 000 kr, och den totala hyresintäkt som ska utgå enligt hyresavtalet, dvs. 303 000 000 kr (av Konkursverket i Yttrandet felaktigt angiven som 330 000 000 kr). Konkursverket antyder att denna mellanskillnad utgör ersättning för någon form av dold byggentreprenadtjänst alternativt en projekterings- eller projektledningstjänst.
- 6.17 Domstolsverket vill dock påminna om att fastighetsförvaltning är en näringsverksamhet och att det således inte är något konstigt att summan av de hyresintäkter som en fastighetsägare får in under en viss period för en viss byggnad överstiger kostnaden för de byggentreprenadarbeten som genomförts för att uppföra byggnaden. För att en hyresvärd ska göra vinst krävs därtill att hyresintäkterna också överstiger hyresvärdens kostnader för det löpande underhållet av fastigheten samt bidrar till täckning för de fasta kostnader som hyresvärden har för bedrivandet av sin näringsverksamhet. Det finns ingen begränsning i hyresundantaget som föreskriver att det endast får tillämpas så länge fastighetsägaren hyr ut den aktuella byggnaden på ideell basis eller annars utan vinstintresse.
- 6.18 Den omständigheten att fastighetsförvaltning kan vara lukrativ påverkar inte hyresundantagets tillämpningsområde och att en hyresintäkt överstiger kostnaden för eventuella byggentreprenadarbeten är inte mer märkligt än att den lön som betalas ut till en anställd med stöd av LOU:s undantag för anställningsavtal ofta med viss marginal överstiger den kostnad som den anställda har för att ta sig till och från arbetet, betala för sin egen lunch och för att klä sig i en för arbetet lämplig klädsel. Detta beror på att den anställdes huvudsakliga prestation inte är att dyka upp på arbetet i tid utan att genomföra de arbetsuppgifter för vilken den anställdes. På samma sätt är en hyresvärdens huvudsakliga uppgift inte att låta utföra byggentreprenadarbeten utan istället att tillhandahålla lokaler åt sina hyresgäster i enlighet med det hyresavtal som ingåtts med dessa.
- 6.19 Konkursverket skriver i en rubrik att "avropsavtalets projekteringstjänster inte kan vara den enda projektering som utförts inom ramen för projektet". Domstolsverket vill här påminna om att den totalentreprenad som upphandlats av Serneke är just en totalentreprenad och därmed också inkluderar projektering. Detta är dock en tjänst som Serneke utför och som regleras av Entreprenadavtalet och inte Transaktionen.
- 6.20 Som Konkursverket vidare påpekat har Castellum avropat projekteringstjänster för 950 000 kr från Domstolsverkets upphandlade ramavtal för projekteringstjänster. Den omständigheten att Castellum potentiellt hade kunnat få mer i förgävesersättning, upp till 14 000 000 kr om regeringen hade sagt nej till hyresavtalets ingående, saknar betydelse eftersom Castellum inte fått någon sådan ersättning. Om Konkursverket menar att Domstolsverket döljer något för förvaltningsrätten vad avser vilken

betalning Domstolsverket i övrigt erlagt för projektering får Konkursverket gärna anföra bevisning i detta avseende.

- 6.21 Att ett visst ramavtal för projekteringstjänster endast kunde avropas upp till en miljon kronor har inte inneburit en möjlighet för Castellum att tillskansa sig mellanskillnaden, på det sätt som Konkursverket synes göra gällande. Om ytterligare projektering behövdes, utöver vad ramavtalets beloppsbegränsning tillät, gällde samma sak som för Projektet i dess helhet, nämligen den uttalade – explicita – skyldigheten att säkerställa att alla sådana arbeten upphandlades i enlighet med LOU. Diskrepansen mellan 950 000 kronor och 14 000 000 kronor har således ingen som helst betydelse i sammanhanget.
- 6.22 Under alla omständigheter hade inte heller 14 000 000 kr i projekteringskostnader medfört att ett hyresavtal värt 303 000 000 kr huvudsakligen ska avse projektering. Detta dels eftersom 303 000 000 kr är väsentligen mer än 14 000 000 kr, dels eftersom projektering svårigen kan vara det huvudsakliga syftet med vare sig en hyresrelation eller ett byggtreprenadkontrakt.
- 6.23 Konkursverket insinuerar, bland annat genom sin rubriksättning i Yttrandet, att det skulle finnas dolda upphandlingspliktiga tjänster som tilldelats Castellum och som går utöver hyresrelationen, tidigare benämnt Tjänsten X. Konkursverket hänvisar också till målet C-220/05, *Jean Auroux*, till stöd för att det kan finnas en risk, vid på varandra följande upphandlingar, att någon upphandlingspliktig tjänst i något led skulle undslippa konkurrensutsättning. Konkursverket har dock, trots upprepade påstötningar härom, inte lyckats konkretisera vad dessa tjänster som undandragits konkurrensutsättning skulle bestå av.
- 6.24 Det bör vidare understrykas att det i *Jean Auroux* fanns en möjlighet för den leverantör som tilldelades kontraktet att genomföra delar av de byggtreprenadarbeten som ingick i kontraktet utan att anlita upphandlande underleverantörer, ett förhållande som EU-domstolen särskilt påpekar.¹ Någon sådan möjlighet finns inte i förevarande situation där alla upphandlingspliktiga projekteringstjänster och byggtreprenadarbeten redan upphandlats av Domstolsverket.
- 6.25 Konkursverkets hänvisning till C-423/07, *kommissionen mot Spanien*, i punkt 50 av Yttrandet, är svår att förstå. Uttalandena avser uttryckligen en särreglering i det tidigare upphandlingsdirektivet² som var tillämpligt på byggkoncessioner och som angav att det i vissa fall kunde föreligga en dubbel annonseringsplikt för såväl den koncessionsgivande som den koncessionstagande myndigheten. Situationen var således föremål för en särskild reglering som krävde annonsering i båda led och som inte är tillämplig i nu förevarande fall. Det kan således noteras att EU-domstolen, tvärt emot vad Konkursverket söker påskina, *inte* tog fasta på de resonemang om obligatorisk avtalspart som fördes fram av generaladvokaten i dennes förslag till avgörande. EU-domstolen får snarare anses ha tagit avstånd från detta resonemang

¹ Se C-220/05, *Jean Auroux*, punkt 67.

² Rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader (EGT L 199, s. 54).

genom att inte ta med det i det slutliga avgörandet utan istället hänvisa till den aktuella särregleringen.

Källor

Domstolsverkets yttrande av den 7 februari 2022, aktbilaga 12, punkterna 4.66-4.82.

Sammanfattning

- 6.26 För att hyresundantaget inte ska vara tillämpligt, krävs att Konkurrensverket visar att Transaktionen huvudsakligen utgör ett byggentreprenadkontrakt, trots att byggnadens projektering och uppförande konkurrensutsatts i särskild ordning.
- 6.27 Konkurrensverket har inte visat att Transaktionen innehåller några byggentreprenadarbeten eller förpliktelser därom. Det talar för att Transaktionen huvudsakligen avser hyresförhållandet.
- 6.28 Konkurrensverket har inte visat att Domstolsverket kommer att utge en enda krona för de byggentreprenader och tjänster som Konkurrensverket påstår, mot Domstolsverkets bestridande, ingår i Transaktionen. Vid en jämförelse med hyresbeloppet, 303 miljoner kronor, visar även en värdeanalys att Transaktionen huvudsakligen avser hyresförhållandet.
- 6.29 Konkurrensverket antyder att det skulle förekomma förtäckta byggentreprenadkontrakt/-arbeten och/eller projektledning och/eller andra upphandlingspliktiga tjänster som tilldelats Castellum genom Transaktionen. Konkurrensverket har emellertid inte kunnat presentera vad det skulle bestå i och har därmed inte visat att det förekommer dolda upphandlingspliktiga byggentreprenadarbeten eller tjänster. Att hyresbeloppet till Castellum överstiger summan för Sernekes totalentreprenad beror dels på att Castellum har kostnader för att bedriva sin verksamhet, dels på att Castellum vill gå med vinst.

7. Kvar att bemöta

- 7.1 Det finns ett antal omständigheter och/eller argument från Domstolsverket som Konkurrensverket inte bemött.

Omständighet/rättsfråga	Relevanta punkter i Domstolsverkets föregående yttrande
Att ändringar av avtalsdokumenten ska göras gemensamt av Domstolsverket och Castellum	Punkt 4.46 i Domstolsverkets yttrande av den 7 februari 2022, aktbilaga 12
Att Konkurrensverket inte presenterat någon bevisning om att inte vem som helst kan tänkas hyra byggnaden	Punkt 4.99.5 i Domstolsverkets yttrande av den 7 februari 2022, aktbilaga 12
På vilket sätt Domstolsverkets deltagande i arkitekttävlingen <i>de facto</i> lett till att Domstolsverket påverkat byggnadens utformning m.m.	Punkt 4.99.8 i Domstolsverkets yttrande av den 7 februari 2022, aktbilaga 12
Att hyresundantaget är tillämpligt även om byggnaden är icke-sedvanlig, eftersom det relevanta är om myndighetens <u>krav</u> varit icke-sedvanlig	Punkterna 8.5-8.8 i Domstolsverkets yttrande av den 11 april 2022, aktbilaga 48
Att EU-domstolen uttalat att en 25-årig hyrestid, att jämföra med Domstolsverkets 15-åriga hyrestid, är sedvanlig	Punkterna 8.15-8.16 i Domstolsverkets yttrande av den 11 april 2022, aktbilaga 48
Att delbarhetsbedömningen inte kan göras två gånger om	Punkterna 4.4-4.13 i Domstolsverkets yttrande av den 7 februari 2022, aktbilaga 12 Punkt 5.5 i Domstolsverkets yttrande av den 11 april 2022, aktbilaga 48
Att såväl LOU-direktivet som EU-domstolen angett att man alltid kan dela upp kontrakt	Punkterna 4.14-4.18 i Domstolsverkets yttrande av den 7 februari 2022, aktbilaga 12 Avsnitt 5 i Domstolsverkets yttrande av den 11 april 2022, aktbilaga 48
Att en värdeanalys visar att hyresförhållandet är det huvudsakliga ändamålet med Transaktionen	Punkt 4.77 i Domstolsverkets yttrande av den 7 februari 2022, aktbilaga 12
Att Konkurrensverkets tidigare uttalande om värdeanalyser inte överensstämmer med den argumentation Konkurrensverket nu för.	Punkt 4.80 i Domstolsverkets yttrande av den 7 februari 2022, aktbilaga 12
Att Konkurrensverkets eget hyresavtal och Upphandlingsmyndighetens hyresavtal visar att Domstolsverkets hyresavtal är sedvanligt	Punkt 4.81 i Domstolsverkets yttrande av den 7 februari 2022, aktbilaga 12 Punkt 10.4 i Domstolsverkets yttrande av den 11 april 2022, aktbilaga 48

Vilka avtalsvillkor i Transaktionen som inte utgör sedvanliga hyresvillkor, särskilt med beaktande av Konkurrensverkets eget hyresavtal.	Punkterna 8.11 och 8.19 i Domstolsverkets yttrande av den 11 april 2022, aktbilaga 48
Att Transaktionen inte innehåller några konkreta förpliktelser avseende <u>byggentreprenadarbeten</u> för Castellum.	Avsnitt 6 i Domstolsverkets yttrande av den 11 april 2022, aktbilaga 48

- 7.2 Vissa av punkterna är sådana argument och/eller omständigheter som Domstolsverket tidigare lyft fram såsom obemötte eller okommenterade från Konkurrensverkets sida. Trots det, har Konkurrensverket fortfarande inte bemött dessa. Detta är olyckligt, eftersom det borde ligga i båda parter intresse att målet ges en så allsidig belysning som möjligt.
- 7.3 I den mån Konkurrensverket även fortsättningsvis avstår från att bemöta eller kommentera omständigheter i sak (eller avsaknaden av sakomständigheter), bör förvaltningsrätten kunna lägga Domstolsverkets inställning och/eller vad Domstolsverket anfört till grund för sitt avgörande. Domstolsverket vill i samband med detta understryka vikten av att Konkurrensverket, för det fallet att något bestrids, redovisar skälen och framför allt de omständigheter som föranleder verkets bestridande. Att enbart bestrida bidrar inte till utredningen i målet.

8. Avslutning

- 8.1 Konkurrensverket uppger att Domstolsverkets yttranden har varit omfattande och att Konkurrensverket därför har haft som ambition att inte tynga målet mer än nödvändigt.³ Domstolsverket vill understryka att verket inte haft för avsikt att tynga målet, utan har tvärtom gjort sitt yttersta för att vara så tydlig och klargöra så många sakomständigheter och argument som möjligt. Ju tidigare i processen samtliga relevanta argument och omständigheter klargörs och presenteras, desto lättare och fortare går skriftväxlingen.
- 8.2 Detta har emellertid varit svårt att uppnå när Konkurrensverket undvikit att bemöta omständigheter och argument som Domstolsverket anser är av helt central betydelse för de aktuella rättsfrågorna. Detsamma gäller i de delar Konkurrensverkets framställningsteknik gjort det svårt för läsaren att följa med i argumentationen, till exempel på grund av bristande transparens i fråga om vilka sakomständigheter som Konkurrensverket grundar ett visst påstående på.⁴
- 8.3 I och med detta yttrande anser sig Domstolsverket ha klargjort sin inställning och grunderna för den. Det står vidare klart i vilka avseenden Tillsynsbeslutet brister, både utifrån Konkurrensverkets tolkning av rättsläget och hur rätten ska tillämpas på de sakomständigheter som faktiskt är visade i målet. Domstolsverkets förhoppning är därför att förvaltningsrätten finner målet vara tillfredsställande utrett, åtminstone från Domstolsverkets sida.

Stockholm som ovan



Erik Olsson



Olle Lindberg



Albin Nyrén

³ Punkt 1 i Yttrandet.

⁴ Se vidare avsnitt 2, särskilt punkten 2.8 med tillhörande illustration, i Domstolsverkets yttrande av den 11 april 2022, aktnbilaga 48.