

Stockholm den 7 februari 2022

Förvaltningsrätten i Stockholm

Endast per e-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se

YTTRANDE I MÅL NR 35322-21

Klagande: Domstolsverket

Ombud: Advokaten Erik Olsson; erik.olsson@kahnpedersen.se
Advokaten Olle Lindberg; olle.lindberg@kahnpedersen.se
Juristen Albin Svensson; albin.svensson@kahnpedersen.se

Advokatfirman Kahn Pedersen KB
Box 16119, 103 23 Stockholm
08-121 50 220

Motpart: Konkurrensverket

Saken: Överklagande av Konkurrensverkets beslut den 16 december 2021
i tillsynsärende dnr 502/2020

MÅLET I KORTHET

Domstolsverket har tecknat hyresavtal avseende en byggnad som ska uppföras. Domstolsverkets modell för den här typen av projekt innebär en fullständig och effektiv konkurrensutsättning av samtliga upphandlingspliktiga byggentreprenader och tjänster som förekommit i projektet.

Konkurrensverket uppfattar att denna modell innebär att Domstolsverket undanhåller upphandlingspliktiga tjänster från konkurrensutsättning.

Modellen kan i korthet beskrivas enligt följande.

- Med stöd av hyresundantaget i LOU väljer Domstolsverket en lämplig fastighet och hyresvärd för de lokaler som Domstolsverket ska hyra.
- Hyresvärden tillhandahåller ingen tjänst åt Domstolsverket, utöver upplåtelsen av nyttjanderätten till den tilltänkta byggnaden.
- Domstolsverket annonserar och upphandlar, i enlighet med LOU, samtliga byggentreprenadarbeten och projekteringstjänster som krävs för att uppföra byggnaden.
- Samtliga upphandlingspliktiga inslag blir därmed föremål för effektiv konkurrensutsättning enligt LOU:s bestämmelser.

Enligt Domstolsverket är denna modell inte bara förenlig med LOU och EU-domstolens praxis. Modellen leder också statistiskt sett till en väsentligen mer effektiv konkurrensutsättning av samtliga upphandlingspliktiga moment, jämfört med den hyresvärdsupphandling som Konkurrensverket förordar i Tillsynsbeslutet.

Domstolsverkets inställning till Tillsynsbeslutet är att det vilar på en felaktig tolkning av det upphandlingsrättsliga regelverket, och därtill är olämpligt av konkurrenshänsyn.

Domstolsverket menar därför att Tillsynsbeslutet ska undanröjas.

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

Definitionslista	4
1. Inledning	6
2. Behovet av rättsligt klagörande och Domstolsverkets inställning	7
3. Omständigheter i sak	9
Allmänt om Domstolsverkets arbetssätt	9
Översiktlig beskrivning av transaktionskedjan	9
Behovet av en ny domstolsbyggnad i Jönköping	10
Framtagande av lokalprogram	12
Genomförandeavtalet	14
Avrop av tekniska konsulter för framtagande av förfrågningsunderlag	16
Domstolsverkets upphandling av totalentreprenad	16
Hyresavtalet	18
Entreprenadavtalet	18
Upphandling av specialanpassningar	19
Övriga och kommande upphandlingar	19
4. Brister i Tillsynsbeslutet	21
Inledning	21
Konkurrensverket påstår felaktigt att Projektet skulle vara ett odelbart blandat kontrakt	21
Det finns ingen sådan projektledningstjänst som Konkurrensverket menar har direktupphandlats	24
Den metod för konkurrensutsättning som Konkurrensverket underkänner är samma metod som rekommenderats av EU-domstolen	31
Det huvudsakliga ändamålet med Transaktionen är hyresförhållandet	33
Hyresundantaget är tillämpligt på Transaktionen	35
Tillsynsbeslutet gör det osäkert när ett avtal om köp ska anses uppstå	42
Hyresvärdsupphandling	45
5. Förslag till alternativt synsätt	50
Bilageförteckning	51

Definitionslista

Definition	Innebörd och kort beskrivning (om relevant)
Atea	Atea Sverige AB, Domstolsverkets upphandlade leverantör av domstolstele- och presentationsteknik.
Castellum	Castellum City Förvaltning AB och/eller Castellum Lin Fastighet 2 AB (se även definition av Tilläggsavtalet samt fotnot 3 nedan), fastighetsägare och hyresvärd.
Entreprenadavtalet	Det upphandlade entreprenadavtalet mellan Domstolsverket, Castellum och Serneke avseende byggentreprenadarbeten för specialanpassningar av Domstolsverkets hyreslokal.
Genomförandeavtalet	Genomförandeavtalet av den 23 december 2019 mellan Domstolsverket och Castellum avseende parternas samarbete vid projektering och uppförande av ny byggnad för domstolsverksamhet i Jönköping, ett slags "för-avtal" till Hyresavtalet.
Hyresavtalet	Hyresavtal av den 15 juli 2020 mellan Domstolsverket och Castellum avseende villkoren för Domstolsverkets förhyrning av Castellums lokaler på Hamngatan, fastighet Götaland 5, Jönköping.
LOU	Lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.
LOU-direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.
Midroc	Midroc Electro AB, Domstolsverkets upphandlade leverantör av säkerhetsteknik.
Projektet	Konkurrensverkets benämning av Domstolsverkets och Castellums samarbete vid projektering och uppförande av ny byggnad för domstolsverksamhet i Jönköping, inom del av fastigheten Jönköping Götaland 5, för att parterna ska kunna sluta hyresavtal avseende domstolsbyggnaden. Detta inkluderar Genomförandeavtalet, Tilläggsavtalet, Entreprenadavtalet och Hyresavtalet.

Serneke	Serneke Sverige AB, Domstolsverkets upphandlade totalentreprenör avseende förekommande specialanpassningar av Domstolsverkets hyreslokal.
Tillsynsbeslutet	Konkurrensverkets beslut den 16 december 2021 i tillsynsärende dnr 502/2020, det överklagade beslutet.
Tilläggsavtalet	Tilläggsavtal av den 15 juli 2020 till Genomförandeavtalet mellan Domstolsverket, Castellum City och Castellum Lin, enligt vilket Castellum Lin övertog Castellum Citys skyldigheter enligt Genomförandeavtalet (se vidare fotnot 3 nedan).
Tjänsten X	Den odefinierade tjänst som Konkurrensverket menar att Castellum åtagit sig att utföra åt Domstolsverket mot en ej specificerad eller kvantifierad betalning och som Konkurrensverket menar är upphandlingspliktig.
Transaktionen	Konkurrensverkets gemensamma benämning på Genomförandeavtalet och Hyresavtalet.
Hyresvärdsupphandling	Konkurrensverket använder begreppet hyresvärdsupphandling för att benämna annonserad konkurrensutsättning av hyresförhållandet mellan hyresvärd och hyresgäst.
WSP	WSP Sverige AB, Domstolsverkets upphandlade tekniska konsulter för framtagande av systemhandlingar och bygglovshandlingar, projektering och projektledning.

1. Inledning

- 1.1 Med stöd av bilagda fullmakt, Bilaga 1 (Rättegångsfullmakt), får vi härmed anmäla oss som ombud för Domstolsverket och utveckla grunderna för Domstolsverkets överklagande av Tillsynsbeslutet.
- 1.2 Vi använder oss nedan av de definitioner och förkortningar som framgår av definitionslistan till detta yttrande.

2. Behovet av rättsligt klagörande och Domstolsverkets inställning

- 2.1 Domstolsverket är ansvarigt för Sveriges domstolars lokalförsörjning. I denna egenskap är det Domstolsverket som förhandlar och tecknar hyresavtal för samtliga de domstolar, myndigheter och nämnder som ingår i Sveriges domstolar. Domstolsverket är också ansvarigt för att de lokaler som Sveriges domstolar sitter i är ändamålsenliga och optimala för den verksamhet som domstolarna, myndigheterna och nämnderna bedriver.
- 2.2 Eftersom Domstolsverket inte är en fastighetsförvaltande myndighet får Domstolsverket inte äga fastigheter utan fullgör uteslutande sitt lokalförsörjningsuppdrag genom hyresförhållanden med olika privata och statliga aktörer.¹
- 2.3 Även om det förekommer att Domstolsverket genomför sådana "hyresvärdsupphandlingar" som Konkurrensverket förordar i Tillsynsbeslutet, fullgör Domstolsverket huvudsakligen sitt uppdrag genom att ingå hyresavtal med en fastighetsägare med stöd av det så kallade hyresundantaget i LOU, och sedan upphandla alternativt avropa eventuella byggentreprenader och upphandlingspliktiga tjänster separat.
- 2.4 Så som Konkurrensverkets beslut får förstås menar Konkurrensverket att det sätt på vilket Domstolsverket vanligen bedriver sin verksamhet är otillåtet och Konkurrensverket synes vara av uppfattningen att Domstolsverket istället uteslutande ska använda sig av så kallad hyresvärdsupphandling. Den rättsuppfattning som Konkurrensverket för fram innebär således en långtgående, och i Domstolsverkets mening negativ, begränsning av Domstolsverkets handlingsfrihet vid utförandet av sitt uppdrag. Domstolsverket har vidare ett stort antal pågående projekt och diskussioner med fastighetsägare vilka försvåras av Konkurrensverkets beslut.
- 2.5 Som vi kommer att beskriva nedan är det inte tydligt vilken upphandlingspliktig tjänst det är som Konkurrensverket menar att Domstolsverket köpt av Castellum, dvs. vad som utgör den påstådda otillåtna direktupphandling som ligger till grund för Konkurrensverkets tillsynsbeslut. Denna otydlighet gör att det inte heller är klart i vilken mån Domstolsverket kan föra samtal och diskussioner med potentiella hyresvärdar inför ingåendet av ett hyreskontrakt utan att upphandlingskyldighet riskerar uppstå.
- 2.6 Att det uppstår en osäkerhet och otydlighet kring vilka kontakter med privata fastighetsägare som är tillåtna respektive otillåtna är naturligtvis förödande för fullgörandet av Domstolsverkets uppdrag, vilket just består i att fortlöpande ta kontakt med både befintliga och potentiella hyresvärdar och diskutera hur dessa bättre kan tillgodose Sveriges domstolars behov.
- 2.7 Som Domstolsverket återkommer till i punkterna 4.119 - 4.138 nedan, leder den typ av hyresvärdsupphandlingar som Konkurrensverket förordar i de allra flesta fall till en väsentligen sämre konkurrensutsättning än den kombination av annonserad

¹ Jfr 3 § förordning (1993:527) om förvaltning av statliga fastigheter, m.m.

upphandling av byggentreprenad och ramavtalsavrop som Domstolsverket oftast använder och som Domstolsverket också har använt i här aktuellt fall.

- 2.8 Det är Domstolsverkets bedömning att Konkurrensverkets rättsuppfattning, om den skulle iakttas, kommer att leda till såväl högre kostnader för Sveriges domstolars lokalförsörjning som allvarligt försämrade möjligheter för de allra flesta leverantörer att konkurrera om de byggentreprenad- och tjänstekontrakt som är en förutsättning för denna lokalförsörjning.
- 2.9 Enligt Domstolsverkets bedömning, vilken grundar sig på Domstolsverkets betydande erfarenhet av bygg- och fastighetsmarknaden, riskerar Konkurrensverkets synsätt således leda till en sämre konkurrenssituation och därmed till sämre fungerande marknader på området för offentlig lokalförsörjning.
- 2.10 Det bör understrykas att Domstolsverket inte är ensamt om att drabbas av den osäkerhet om rättens innehåll som uppkommit i och med Tillsynsbeslutet. Tvärtom drabbar denna osäkerhet alla lokalförsörjande myndigheter på såväl statlig som på regional och kommunal nivå.
- 2.11 Domstolsverkets förhoppning är att detta överklagande, och framförallt förvaltningsrättens kommande avgörande, kommer klargöra de viktiga gränsdragningsfrågor som kommit att aktualiseras i och med Tillsynsbeslutet.
- 2.12 Domstolsverkets förhoppning är vidare att lokalförsörjande myndigheter, såsom Domstolsverket, därigenom kommer kunna fortsätta fullgöra sina uppdrag på ett ändamålsenligt sätt utan att riskera att komma i konflikt med upphandlingslagstiftningen.
- 2.13 Det är av denna anledning, snarare än för att tillbakavisa den kritik som Konkurrensverket riktar mot Domstolsverket, som Domstolsverket valt att överklaga Tillsynsbeslutet.
- 2.14 Med detta sagt är det likväl Domstolsverkets inställning att Konkurrensverkets kritik är ogrundad och att Tillsynsbeslutet bör undanröjas i dess helhet.

3. Omständigheter i sak

Allmänt om Domstolsverkets arbetssätt

- 3.1 Såsom beskrevs i avsnitt 2 ovan, är Domstolsverket ansvarigt för Sveriges domstolars lokalförsörjning. Domstolsverket huvuduppgift är därför att förse domstolarna, myndigheterna och nämnderna med ändamålsenliga lokaler till så förmånliga ekonomiska villkor som möjligt. Givet Domstolsverkets koppling till de rättsvårdande myndigheterna är det av yttersta vikt att detta uppdrag utförs på ett sätt som inte kan ifrågasättas rättsligt. Det är därför helt centralt att samtliga upphandlingspliktiga köp konkurrensutsätts enligt LOU och att endast sådana transaktioner som är särskilt undantagna LOU:s tillämpningsområde genomförs utan föregående annonsering.
- 3.2 Samtidigt är de fastighetsägare som Domstolsverket är beroende av för uthyrning av lokaler ofta måttligt intresserade av att frivilligt ådra sig den byråkrati och de tidsfördröjningar som förknippas med att tillämpa LOU. Domstolsverket för därför ständig dialog med fastighetsägare runtom i landet för att få dessa att förstå och acceptera de begränsningar av fastighetsägarens handlingsfrihet som LOU medför.
- 3.3 För att denna dialog ska fungera måste Domstolsverket ha möjlighet att på ett tydligt och pedagogiskt sätt förklara hur LOU:s regelverk ska tillämpas i en given situation. Eftersom fastighetsägaren ofta kommer att förvalta den fastighet och byggnad som de upphandlade varorna, tjänsterna och byggentreprenaderna resulterar i, och detta långt efter det att hyresrelationen med Domstolsverkets upphört, är det viktigt att konkurrensutsättning enligt LOU framstår som ett attraktivt alternativ även för hyresvärderna.
- 3.4 För att möta dessa utmaningar har Domstolsverket utvecklat det arbetssätt som använts vid Domstolsverkets upphandling av en ny domstolsbyggnad i Jönköping. Även om detaljerna alltid skiljer sig något från projekt till projekt så får det arbetssätt som använts i här aktuellt fall sägas vara representativt för hur Domstolsverket normalt bedriver sin verksamhet, både vid nybyggnation och vid anpassning av befintliga lokaler.
- 3.5 Syftet med Domstolsverkets arbetssätt är att i varje skede få en så effektiv konkurrensutsättning som möjligt av de olika upphandlingspliktiga varorna, tjänsterna och byggentreprenaderna. Detta samtidigt som det undantagna hyresförhållandet mellan Domstolsverket och fastighetsägaren, i detta fall Castellum, begränsas till att endast avse just hyresförhållandet.
- 3.6 Domstolsverket har också som ambition att alltid "dela upp" sina inköp på ett sådant sätt att antalet potentiella anbudsgivare för varje enskilt delkontrakt blir så stort som möjligt och så att konkurrensutsättningen sker på ett sätt som leverantörskollektivet på respektive marknad är vana vid att hantera. Allt detta för att varje konkurrenssituation ska bli så effektiv och skarp som möjligt.

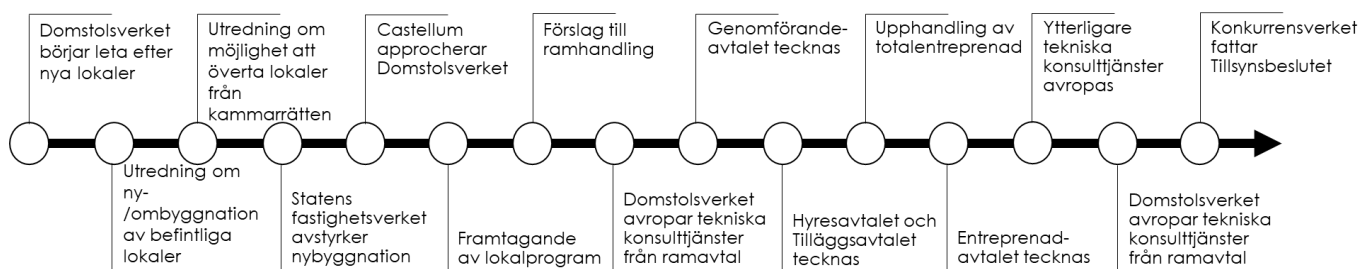
Översiktlig beskrivning av transaktionskedjan

- 3.7 Domstolsverket kommer nedan, i viss detalj, att beskriva det händelseförlopp som lett fram till tecknandet av det hyresavtal som kritiserats i Tillsynsbeslutet. Ambitionen är först

och främst att beskriva de faktiska transaktionerna och avtalen på ett så rättvisande sätt som möjligt, men även att beskriva de överväganden som legat till grund för varje steg av transaktionskedjan.

3.8 Domstolsverkets förhoppning är att detta ska klargöra sakomständigheterna och samtidigt leda till en ökad förståelse för varför Domstolsverket valt att konkurrensutsätta de aktuella tjänsterna och byggentreprenaderna på det sätt som skett.

3.9 Händelseförloppet kan även illustreras med följande tidslinje som anger varje händelse som varit relevant för Domstolsverkets tecknande av det omtvistade hyresavtalet.



Behovet av en ny domstolsbyggnad i Jönköping

3.10 Göta hovrätt har suttit i sina lokaler på Hovrättsgränd 4 i centrala Jönköping sedan 1650-talet. Lokalerna har successivt, och under mycket lång tid, blivit allt mindre ändamålsenliga för den verksamhet som Göta hovrätt idag bedriver. I början av 2000-talet började Domstolsverket därför att aktivt söka efter en mer långsiktig och hållbar lösning på hovrättens lokalbehov.

3.11 Givet den starka historiska kopplingen mellan Göta hovrätt och Hovrättsgränd 4, utreddes en lösning bestående av om-/nybyggnation av befintliga lokaler som ett första alternativ. 2017 konstaterade emellertid Statens fastighetsverk, som är ägare av fastigheten, efter samråd med Riksantikvarieämbetet, vilket är den ansvariga myndigheten för bevarandet av statliga byggnadsminnen, att det kulturhistoriska värdet av att behålla hovrättens verksamhet på Hovrättsgränd 4 inte var tillräckligt starkt för att motivera en nybyggnation i kvarteret.

3.12 Parallellt med detta utreddes möjligheten för Göta hovrätt att ta över Kammarrätten i Jönköpings lokaler på Slottsgatan 4, där Göta hovrätt redan idag har vissa lokaler. Både alternativet att Kammarrätten i Jönköping skulle flytta någon annanstans och att de båda domstolarna skulle byta adress med varandra, så att Kammarrätten i Jönköping flyttade till Hovrättsgränd 4 och Göta hovrätt tog över hela Slottsgatan 4, utreddes. Gemensamt för samtliga alternativ var emellertid dels att de skulle kräva betydande ombyggnation av lokalerna på båda adresser, dels att båda

domstolarna, även efter ombyggnation, skulle få sitta i lokaler som inte var helt optimala för modern domstolsverksamhet.²

- 3.13 I detta skede blev Domstolsverket approacherat av Castellum med ett förslag om att få hyra lokaler som Castellum har möjlighet att uppföra på fastigheten Götaland 5. Castellum har sedan tidigare förvärvat rättigheter enligt ett exploateringsavtal med Jönköpings kommun som bland annat innebar rätt till markförvärv i direkt anslutning till Castellums befintliga obebyggda fastighetmark. Genom en fastighetsreglering skulle Castellums fastighet därigenom tillföras markyta som var stor nog att uppföra en byggnad som passade in i stadsbilden i enlighet med kommunens önskemål. Den utökade fastigheten krävde därutöver ändringar av detaljplanen, vilket även det var i överensstämmelse med kommunens önskemål. Fastigheten hade härigenom ett antal egenskaper som gör den särskilt intressant för Domstolsverket.
- 3.14 För det första ligger fastigheten på en central plats i Jönköping och på promenadavstånd från centralstationen och resecentrum. För det andra är fastigheten obebyggd. Det medför att inga omfattande rivningsarbeten är nödvändiga inför en eventuell nybyggnation. Denna egenskap får sägas vara ovanlig för fastigheter i Jönköpings innerstad. För det tredje ligger fastigheten i närheten av Åklagarkammaren i Jönköping, polishuset i Jönköping och Jönköpings tingsrätt. Närheten till dessa myndigheter är gynnsam både för Göta hovrätt och övriga rättsvårdande verksamheter.



Karta över det aktuella området, hämtad från Lantmäteriet den 18 januari 2022, markeringar och förklaringar tillagda

² För en närmare beskrivning av Domstolsverkets överväganden vad avser Göta hovrätts lokalförsörjning, se den promemoria som är häftad till Domstolsverkets hemställan till regeringen avseende 15-årigt hyresavtal för nya lokaler för Göta hovrätt och Kammarrätten i Jönköping, [Bilaga 2 \(Hemställan till regeringen\)](#).

- 3.15 Det kan inte uteslutas att Castellums intresse av att få köpa ytterligare mark av Jönköpings kommun kommit ur en förhoppning om att kunna attrahera just Göta hovrätt som hyresgäst. Castellum är en stor fastighetsägare i Jönköping och var sannolikt väl medveten om att lokalerna på Hovrättsgatan 4 var otillräckliga för hovrättens verksamhet. Det kan inte heller uteslutas att Jönköpings kommun ingick exploateringsavtalet för fastigheten Götaland 5 med förhoppning om att Castellum skulle lyckas attrahera hovrätten att stanna kvar i Jönköpings innerstad.
- 3.16 Samtidigt kan det konstateras att en kontorsfastighet i centrala Jönköping sannolikt hade varit enkel att hyra ut till andra hyresgäster än Göta hovrätt. Det var också just denna omständighet som föranledde att även Kammarrätten i Jönköping kom att omfattas av flytten till fastigheten Götaland 5.
- 3.17 Byggrätten inom fastigheten Götaland 5 uppgår till 8 650 kvm ljus (ovan mark) bruttoarea (BTA). Såsom i princip alltid är fallet vill Castellum, i sin egenskap av fastighetsägare, uppföra en byggnad som utnyttjar hela denna byggrätt och därmed ger Castellum så mycket potentiella hyresintäkter som möjligt. Uthyrningsbar lokalyta utrycks emellertid som LOA, vilken normalt uppgår till drygt 90 % av den totala bruttoarean, i detta fall således ca 8 000 kvm ljus LOA. Fastigheten kan dessutom ges ytterligare uthyrningsbar yta, LOA, genom källarvåningar.
- 3.18 Göta hovrätt har dock endast behov av cirka 4500 kvm LOA. Detta innebar att Castellum måste hyra ut övriga cirka 3500 kvm LOA till någon annan, sannolikt privat, kontorslokalhyresgäst för att kunna utnyttja hela byggrätten. Det vore så klart en möjlig lösning, men de säkerhets- och sekretesskrav som gäller för hovrättens verksamhet gör att Domstolsverket ogärna ser att hovrätten delar lokaler med andra verksamheter, i vart fall inte verksamheter som inte är rättsvårdande eller har motsvarande säkerhetskrav.
- 3.19 Som vilken rationell marknadsaktör som helst, skulle Castellum naturligtvis inte ha accepterat ett krav på att resterande kvadratmeter skulle lämnas vakanta under den tiden Göta hovrätts hyresavtal löpte (och naturligtvis än mindre ett krav på att byggnadens storlek skulle minskas ned för att matcha hovrättens begränsade behov).
- 3.20 Domstolsverket insåg därför att verket självt behövde se över om den tilltänkta förhyrningen kunde utökas så att den i princip motsvarande hela byggrätten på fastigheten. Det var främst mot denna bakgrund som beslutet fattades att pröva en samlokalisering av Göta hovrätt och Kammarrätten i Jönköping.

Framtagande av lokalprogram

- 3.21 När det hade konstaterats att Göta hovrätts och Kammarrätten i Jönköpings sammanlagda lokalbehov var sådant att det potentiellt motsvarade Castellums byggrätt, det vill säga att det var tillräckligt stort för att domstolarna skulle slippa dela lokaler med privata verksamheter, gick Domstolsverket in i nästa fas av lokalhyresförhandlingarna.
- 3.22 Domstolsverket identifierade och beskrev de funktioner som de berörda verksamheterna önskade av en potentiell hyreslokal. Detta arbete resulterade i ett så kallat lokalprogram, se Bilaga 3 (Lokalprogram för Göta hovrätt och Kammarrätten i

Jönköping). Lokalprogrammet kan kortfattat beskrivas som en sammanställning av Domstolsverkets krav på funktionalitet för alla de typer av ytor som är aktuella för förhyrningen. Lokalprogrammet hänvisar till Domstolsverkets generella kravställning för de ytor som är aktuella inom en domstolslokal, Rumsfunktionsprogrammet (RFP). Därutöver har Domstolsverket andra generella krav för domstolslokaler som måste beaktas. Denna fas ingår i alla lokalhyresförhandlingar, oavsett om det rör sig om befintlig byggnad eller nybyggnation.

- 3.23 Lokalprogrammet presenterades för Castellum, som därefter hade att ta ställning till i vilken mån och på vilket sätt fastigheten kunde tillgodose de behov som beskrivs i lokalprogrammet. I Castellums intresse ligger naturligtvis att så långt som möjligt tillgodose Domstolsverkets önskemål, så att en affär blir av, utan att för den sakens skull ådra sig allt för höga kostnader för diverse olika speciallösningar som begränsar möjligheterna till framtida alternativa användningar av fastigheten eller som fördyrar eller försvårar det löpande underhållet av fastigheten.
- 3.24 Redan här bör noteras att ett fastighetsbolag, även om det ofta är beställare av byggtrepreparadarbeten, inte ska förväxlas med ett byggtrepreparadbolag. För ett fastighetsbolag är byggtrepreparadarbeten inte en möjlighet till intäkt, utan tvärtom en kostnad som fastighetsbolag bär för att skapa förutsättningar för framtida hyresintäkter.
- 3.25 Oavsett om fråga är om nybyggnation eller en befintlig byggnad, ingår i detta skede av processen att hyresvärden tar fram ett förslag till en layout. Layouten beskriver hur hyresgästens lokalprogram kan tillgodoses inom ramen för hyresvärdens fastighet. Den layout som Castellum presenterade för Domstolsverket avseende en ny domstolsbyggnad i Jönköping återfinns i Bilaga 4 (Castellums förslag till layout).
- 3.26 Det är viktigt att understryka att det så gott som aldrig finns ett avtal mellan den potentiella hyresvärden och hyresgästen i detta skede. Även om kostnaden och arbetsinsatsen för att ta fram en layout som tilltalar den potentiella hyresgästen säkert inte är obetydlig, så är det en kostnad som hyresvärden betraktar som en del av kostnaden för införsäljningen av det potentiella framtida hyresförhållandet.
- 3.27 Hyresvärden tar alltså kostnaden på ren spekulatation. Detta är naturligt, eftersom det skulle vara mycket svårt för en hyresvärd att övertala en hyresgäst att ingå ett hyresavtal utan att först ha kunnat förvissa den potentiella hyresgästen om att den aktuella lokalen tillgodoser hyresgästens lokalbehov. Detta är sant för såväl befintliga som icke-befintliga byggnader.
- 3.28 Sedan Castellums förslag till layout bollats fram och tillbaka mellan Castellum och Domstolsverket, kom Domstolsverket under september 2019 till en punkt där verket kände sig tillräckligt förvissad om att fastigheten på Götaland 5 skulle tillgodose Göta hovrätts och Kammarrätten i Jönköpings lokalprogram. Domstolsverket och Castellum slutförde därefter avtalsförhandlingen och ingick Genomförandeavtalet.

Genomförandeavtalet

3.29 Genomförandeavtalet mellan Castellum och Domstolsverket påtecknades av Domstolsverket den 17 december och av Castellum den 23 december 2019, se [Bilaga 5 \(Genomförandeavtalet\)](#).³

3.30 Genomförandeavtalet, som bäst kan beskrivas som ett "för-avtal" till det kommande hyresavtalet, har fem syften.

Syfte 1: *Skapa en sådan bindning mellan parterna till det kommande hyresavtalet att parterna inte parallellt inleder förhandlingar med andra parter avseende det aktuella lokalbehovet*

3.31 Domstolsverkets intresse i detta avseende är naturligtvis att Castellum inte erbjuder den aktuella fastigheten till någon annan hyresgäst. Castellum har i sin tur ett intresse av att Domstolsverket inte slösar Castellums tid för att sedan lösa sitt lokalbehov med någon annan hyresvärd. Parternas bindning till varandra och till projektet framgår av avsnitt 1.1 i Bilaga 5 (Genomförandeavtalet).

Syfte 2: *Säkerställa att den totalentreprenad som ska genomföras för att uppföra de aktuella lokalerna föregås av en annonserad upphandling enligt LOU*

3.32 Det ska noteras att fastigheten, sånär som de särskilda säkerhetsanpassningar vilka Domstolsverket sköter genom särskilt upphandlade sidoentreprenader, i alla avseenden är en sedvanlig kontorsfastighet som hade kunna användas av i princip vilken större privat kontorshyresgäst som helst.

3.33 Vid tillfället för Genomförandeavtalets tecknande hade EU-domstolen ännu inte meddelat sitt avgörande i mål C-537/19, *Wiener Wohnen*, där EU-domstolen beskriver hyresundantagets tillämplighet på icke-befintliga men sedvanliga kontorsfastigheter. Det fanns därför en viss debatt kring hyresundantagets tillämplighet på sådana fastigheter.

3.34 Som vi kommer att beskriva i punkterna 4.83 - 4.105 nedan är det nu klarlagt att hyresundantaget hade kunnat tillämpas på standardiserade kontorsfastigheter likt den aktuella, men för att ta det säkra före det osäkra insisterade Domstolsverket på att totalentreprenaden skulle upphandlas av Domstolsverket i särskild ordning (enligt LOU) och sedan överlåtas till Castellum. Detta beskrivs i avsnitt 3.1 i Bilaga 5 (Genomförandeavtalet).

Syfte 3: *Säkerställa att även den eventuella projektering som kan krävas för att kunna presentera ett fullständigt förfrågningsunderlag för totalentreprenaden, upphandlas enligt LOU*

3.35 Även vid upphandling av totalentreprenad (vilket inkluderar både projektering och utförande av byggentreprenadarbeten) ligger det i beställarens intresse att

³ Genom ett tilläggsavtal till Genomförandeavtalet tecknat den 15 juli 2020, se [Bilaga 6 \(Tilläggsavtalet\)](#), överläts Genomförandeavtalet, utan någon annan ändring, från Castellum City Förvaltning AB till Castellum Fastighet 2 AB. Skälet för denna överlåtelse är att paketera ägandet av fastigheten i ett särskilt bolag vilket är praxis på fastighetsmarknaden.

presentera presumtiva byggtreprenörer med ett så fullständigt underlag som möjligt. Det kan därför, även vid upphandling av totalentreprenad, krävas en del förprojektering för att ta fram ett förfrågningsunderlag som kan nå ett bra upphandlingsresultat.

- 3.36 Eftersom projektering är en upphandlingspliktig tjänst, och eftersom viss projektering var nödvändig att utföra redan innan totalentreprenadsupphandlingen avslutades, var det viktigt för Domstolsverket att all sådan projektering genomfördes av någon av Domstolsverkets upphandlade tekniska konsulter.
- 3.37 Domstolsverket har, för just detta ändamål, särskilt upphandlade ramavtal för tekniska konsulter som Domstolsverket insisterar på att fastighetsägarna använder, se Bilaga 7 (Ramavtal för tekniska konsulter) samt punkterna 3.46 - 3.50 nedan.
- 3.38 Det kan ifrågasättas om inte denna typ av förprojektering rätteligen ska betraktas som en sedvanlig del av de tjänster en hyresvärd tillhandahåller, se vidare punkterna 4.83 - 4.105 nedan, och inte som en separat upphandlingspliktig tjänst som den framtida hyresgästen köper. Domstolsverket har emellertid valt denna lösning för att säkerställa att samtliga potentiellt upphandlingspliktiga tjänster konkurrensutsätts enligt LOU. Detta regleras i avsnitt 3.3 i Bilaga 5 (Genomförandeavtalet).

Syfte 4: *Säkerställa att Domstolsverket får möjlighet att upphandla och genomföra sådana sidoentreprenader som krävs för att anpassa lokalerna till Domstolsverkets särskilda säkerhetskrav*

- 3.39 En lokal som ska användas för domstolsverksamhet måste naturligtvis anpassas för de särskilda säkerhetskrav som ställs på verksamheten. Det är emellertid ofta olämpligt att uppställa dessa krav på anpassningar inom ramen för en upphandling av en totalentreprenad av själva kontorsfastigheten.
- 3.40 De aktuella specialanpassningarna kräver särskild kompetens som de stora byggtreprenörerna sällan har, trots att det är de stora byggtreprenörerna som kan förväntas delta i en totalentreprenad av denna storlek. Krav på sådana anpassningar inom ramen för en totalentreprenad av en kontorsfastighet riskerar därför att begränsa antalet potentiella anbudsgivare i totalentreprenaden, alternativt leda till att dessa anbudsgivare tar in relevant kompetens som underleverantörer. Det leder i sin tur ofta till en högre kostnad för de aktuella anpassningarna jämfört med om den relevanta kompetensen hade upphandlats i särskild ordning.
- 3.41 Domstolsverket väljer därför regelmässigt att avropa säkerhetsanpassningar som sidoentreprenader vilka konkurrensutsätts i en särskild ordning. Detta sker antingen genom särskilda ramavtal som Domstolsverket sedan tidigare har upphandlat för ändamålet eller som helt separata annonserade upphandlingar.
- 3.42 Genom att göra på detta sätt renodlas totalentreprenaden till att avse en sedvanlig kontorsfastighet (för vilket det finns en etablerad och fungerande marknad) samtidigt som säkerhetsanpassningarna utförs av de leverantörer som är specialiserade på just detta.

- 3.43 Leverantörerna i sidoentreprenaderna står även under direkt översyn av Domstolsverket eftersom Domstolsverket är beställare och ägare av leveranserna. Metoden skapar därmed bättre förutsättningar för konkurrens både i totalentreprenaden och såvitt avser specialanpassningarna. Detta regleras i avsnitt 4.4 i Bilaga 5 (Genomförandeavtalet).

***Syfte 5:** Säkerställa att hyresavtalet kan föregås av ett sådan medgivande från regeringen som krävs enligt 9 § förordningen (1993:528) om statliga myndigheters lokalförsörjning och att parterna har möjlighet att avsluta sin samverkan om ett sådant medgivande inte ges*

- 3.44 Enligt 9 § i förordningen (1993:528) om statliga myndigheters lokalförsörjning krävs regeringens medgivande för en längre hyresavtalstid än sex år. Eftersom den tänkta avtalstiden för hyresavtalet är femton år behövde Domstolsverket således inhämta regeringens medgivande innan ett hyresavtal kan tecknas.
- 3.45 Avsnitt 1.1 i Bilaga 5 (Genomförandeavtalet) påminner parterna om detta och avsnitt 10.3 ger Castellum rätt till skadestånd för verifierad självkostnad för förprojekteringen för att ta fram ett förfrågningsunderlag, för det fallet att regeringen inte skulle medge att hyresavtalet tecknas. De kostnader som här avses är således kostnader för tekniska konsulter som avropats på Domstolsverkets ramavtal för tekniska konsulter på sätt som beskrivs i punkterna 3.46 - 3.50 nedan.

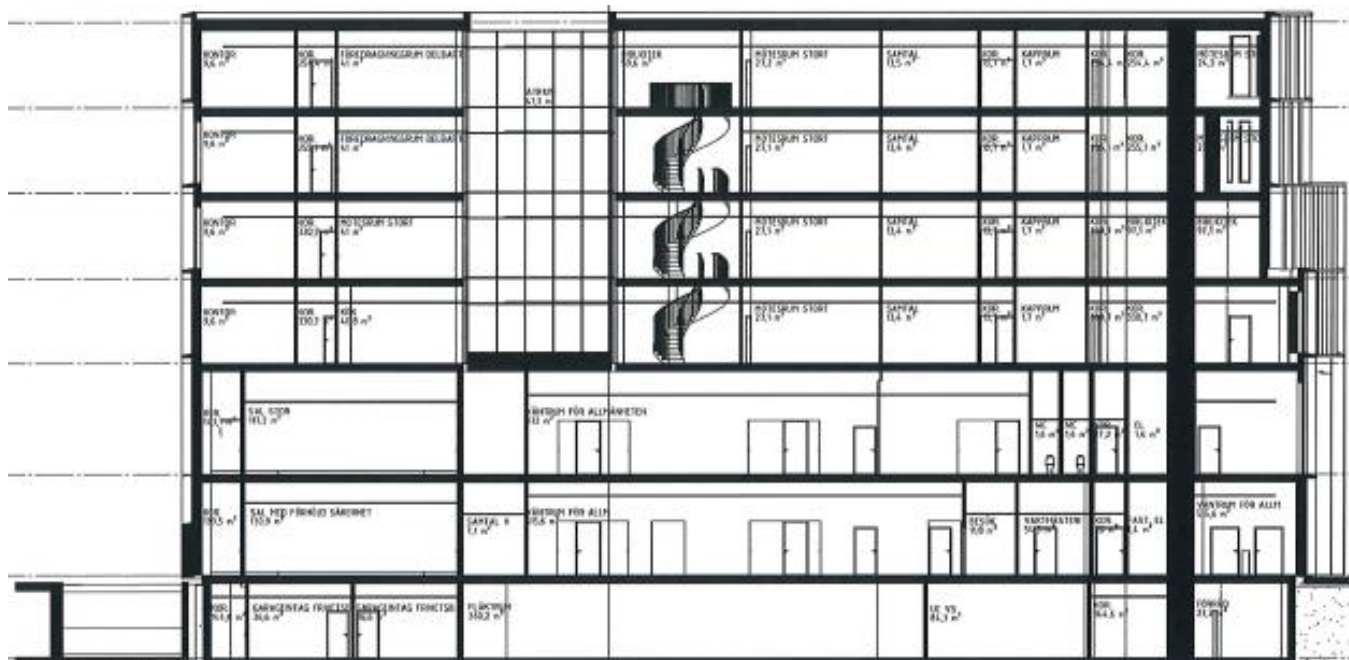
Avrop av tekniska konsulter för framtagande av förfrågningsunderlag

- 3.46 Som nämnts ovan har Domstolsverket ett ramavtal särskilt avsett för att möjliggöra sådan förprojektering som kan krävas för att ta fram ett tillräckligt förfrågningsunderlag för att genomföra en upphandling av totalentreprenaden, se Bilaga 7 (Ramavtal för tekniska konsulter).
- 3.47 Ramavtalet, som är upphandlat den 23 november 2018, är ett ramavtal där avrop ska ske enligt viss angiven rangordning. WSP är den leverantör som i upphandlingen av ramavtalet inkom med det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och som därför också är första leverantör i rangordningen.
- 3.48 Redan den 1 oktober 2019 gjorde Domstolsverket ett avrop på detta ramavtal från WSP vad avser systemhandlingar och bygglovshandlingar, se Bilaga 8 (Avrop av tekniska konsulter; system- och bygglovshandlingar).
- 3.49 Genom en särskild överlåtelsehandling överläts senare Domstolsverkets avropsavtal till Castellum, se Bilaga 9 (Överlåtelsehandling avseende avrop av tekniska konsulter).
- 3.50 På detta sätt gavs Castellum möjlighet att köpa tekniska konsulttjänster från Domstolsverkets ramavtal precis på det sätt som beskrivits i Genomförandeavtalet.

Domstolsverkets upphandling av totalentreprenad

- 3.51 Den 24 mars 2020 annonserade Domstolsverket upphandlingen avseende byggentreprenaden, se Bilaga 10 (Upphandlingsdokumenten avseende totalentreprenaden för domstolsbyggnad i Jönköping).

- 3.52 Som framhållits ovan avser totalentreprenadupphandlingen inte de specialanpassningar av lokalerna som är nödvändiga med hänvisning till de särskilda säkerhetskrav som gäller för domstolsverksamhet. Istället sker dessa som sidoentreprenader, vilket också beskrivs i underlaget till totalentreprenaden, se AFD.131 i Bilaga 10 (Upphandlingsdokumenten avseende totalentreprenaden för domstolsbyggnad i Jönköping).
- 3.53 Detta medför att totalentreprenaden i allt väsentligt avser en sedvanlig kontorsfastighet som skulle kunna användas av vilken större kontorsverksamhet som helst. Kontorsfastigheten består av sex våningar över marknivå, där de två nedersta våningarna har en något högre takhöjd än de översta fyra. Att det förhåller sig på detta sätt är inte unikt för domstolsverksamhet, utan är mycket vanligt för såväl hotell, banker, myndigheter, konsultfirmor och andra typer av verksamheter som tar emot externa besökare.



Preliminär layout av den aktuella hyreslokalen, samtliga våningsplan i profil, utdrag ur Bilaga 5 (Genomförandevtalet)

- 3.54 Av AFB.13 i Bilaga 10 (Upphandlingsdokumenten avseende totalentreprenaden för domstolsbyggnad i Jönköping) framgår att entreprenadformen är en totalentreprenad enligt ABT 06.
- 3.55 Av AFD.1 framgår vidare att kontraktarbetena omfattar färdigprojektering och utförande till en funktionsduglig och driftsfärdig anläggning för sitt avsedda ändamål. Det framgår vidare att beställaren, det vill säga Castellum, ska beredas tillfälle att kontinuerligt följa entreprenörens projektering under hela entreprenadtiden.
- 3.56 Utvärderingen i upphandlingen skedde utifrån det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn till bästa förhållandet mellan pris och kvalitet, se AFB.53 i Bilaga

10 (Upphandlingsdokumenten avseende totalentreprenaden för domstolsbyggnad i Jönköping). Den kvalitativa utvärderingen fokuserade framförallt på den potentiella totalentreprenörens förmåga att planera, projektleda och produktionsstyra genomförandet av totalentreprenaden.

- 3.57 Sista dag för anbud i upphandlingen var den 27 maj 2020. I upphandlingen inkom anbud från Serneke, Peab Sverige AB, NCC Sverige AB och Gärhovs Bygg Aktiebolag. Samtliga anbud kvalificerades för utvärdering och efter genomförd utvärdering föreslog Domstolsverket att Entreprenadavtalet skulle tilldelas Serneke, som inkommit med det bästa anbudet vad avser både pris och kvalitet. Under sommaren 2020 beslöt Castellums styrelse att godkänna Domstolsverkets förslag till tilldelningsbeslut och tilldelningsbeslut meddelades den 24 augusti 2020, se [Bilaga 11 \(Tilldelningsbeslut i upphandlingen av totalentreprenaden för domstolsbyggnad i Jönköping\)](#).

Hyresavtalet

- 3.58 I tiden mellan det att anbud inkommit i totalentreprenadupphandlingen och tilldelningsbeslut meddelats, tecknade Domstolsverket och Castellum Hyresavtalet, se [Bilaga 12 \(Hyresavtalet\)](#). Hyresavtalet ingicks den 15 juli 2020 och reglerar villkoren för Domstolsverkets förhyrning av Castellums lokaler på Hamngatan, fastighet Götaland 5. Hyresavtalet utgår från Fastighetsägarnas mall för hyresavtal och innehåller inga avvikelser från vad som får anses utgöra standard på hyresmarknaden.
- 3.59 I bilaga 1 till Hyresavtalet framgår dels en kort beskrivning av lokalen (avsnitt 3 och 6), dels den avtalade hyran (avsnitt 6) och hyrestiden (avsnitt 8), se Bilaga 12 (Hyresavtalet). Den avtalade årshyran uppgår till 20 200 000 kronor och hyrestiden till femton (15) år. Den avtalade hyresersättningen för den initiala hyresperioden uppgår således till sammanlagt 303 miljoner kronor.
- 3.60 Utöver bestämmelser som är sedvanliga för hyreskontrakt, innehåller de särskilda bestämmelserna även ett antal skrivningar som tar sikte på att reglera parternas hantering av LOU under själva hyresperioden. Sådana skrivningar finns i avsnitt 9 och avsnitt 21 i Bilaga 12 (Hyresavtalet).
- 3.61 Hyresavtalet innehåller också skrivningar som gör det möjligt för Castellum att häva hyresavtalet för det fallet att totalentreprenadupphandlingen inte kan avslutas genom att kontrakt tecknas innan den 31 december 2020 (se avsnitt 24 och 25 i Bilaga 12 (Hyresavtalet)). Så kan exempelvis vara fallet i händelse av en ansökan om överprövning av upphandlingen.
- 3.62 Det finns ingen skrivning i hyresavtalet som reglerar ersättning för vare sig projektering eller någon annan tjänst än just hyresförhållandet.

Entreprenadavtalet

- 3.63 Tilldelningsbeslut i totalentreprenadupphandlingen meddelades den 24 augusti 2020]. Domstolsverket inväntade att den lagstadgade avtalsspärren hade löpt ut och tecknade därefter Entreprenadavtalet, se [Bilaga 13 \(Entreprenadavtalet\)](#).

- 3.64 Entreprenadavtalet är ingånget den 21 september 2020 mellan Castellum, Serneke och Domstolsverket. Av avsnitt 4 i Bilaga 13 (Entreprenadavtalet) framgår emellertid att avtalet, i och med dess undertecknande, överförs från Domstolsverket som utträder som part och beställare till Castellum som inträder som part och beställare samt att Serneke godkänner Castellum som enda kvarvarande avtalspart. Domstolsverket är således inte part till Entreprenadavtalet.
- 3.65 Av avsnitt 5 i Bilaga 13 (Entreprenadavtalet) framgår att kontraktssumman uppgår till 220 395 000 kronor med en option om 2 530 000 kronor. Därutöver regleras ersättningen för eventuella ÄTA-arbeten till verifierad självkostnad jämte 8 % av entreprenörsarvodet.⁴

Upphandling av specialanpassningar

- 3.66 Som framgått ovan valde Domstolsverket att upphandla de specialanpassningar som behöver göras med hänsyn till de krav som gäller för domstolars verksamhet i särskild ordning.
- 3.67 Av denna anledning gjorde Domstolsverket ett avrop från sitt ramavtal för tekniska konsulter, se Bilaga 14 (Avrop av tekniska konsulter; projektering och projektledning). Avropet, som framförallt avsåg projektering och projektledning av Domstolsverkets sidoentreprenader, gjordes från WSP den 9 oktober 2019 och uppgick till ett värde om 1 200 000 kronor.
- 3.68 När projektering av sidoentreprenaderna väl var slutförd genomförde domstolsverket två separata annonserade upphandlingar baserade på de underlag som WSP tagit fram. Dessa var dels en upphandling av domstolstele- och presentationsteknik där kontrakt tilldelades Atea den 6 september 2021, se Bilaga 15 (Avrop av domstolstele- och presentation). Dels en upphandling av säkerhetssystem där kontrakt tilldelades Midroc den 6 september 2021, se Bilaga 16 (Avrop av säkerhetssystem m.m.).
- 3.69 Några ytterligare specialanpassningar med anledning av de krav som finns på domstolsverksamhet har inte förekommit.

Övriga och kommande upphandlingar

- 3.70 Det bör avslutningsvis påpekas att redogörelsen ovan endast täcker de konkurrensutsättningar som skett avseende byggentreprenader och där tillhörande projekteringstjänster, det vill säga de delar där Konkurrensverket anser att Domstolsverket förtjänar särskild kritik.
- 3.71 Härutöver har Domstolsverket naturligtvis också genomfört ett avrop avseende inredningsarkitekter, från White Arkitekter, vilket skett enligt rangordning på det ramavtal som Domstolsverket upphandlat för detta ändamål, se Bilaga 17 (Avrop av inredningsarkitekter). Verket har vidare genomfört ett avrop av specialsnickerier från AB Vikingstad Möbel & Snickerifabrik, vilket skett som en förnyad konkurrensutsättning

⁴ ÄTA-arbeten står för Ändringar, Tillägg och Avgående arbeten som står i omedelbart samband med kontraksarbetena.

på ett för det ändamålet särskilt upphandlat ramavtal, se [Bilaga 18 \(Avrop av specialsnickerier\)](#).

- 3.72 Under 2022 förväntar sig Domstolsverket också kunna avsluta fyra separata konkurrensutsättningar avseende gardiner, möbler, skyltar och arkivinredning vilka samtliga kommer att ske på för vardera inredningskategorin särskilt upphandlade ramavtal.
- 3.73 Såvitt Domstolsverket kan utröna finns ingen upphandlingspliktig tjänst förknippad med den aktuella domstolsbyggnaden som undantagits konkurrensutsättning enligt LOU.

4. Brister i Tillsynsbeslutet

Inledning

4.1 Tillsynsbeslutet är förenat med en rad brister och felaktigheter vad gäller både sakomständigheterna och de analyser som leder till Konkurrensverkets slutsatser. I detta avsnitt kommer Domstolsverket att beskriva och kommentera dessa utifrån nedan angivna teman.

- *Konkurrensverket påstår felaktigt att Projektet skulle vara ett odelbart blandat kontrakt*
- *Det finns ingen sådan projektledningstjänst som Konkurrensverket menar har direktupphandlats*
- *Den metod för konkurrensutsättning som Konkurrensverket underkänner är samma metod som rekommenderats av EU-domstolen*
- *Det huvudsakliga ändamålet med Transaktionen är hyresförhållandet*
- *Hyresundantaget är tillämpligt på Transaktionen*
- *Tillsynsbeslutet gör det osäkert när ett avtal om köp ska anses uppstå*
- *Hyresvärdsupphandling*

4.2 Bristerna innebär, såväl samlat som var och en för sig, att det finns skäl för förvaltningsrätten att undanröja Tillsynsbeslutet.

Konkurrensverket påstår felaktigt att Projektet skulle vara ett odelbart blandat kontrakt

4.3 Konkurrensverket menar att Projektet ska bedömas utifrån sitt allmänna sammanhang och utifrån dess faktiska egenskaper.⁵ Konkurrensverkets slutsats är att Projektet, även om det består av flera delar, ska ses som en helhet.⁶ Domstolsverket har inget att invända mot detta.

4.4 Vad Domstolsverket däremot har svårt att finna stöd för i någon rättskälla, är Konkurrensverkets synsätt att denna helhet (Projektet) samtidigt är både delbar och odelbar.

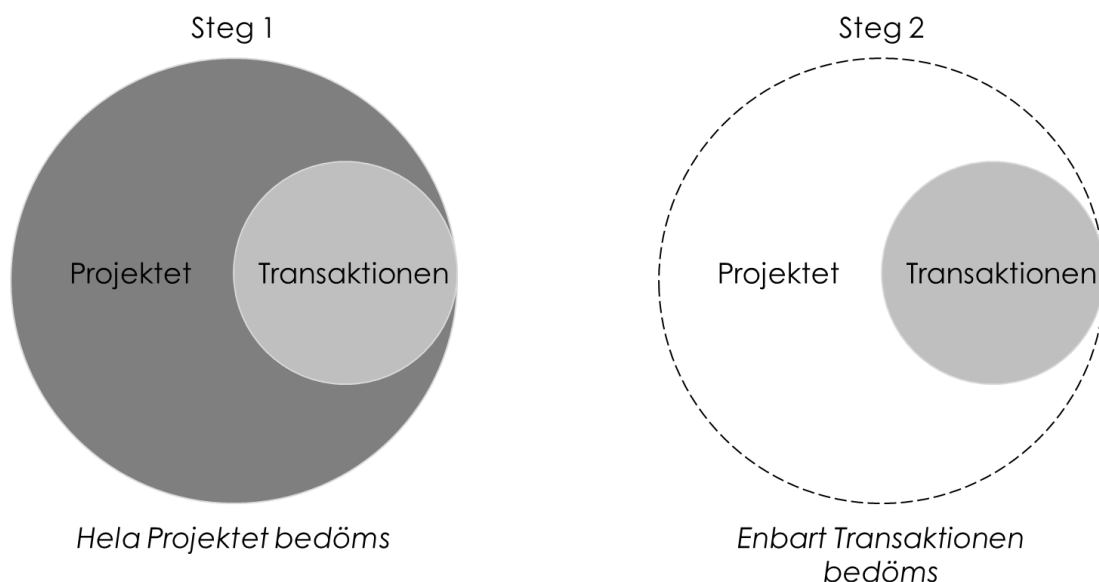
4.5 Å ena sidan verkar Konkurrensverket dela Domstolsverkets uppfattning att Entreprenadavtalet, sidoentreprenader och inköp av tekniska konsulttjänster kan tilldelas som separata kontrakt.⁷ Ett sådant synsätt bygger med nödvändighet på antagandet att Projektet består av flera delbara kontrakt.

⁵ Punkt 33 i Tillsynsbeslutet.

⁶ Punkt 36 i Tillsynsbeslutet.

⁷ Punkterna 41-42 i Tillsynsbeslutet.

- 4.6 Å andra sidan menar Konkurrensverket att Genomförandeavtalet och Hyresavtalet utgör en odelbar enhet.⁸ Ett sådant synsätt bygger på antagandet att i vart fall dessa delar av Projektet består av ett odelbart kontrakt.
- 4.7 Konkurrensverket menar, med andra ord, att Projektet är både delbart och odelbart. Detta beror på att Konkurrensverket gör delbarhetsbedömningen två gånger om (i två led).
- 4.8 I ett första led bedömer Konkurrensverket Projektet i dess helhet och finner att det är en delbar enhet, eftersom det finns kontrakt som kan tilldelas separat. Detta är korrekt.
- 4.9 I det andra ledet bortser Konkurrensverket från de konkurrensutsatta delarna av Projektet och bedömer Genomförandeavtalet och Hyresavtalet isolerat från helheten. (Konkurrensverket kallar Genomförandeavtalet och Hyresavtalet gemensamt för "Transaktionen".)
- 4.10 I detta andra led väljer Konkurrensverket att se Transaktionen isolerad för sig och gör en bedömning av Transaktionens delbarhet, trots att Transaktionen ingick i den första bedömningen.



- 4.11 Konkurrensverket synes dock ta Projektets övriga delar i beaktande när verket gör bedömningen av Transaktionens huvudsakliga ändamål i steg 2. Det är dock bara genom att inkludera byggtreprenadarbeten i Projektet i övrigt, dvs. de delar som separerats ut i steg 1, som Konkurrensverket kan komma fram till att Transaktionen huvudsakligen utgör ett byggtreprenadkontrakt.
- 4.12 Det leder till att Konkurrensverket drar den ologiska slutsatsen att Transaktionen, som inte innehåller något åtagande om att utföra byggtreprenadarbeten, är delbart

⁸ Punkterna 43-46 i Tillsynsbeslutet.

från byggtrepreparad arbetena i ett första led men odelbart från dessa arbeten när huvudsaklighetsbedömningen ska göras.

- 4.13 Detta resonemang är svårt att förstå eller varför Transaktionen skulle vara upphandlingspliktig såsom ett byggtrepreparadkontrakt, när Konkurrensverket medger att Projektet utgör en delbar enhet och att Domstolsverket har valt att konkurrensutsätta byggtrepreparad arbeten och projekteringstjänster enligt LOU.
- 4.14 Hur det än må vara med Projektet respektive Transaktionens odelbarhet, är det dock i slutändan av underordnad betydelse. Redan av skälen till LOU-direktivet framgår att upphandlande myndigheter alltid har möjlighet att dela upp ett kontrakt, även om detta medför att delar av kontraktet inte längre blir föremål för en konkurrensutsättning enligt LOU:

12 För blandade kontrakt som kan delas upp, står det alltid de upphandlande myndigheterna fritt att tilldela separata kontrakt för de olika delarna av det blandade kontraktet, varvid det bör avgöras vilka bestämmelser som är tillämpliga på varje separat del utslutande med utgångspunkt i det specifika kontraktets beskaffenhet. Å andra sidan, när de upphandlande myndigheterna väljer att ta med andra delar i upphandlingen, oavsett värde och vilka rättsregler som de andra delarna annars skulle ha omfattats av, bör huvudprincipen vara att detta direktiv fortsätter att gälla för hela det blandade kontraktet, om ett kontrakt bör tilldelas enligt bestämmelserna i detta direktiv om det skulle tilldelas ensamt.

- 4.15 Även EU-domstolens avgörande i mål C-521/18, *Pegaso och Sistemi di Sicurezza*, klargör att en upphandlande myndighet alltid har rätt att tilldela ett blandat kontrakt som separata kontrakt. När så sker, är den upphandlande myndigheten enbart skyldig att konkurrensutsätta de delar som sett för sig själva är upphandlingspliktiga.
- 4.16 Detta beskrevs på följande sätt av generaladvokat Bobek, vars förslag till avgörande EU-domstolen instämde i såvitt avser dessa delar:

120 Det är faktiskt möjligt att undkomma tillämpning av försörjningsdirektivet, om den upphandlande enheten i stället för att begära in anbud avseende ett blandat kontrakt som är allmänt tillämpligt på alla verksamheter, inbegripet postverksamheten, väljer att tilldela separata kontrakt avseende varje separat verksamhet. Det är dock inte möjligt att undkomma tillämpning av försörjningsdirektivet genom att begära in anbud avseende ett blandat kontrakt och sedan påstå att eftersom direktivet inte skulle vara tillämpligt på vissa delar av kontraktet om de betraktades separat, är direktivet inte tillämpligt på hela kontraktet.

(understrykning tillagd)

- 4.17 Utöver att instämma i generaladvokat Bobeks uttalanden, uttalade EU-domstolen följande:

49 Såsom generaladvokaten har påpekat i punkterna 119 och 120 i sitt förslag till avgörande föreskrivs i artikel 6.1 i direktiv 2014/25, vad gäller kontrakt som är avsedda att täcka flera verksamheter, att de upphandlande enheterna får besluta att tilldela separata kontrakt för var och en av de olika verksamheterna eller att tilldela ett enda kontrakt. [Om den upphandlande myndigheten tilldelar ett enda kontrakt] följer det av artikel 6.2 i direktivet att denna enda verksamhet ska regleras av de bestämmelser som är tillämpliga på den verksamhet som kontraktet huvudsakligen är avsett för.

(understrykning tillagd)

4.18 Detta är exakt vad Domstolsverket har gjort. Istället för att "begära in anbud avseende ett blandat kontrakt", exempelvis genom en hyresvärdsupphandling, har Domstolsverket valt att "tilldela separata kontrakt avseende varje separat verksamhet". I den mån ett kontrakt varit upphandlingspliktigt har Domstolsverket säkerställt att kontraktet konkurrensutsatts enligt LOU.

Det finns ingen sådan projektledningstjänst som Konkurrensverket menar har direktupphandlats

4.19 Av 1 kap. 15 § LOU framgår att ett kontrakt, i upphandlingsrättslig mening, är ett skriftligt kontrakt som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer, och som avser leverans av varor, tillhandahållande av tjänster eller utförande av byggtreprenad.

4.20 Såsom framgår av EU-domstolens praxis måste upphandlingskontraktet innebära att en leverantör åtar sig att utföra en upphandlingspliktig tjänst, vara eller byggtreprenad i utbyte mot en betalning som myndigheten erlagger för denna tjänst. Fullgörandet av såväl leverantörens som myndighetens åtaganden ska följa av kontraktet och vara rättsligt åberopbara i domstol.

4.21 I mål C-451/08, *Helmut Müller*, tydliggjorde EU-domstolen att den upphandlande myndigheten måste vara köpare, och inte säljare, för att fråga ska vara om ett upphandlingskontrakt.⁹

4.22 EU-domstolen har också i flera mål understrukit att fråga måste vara om ett kontrakt med ekonomiska villkor, i enlighet med vilket den upphandlande myndigheten erhåller en prestation mot vederlag och där prestationen består av en upphandlingspliktig tjänst eller byggtreprenad. I mål C-451/08, *Helmut Müller*, summerade EU-domstolen denna praxis på följande sätt:

47 *Dessutom kan endast ett kontrakt med ekonomiska villkor utgöra ett offentligt kontrakt som omfattas av direktiv 2004/18.*

48 *För att det ska vara fråga om ett avtal med ekonomiska villkor krävs att den upphandlande myndighet som ingått ett offentligt byggtreprenadkontrakt, i enlighet med detta kontrakt erhåller en prestation mot vederlag. Denna prestation består i utförande av*

⁹ *Helmut Müller*, punkt 41.

byggtreprenader för den upphandlande myndighetens räkning (se dom av den 12 juli 2001 i mål C-399/98, Ordine degli Architetti m.fl., REG 2001, s. I-5409, punkt 77, och av den 18 januari 2007 i mål C-220/05, Auroux m.fl., REG 2007, s. I-385, punkt 45).

4.23 I samma mål förtydligade domstolen att fullgörandet av skyldigheten för leverantören att utföra den aktuella varan, tjänsten eller byggtreprenaden måste vara rättsligt bindande och åberopbar i domstol:

59 *Den nationella domstolen har ställt den tredje och den fjärde frågan, som ska prövas tillsammans, för att få klarhet i huruvida begreppet offentliga byggtreprenadkontrakt, i den mening som avses i artikel 1.2 b i direktiv 2004/18, innebär ett krav på att entreprenören är direkt eller indirekt skyldig att utföra den byggtreprenad som är föremål för kontraktet, och om det i förekommande fall måste vara fråga om en skyldighet vars fullgörande kan åberopas inför domstol.*

60 *Såsom har erinrats om i punkterna 45 och 47 ovan definieras ett offentligt byggtreprenadkontrakt enligt artikel 1.2 a i direktiv 2004/18 som ett kontrakt med ekonomiska villkor. Detta begrepp grundas på antagandet att entreprenören åtar sig att utföra den prestation som är föremål för kontraktet mot ett vederlag. Entreprenören är således skyldig, när den ingått ett offentligt byggtreprenadkontrakt, att utföra eller att låta utföra den byggtreprenad som är föremål för kontraktet.*

4.24 Den upphandlande myndigheten måste, med andra ord, på kontraktsrättslig grund kunna tvinga leverantören att utföra det aktuella åtagandet. Detta bekräftades även i mål C-51/15, Remondis:

43 *Endast ett kontrakt med ekonomiska villkor kan nämligen utgöra ett offentligt kontrakt som omfattas av direktiv 2004/18. För att det ska vara fråga om ett avtal med ekonomiska villkor krävs att den upphandlande myndighet som ingått ett offentligt kontrakt, i enlighet med detta kontrakt, erhåller en prestation mot vederlag. En sådan prestation ska vara av direkt ekonomiskt intresse för den upphandlande myndigheten (se, för ett liknande resonemang, dom av den 25 mars 2010, Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, punkterna 47–49). En väsentlig del av begreppet offentligt kontrakt är att det uppstår rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär, såsom generaladvokaten har påpekat i punkt 36 i sitt förslag till avgörande.*

4.25 Frågan är då vilken tjänst, vara eller byggtreprenad som Konkurrensverket anser att Castellum utfört och vilken ersättning som Domstolsverket, enligt Konkurrensverket, åtagit sig att erlägga för denna tjänst.

4.26 Tillsynsbeslutet innehåller ett antal mer eller mindre vaga hänvisningar till vilken tjänst Castellum har utfört.¹⁰ Den tydligaste angivelsen är dock följande uttalande i Tillsynsbeslutet:

Genomförandeavtalet innebär att Domstolsverket tillhandahålls en tjänst vid projektering och uppförandet av den nya byggnaden. Tjänsterna som omfattas utgör enligt Konkurrensverkets bedömning projektledningstjänster. Tjänsterna leder till realiseringen av domstolsbyggnaden i enlighet med verkets anvisningar och avgörande inflytande.¹¹

4.27 Den tjänst som Konkurrensverket menar har upphandlats är således en projektledningstjänst, CPV-kod 74.20, vilken lett till att en domstolsbyggnad realiserats.

4.28 Konkurrensverket har emellertid inte specificerat vilka åtgärder som Castellum har vidtagit inom ramen för utförandet av denna tjänst. Kort sagt, Konkurrensverket har inte specificerat vilka tjänster som Domstolsverket köpt av Castellum, utan har endast pekat på en viss CPV-kod som Konkurrensverket tänker sig kan ha förekommit inom ramen för Castellums och Domstolsverkets samverkan.

4.29 Domstolsverkets inställning är att Domstolsverket inte har köpt någon sådan upphandlingspliktig tjänst av Castellum. Castellum har aldrig tagit betalt för en sådan tjänst och någon sådan tjänst har inte heller beställts av Domstolsverket. Även om bevisbördan för att en upphandlingspliktig tjänst överhuvudtaget har köpts rätteligen ska ligga på den som påstår detta, i detta fall Konkurrensverket, så kan Domstolsverket visa att samtliga tjänster och byggentreprenadarbeten som krävts för att uppföra domstolsbyggnaden i Jönköping faktiskt konkurrensutsatts och tilldelats någon annan än Castellum.

4.30 De projekteringstjänster och projektledningstjänster som föregått upphandlingen av totalentreprenadarbetena har avropats av WSP Det är alltså WSP, inte Castellum, som utfört den projektering och projektledning som föregått upphandlingen av totalentreprenaden.

4.31 De projekteringstjänster som följt efter tecknandet av Entreprenadavtalet har utförts av Serneke inom ramen för dennes åtaganden enligt Entreprenadavtalet, se punkt 3.55 ovan. Som tidigare påpekats omfattar Entreprenadavtalet såväl projektering som utförande och det bör understrykas att entreprenadavtalet innebär en exklusiv rätt för entreprenören att leda utförandet av entreprenaden. Det är alltså Serneke, inte Castellum, som utfört den projektering och projektledning som Entreprenadavtalet gett upphov till.

4.32 De specialanpassningar som krävts med anledning av den domstolsverksamhet som ska bedrivas i fastigheten har projektletts och projekterats av WSP.

¹⁰ Tjänsterna har beskrivits som "Valet av samarbetspartner" i punkt 1; "Projektledningsansvar" i punkt 2; "Valet av projektpartner" i punkt 3; "Ett projektsamarbete med viss utvald leverantör" i punkt 5; "Samarbete vid projektering och uppförande av ny byggnad för domstolsverksamhet i Jönköping" i punkt 10; "Att förfrågningsunderlag för upphandlingen tas fram senast viss angiven tidpunkt" i punkt 13. "[...] dels en hyresdel, dels projektledning enligt Genomförandeavtalet under såväl en preliminär fas som entreprenadtiden och en slutlig fas" i punkt 48.

¹¹ Punkt 48 i Tillsynsbeslutet.

Specialanpassningarna har utförts av dels Atea, dels Midroc. Det är således WSP, Atea och Midroc – inte Castellum – som planerat, projekterat och utfört specialanpassningarna.

- 4.33 Det bör understrykas att detta är samtliga upphandlingspliktiga tjänster och byggtreprenader som krävs för att uppföra den aktuella domstolsbyggnaden. Ingen av dessa tjänster eller byggtreprenader har utförts av Castellum och samtliga dessa tjänster och byggtreprenader har föregåtts av ett annonserat upphandlingsförfarande.
- 4.34 Frågan är då om det finns någon annan dold tjänst, nedan kallad "Tjänsten X", som Castellum har åtagit sig att utföra och som skulle kunna ligga till grund för ett påstående om upphandlingskyldighet.
- 4.35 Utifrån hur Konkurrensverket uttrycker sig i Tillsynsbeslutet förefaller det som Konkurrensverket påstår att denna Tjänsten X framgår av Genomförandeavtalet. De skrivningar i Genomförandeavtalet som Konkurrensverket hänvisar till innehåller emellertid inte något åtagande för Castellum att utföra en viss tjänst på Domstolsverkets beställning.
- 4.36 I avsnitt 1.1 av Genomförandeavtalet (Bilaga 5) anges att avtalet upprättats för att reglera parternas samarbete vid projektering och uppförande av ny byggnad för domstolsverksamhet i Jönköping. Denna skrivning, som Konkurrensverket hänvisar till vid flera tillfällen, utgör i sig inget åtagande för Castellum att utföra någon projektledningstjänst åt Domstolsverket. Tvärtom indikerar ordet "samarbete" att det inte rör sig om en beställare/utförare-relation, utan snarare om just ett samarbete mellan två parter som båda har ett intresse av ett visst projekt. Skrivningen innebär inget rättsligt åberopbart åtagande att leverera en tjänst, jfr punkterna 4.23 - 4.24 ovan.
- 4.37 I avsnitt 1.1 av Bilaga 5 (Genomförandeavtalet), anges också att domstolsbyggnaden ska utföras enligt vissa specifikationer. Det framgår emellertid inte att Castellum har ansvar för detta utförande. Tvärtom framgår klart och tydligt att det är Domstolsverket som ansvarar för att upphandla en sådan totalentreprenad som krävs för utförandet, se avsnitt 3.1 i Bilaga 5 (Genomförandeavtalet) och att eventuella projekteringstjänster som används för att ta fram ett förfrågningsunderlag också ska upphandlas i särskild ordning. Någon skyldighet för Castellum att utföra eller projektleda dessa arbeten framgår inte av Genomförandeavtalet. Domstolsverket påminner återigen om att det är en *skillnad* mellan att beställa en byggtreprenad och att utföra den.
- 4.38 Eftersom Genomförandeavtalet är ett samverkansavtal, snarare än ett avtal som reglerar att en part ska utföra tjänster för den andra parten, är de ansvarsområden som Castellum är ensamt ansvarig för tämligen begränsade. Castellums roll under Genomförandeavtalet är följande:
1. Att teckna ett hyresavtal vid viss framtida tidpunkt.
 2. Att svara för de tillstånd som krävs för Castellums verksamhet.

3. Att genom ombud sammanträffa löpande med Domstolsverkets ombud, och då föra mötesprotokoll.
 4. Att Castellum ska meddela eventuella ändringar i organisationen eller representation i den gemensamma projektorganisationen.
 5. Att efter genomförd upphandling överta beställarrollen för totalentreprenaden från Domstolsverket.
 6. Att ta fram ett förfrågningsunderlag till totalentreprenaden, med användande av Domstolsverket upphandlade tekniska konsulter.
 7. Att hålla Domstolsverket skadelösa om Castellum anlitar annan än upphandlad leverantör för framtagande av förfrågningsunderlag.
 8. Att bereda Domstolsverket möjlighet att fortlöpande kontrollera att lokalen projekteras för att uppfylla Domstolsverket funktionskrav.
 9. Att bereda Domstolsverket möjlighet att närvara vid besiktning av lokalen.
- 4.39 Ingen av dessa funktioner kan med normalt svenskt språkbruk beskrivas som en sådan projektledningstjänst som Konkurrensverket gör gällande. Än mindre går det att föreställa sig hur Domstolsverket, med stöd av Genomförandeavtalets skrivningar, i domstol skulle kunna kräva att Castellum fullgör någon projektledningstjänst, jfr punkterna 4.23 - 4.24 ovan.
- 4.40 Att det förhåller sig på detta sätt, det vill säga att Genomförandeavtalet inte innehåller något åtagande för Castellum att åt Domstolsverket tillhandahålla någon projektledningstjänst, styrks också av det förhållandet att vare sig Genomförandeavtalet eller Hyresavtalet innehåller någon reglering av Castellums rätt till ersättning för sådana projektledningstjänster.
- 4.41 Konkurrensverket pekar i detta avseende på Castellums rätt, enligt Hyresavtalet, att ta ut hyra för Domstolsverkets förhyrning av Castellums lokaler. Det kan dock konstateras att det inte finns någon som helst koppling mellan den roll som Castellum har enligt Genomförandeavtalet och Castellums rätt att uppbära hyra enligt Hyresavtalet. Castellum har rätt till samma hyra alldeles oavsett kvaliteten eller kvantiteten av de "tjänster" som Castellum ska utföra enligt Genomförandeavtalet. Så länge Hyresavtalet tecknas har Castellum rätt till hyra om 20 200 000 kr om året. Detta gäller oavsett hur väl eller illa Castellum utför sin roll enligt Genomförandeavtalet. Castellum har inte heller rätt att kräva ersättning för dessa "tjänster", vara sig som tillägg på hyran eller på annat sätt.
- 4.42 Konkurrensverket verkar ha fått intrycket av att Domstolsverket ensidigt kan ändra ramhandlingarna för byggnaden och att Castellum i så fall har en mer eller mindre automatisk rätt att ta ut en högre hyra.¹² Så är inte fallet.
- 4.43 I Genomförandeavtalet (Bilaga 5) anges att:

¹² Punkt 12 och 45 i Tillsynsbeslutet.

4. HANTERING AV ÄNDRINGAR, SAMORDNING ETC

Parterna är medvetna om att Blivande Hyresgästen har att beakta LOU-regelverket vid beställning av entreprenadarbeten, vilket kan begränsa Blivande Hyresgästens möjlighet att beställa ändringar och tillägg i förhållande till Ramhandlingarna, Förfrågningsunderlaget och andra handlingar som upprättats inom ramen för Projektet.¹³

- 4.44 Parternas utgångspunkt är alltså att samtliga byggentreprenadarbeten som uppstår till följd av eventuella ändringar i ramhandlingarna (eller något annat dokument) ska konkurrensutsättas i enlighet med LOU. Det är, med andra ord, inte fråga om att Castellum ska utföra sådana byggentreprenadarbeten eller på annat sätt få ersättning för några byggentreprenadarbeten.

- 4.45 Därutöver anges att:

4.2 Ändringar av Ramhandlingarna

Om Blivande Hyresgästen vill ändra Ramhandlingarna så ska Parterna skriftligt överenskomma om eventuella ekonomiska och andra konsekvenser för genomförandet till följd av ändringen (exempelvis eventuell påverkan på Huvudtidplanen eller på hyran för Lokalen). Först efter att sådan överenskommelse har träffats får den ändrade ramen implementeras i Projektet.

[...]

7. EVENTUELL JUSTERING AV HYRA M.M

Hyran för Lokalen har fastställts på basis av de rumsfunktioner som följer av Ramhandlingarna. Om Parterna, i enlighet med punkt 4.2 ovan, kommer överens om en ändring i förhållande till vad som anges i Ramhandlingarna kan hyran för Lokalen justeras i enlighet med vad som anges i sådan överenskommelse.

- 4.46 Det är alltså fråga om helt sedvanliga avtalsbestämmelser av innebörden att parterna gemensamt kan komma överens om eventuella ändringar av avtalets innehåll. I den mån sådana ändringar leder till ökade kostnader för Castellum, kan parterna gemensamt komma överens om att hyran ska justeras. Detta är ingen generell rätt för Castellum att höja hyran enbart på grund av att ramhandlingarna ändras.
- 4.47 Detta beskrivs emellertid av Konkurrensverket som att "Domstolsverket har rätt att ändra Ramhandlingarna under Projektets gång". Detta påstående är således felaktigt eftersom en ändring av Ramhandlingarna kräver att parterna är överens. Någon närmare nyansering av Konkurrensverkets uttalande finns inte i Tillsynsbeslutet och möjligen är det detta missförstånd som ligger bakom delar av Konkurrensverket inställning.¹⁴

¹³ Punkt 4 i Bilaga 5 (Genomförandeavtalet).

¹⁴ Punkt 12 i Tillsynsbeslutet. Jfr även punkt 45 i Tillsynsbeslutet.

4.48 I Tillsynsbeslutet påstår Konkurrensverket vidare att:

Om Domstolsverket av olika anledningar inte skulle fullgöra sin skyldighet att underteckna Hyresavtalet, hade Castellum rätt till ersättning för förgävesprojektering och kontraktsbrott motsvarande den skada Castellum åsamkats om något hyresavtal inte ingåtts.¹⁵

(understrykning tillagd)

4.49 Enligt Genomförandeavtalet har Castellum rätt till ersättning för så kallad förgävesprojektering. Ersättningen för förgävesprojektering kan dock endast bli aktuellt i en (1) specifik situation, nämligen om regeringen inte hade tillåtit Domstolsverket att teckna Hyresavtalet:

Den överenskomna Huvudtidplanen för Projektet medför att Blivande Hyresvärden behöver utföra arbete avseende framtagande av förfrågningsunderlag enligt punkt 3.3 ovan innan regeringens medgivande att Domstolsverket ingår Hyresavtalet har erhållits. Mot denna bakgrund åtar sig [Domstolsverket] att ersätta den Blivande Hyresvärden för ett belopp motsvarande verifierad självkostnad för detta arbete, dock högst 14 000 000 kronor, ifall regeringen inte medger att Hyresavtalet tecknas.¹⁶

(understrykning tillagd)

4.50 Därutöver hade Castellum rätt till skadestånd i händelse av att Domstolsverket inte fullföljde Genomförandeavtalet genom att inte teckna Hyresavtalet utan att ha stöd i avtalet.¹⁷ Detta är, annorlunda formulerat, ett sedvanligt kontraktsvillkor som reglerar skadestånd i händelse av den ena partens kontraktsbrott. Det är inte, vilket Konkurrensverket verkar antyda, en form av betalning eller annan ersättning för utförda tjänster.

4.51 Det ska vidare noteras att Castellums roll, såsom den beskrivs i Genomförandeavtalet, inte på något sätt går utöver den roll som en byggherre/beställare av byggtreprenadarbeten normalt har.

4.52 Konkurrensverket beskriver i Tillsynsbeslutet att Konkurrensverket inte har någon invändning mot att beställarrollen överläts från Domstolsverket till Castellum.¹⁸ Genomförandeavtalet innehåller emellertid inget annat än en reglering av just en sådan överlåtelse och Castellum åtar sig inte mer genom Genomförandeavtalet än vad som naturligt hade följt av just ett sådant övertagande av beställarrollen som Konkurrensverket säger sig godkänna.

4.53 Domstolsverkets inställning i denna del kan således summeras enligt följande:

1. Det finns ingen "Tjänsten X" som Domstolsverket köper av Castellum. Alla tjänster och byggtreprenader som behövs för domstolsbyggnadens projektering och

¹⁵ Punkt 11 i Tillsynsbeslutet.

¹⁶ Punkt 10.3 i Bilaga 5 (Genomförandeavtalet).

¹⁷ Punkt 8 i Bilaga 5 (Genomförandeavtalet).

¹⁸ Punkterna 72-75 i Tillsynsbeslutet.

uppförande är köpta från andra parter och har varit föremål för offentliga upphandlingsförfaranden.

2. Genomförandeavtalet är ett samverkansavtal som beskriver respektive parts roll i ett projekt. Det är inte ett tjänsteavtal och beskriver inte tjänster som Castellum är skyldig att utföra för Domstolsverkets räkning.
3. Ingen skrivning i Genomförandeavtalet beskriver en sådan projektledningstjänst som Konkurrensverket gör gällande.
4. Den roll som Castellum intar enligt Genomförandeavtalet är inte sådan att den innebär en rättsligt åberopbar skyldighet att utföra en viss tjänst.
5. Domstolsverket erlägger inte någon ersättning till Castellum för någon projektledningstjänst, eller någon annan upphandlingspliktig tjänst.
6. Den roll som Castellum tar enligt Genomförandeavtalet går inte utöver den roll som en byggherre/beställare av byggentreprenadarbeten normalt har och som således följer av den överlåtelse av denna roll som Konkurrensverket självt tillstår är möjlig och tillåten.

Den metod för konkurrensutsättning som Konkurrensverket underkänner är samma metod som rekommenderats av EU-domstolen

- 4.54 I mål C-399/98, *la Scala*, hade EU-domstolen att pröva huruvida upphandlingsplikt uppstod när en markexploatör, tillika fastighetsägare, ingick ett markexploateringsavtal med en kommun varigenom markexploatören åtog sig att utföra vissa byggentreprenadarbete mot avräkning på en statsplaneringsavgift som markexploatören annars hade varit skyldig att betala.
- 4.55 Fråga var alltså om att fastighetsägaren skulle utföra vissa byggentreprenadarbeten för den upphandlande myndighetens räkning och få betalt för dessa genom avräkning på en avgift som markägaren annars var skyldig att betala.
- 4.56 EU-domstolen fann att det aktuella avtalet utgjorde ett upphandlingspliktigt avtal som avsåg uppförande av en byggentreprenad och att upphandlingskyldighet således uppstått för kommunen.
- 4.57 Det intressanta är emellertid hur EU-domstolen anger att denna upphandlingskyldighet ska fullgöras, även detta i *la Scala*:
 - 99 *Detta konstaterande innebär att de kommunala myndigheterna, varje gång de skall tilldela ett sådant offentligt upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten, är skyldiga att följa de förfaranden som föreskrivs i detta direktiv.*
 - 100 *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.

- 4.58 Som framgår av de understrukna delarna av punkt 100 i EU-domstolens avgörande, ser EU-domstolen två tänkbara sätt att fullgöra den upphandlingsskyldighet som aktualiseras genom markexploateringsavtalet. Antingen kan kommunen själv genomföra en annonserad upphandling av de aktuella byggtreprenadsarbetena, eller så kan kommunen ålägga markexploatören att genomföra en annonserad upphandling av de aktuella byggtreprenadarbetena. Om endera av dessa alternativ sker anses kommunen "följa direktivet vid utförande av ett anläggningsarbete".
- 4.59 Såvitt Domstolsverket kan utröna finns det ingen rättsligt relevant skillnad mellan de metoder för konkurrensutsättning som EU-domstolen förordar i *la Scala* och den metod som Domstolsverket använt i förevarande fall. Domstolsverket har genomfört en annonserad upphandling av byggtreprenadarbetena och sedan överfört det upphandlade kontraktet på Castellum. Det framgår med all önskvärd tydlighet av EU-domstolens uttalande att en sådan metod "garanterar" den "ändamålsenliga verkan av direktivet".
- 4.60 Det ska noteras att EU-domstolen också hade accepterat om avtalet istället hade föreskrivit att markexploatören skulle upphandla de relevanta byggtreprenadarbetena enligt LOU. I så fall hade markexploateringsavtalet betraktats som "en uttrycklig fullmakt från kommunen att uppföra denna anläggning". Det bör understrykas att EU-domstolen uppenbarligen är av uppfattningen att en sådan fullmakt är möjlig att tilldela utan att någon separat upphandlingsskyldighet uppstår för själva markexploateringsavtalet. Istället anses kommunens skyldigheter enligt upphandlingsdirektiven fullgöras genom den upphandling av byggtreprenadarbeten som markexploatören då gör för kommunens räkning.
- 4.61 Det kan konstateras att EU-domstolens rekommendationer är oförenliga med det synsätt som torgförs i Tillsynsbeslutet.
- 4.62 Om Konkurrensverket hade haft att bedöma samma situation som EU-domstolen, så hade kommunen inte kunnat tilldela någon fullmakt att uppföra denna anläggning till markexploatören utan att först annonsera en upphandling av "valet av samarbetspartner" för uppförandet av anläggningen.
- 4.63 Att markexploatören inte bara agerande byggherre och beställare av de aktuella byggtreprenadarbetena, utan dessutom upphandlade dessa, hade Konkurrensverket sett som en upphandlingspliktig projektledningstjänst vilken betalas

av kommunen genom avräkning på statsplaneringsavgiften och därmed ansett det vara fråga om en otillåten direktupphandling. Enligt Konkurrensverkets bedömning hade "den omständigheten att vissa delar inom ramen för Projektet har annonserats i enlighet med LOU" inte föranlett någon annan bedömning.¹⁹

- 4.64 Det är naturligtvis orimligt att en nationell tillsynsmyndighet tolkar upphandlingsrätten på ett sätt som gör att det inte hade varit möjligt att agera på det sätt som EU-domstolen rekommenderar i sin praxis. Domstolsverket utgår ifrån att detta beror på att Konkurrensverket förbisett likheterna mellan den situation som förelåg i *la Scala* och nu aktuell situation.
- 4.65 Under alla omständigheter ger EU-domstolens avgörande i *la Scala* tydligt stöd för att konkurrensutsättning får ske just på det sätt som Domstolsverket gjort.

Det huvudsakliga ändamålet med Transaktionen är hyresförhållandet

- 4.66 Såsom Tillsynsbeslutet får förstås skiljer Konkurrensverket mellan Projektet (vilket består av samtliga transaktioner inom ramen för uppförandet och förhyrningen av den aktuella fastigheten) och Transaktionen (vilken består av Genomförandeavtalet och Hyresavtalet).
- 4.67 Konkurrensverket verkar medge att samtliga tjänster inom ramen för Projektet, förutom de tjänster som Konkurrensverket menar ingår i Transaktionen, har upphandlats genom annonserade förfaranden.
- 4.68 Frågan är därför huruvida de tjänster som omfattas av Transaktionen huvudsakligen är upphandlingspliktiga eller inte.
- 4.69 Konkurrensverket har gjort gällande att Transaktionen innebär att Domstolsverket köper en upphandlingspliktig projektledningstjänst, Tjänsten X. Utöver denna Tjänsten X innebär Transaktionen även en förpliktelse för Castellum att upplåta en viss lokal mot Domstolsverkets erläggande av hyra. Vi kallar denna tjänst för "Hyrestjänsten". Några andra tjänster, upphandlingspliktiga eller ej, ingår inte i Transaktionen.
- 4.70 Frågan är vad som utgör det huvudsakliga ändamålet med Transaktionen. I Tillsynsbeslutet argumenterar Konkurrensverket för att domstolsbyggnaden är föremål för specialanpassningar vilka skulle medföra att fråga inte är om ett hyresavtal utan snarare om en byggentreprenad.²⁰ Domstolsverket behandlar detta närmare i punkterna 4.97 - 4.99 nedan, men det kan redan nu konstateras att eventuella specialanpassningar inte regleras av Genomförandeavtalet eller Hyresavtalet utan istället av de entreprenadavtal som ingåtts med Domstolsverkets upphandlade sidoentreprenörer. De specialanpassningar som Konkurrensverket tar fasta på regleras således inte i Transaktionen.
- 4.71 Utifrån Domstolsverkets perspektiv är det uppenbart att det huvudsakliga ändamålet med det som Konkurrensverket kallar Transaktionen är ingåendet av Hyresavtalet, inte den roll som Castellum intar enligt Genomförandeavtalet, den så kallade Tjänsten X.

¹⁹ Punkt 71 i Tillsynsbeslutet.

²⁰ Punkt 58 i Tillsynsbeslutet.

- 4.72 De åtaganden som framgår av Genomförandeavtalet har ingen som helst betydelse för Domstolsverket annat än att de kan hjälpa till att skapa förutsättningar för Hyresavtalets ingående och säkerställa att samtliga upphandlingspliktiga tjänster och byggentreprenader också konkurrensutsätts enligt LOU, se punkterna 3.30 - 3.43 ovan.
- 4.73 Den funktion som Genomförandeavtalet uppfyller har således inget egenvärde för vare sig Domstolsverket eller Castellum och kan därför svårligen sägas vara Transaktionens huvudsakliga ändamål.
- 4.74 Det kan vidare konstateras att Tjänsten X definieras av Konkurrensverket som en projektledningstjänst, se punkterna 4.26 - 4.27 ovan. Domstolsverket vill hävda att en sådan tjänst, vid en ändamålsanalys, aldrig kan utgöra det huvudsakliga ändamålet med mindre än att den upphandlande myndigheten avser att driva projekt för projektens egens skull. Det behöver knappast påpekas att Domstolsverket inte driver några sådana projekt. Ett annat sätt att uttrycka det är att projektledningstjänster, i den mån de förekommer, alltid är av accessorisk karaktär i förhållande till projektets ändamål, vilket i detta fall är ett hyresförhållande.²¹
- 4.75 Det huvudsakliga ändamålet med Transaktionen är således att uppnå en hyresrelation mellan Domstolsverket och Castellum.
- 4.76 Även om värdet av de respektive tjänsterna inte är ensamt avgörande, så medger också Konkurrensverket att det har viss betydelse för bestämmandet av en transaktions huvudsakliga ändamål.²²
- 4.77 Det kan konstateras att Castellum fått 0 kr betalt för Tjänsten X, medan Castellum under Hyresavtalets löptid kommer att få 303 miljoner kronor betalt som hyra. En värdeanalys av respektive tjänst ger således vid handen att det är hyresförhållandet, snarare än Tjänsten X, som är Transaktionens huvudsakliga ändamål.
- 4.78 Domstolsverket anser inte att Tjänsten X, eller något annat i Transaktionen, medför en förpliktelse för Castellum att utföra ett byggentreprenadarbete.
- 4.79 Det bör dock understrykas att det inte på något sätt är ovanligt att hyresavtal innehåller inslag av rena byggentreprenadsarbeten. I sådana fall är det inte heller ovanligt att ersättningen för dessa specificeras som ett särskilt tillägg på hyran. Förekomsten av åtaganden avseende byggentreprenadarbeten i ett hyresavtal gör emellertid inte automatiskt att ett hyresavtal är att anse som ett byggentreprenadkontrakt utan en huvudsaklighetsbedömning måste likväl göras.
- 4.80 Att så är fallet framgår exempelvis av Konkurrensverkets egen bedömning av de entreprenadarbeten som genomfördes då Konkurrensverket utökade sina tidigare hyreslokaler och lät hyresvärden genomföra entreprenadarbeten för att efterkomma Konkurrensverkets behov. Som framgår av Bilaga 19 (Konkurrensverkets nyhetsbrev, Utökad lokalyta för Konkurrensverket – en upphandlingsfråga?) har Konkurrensverket gjort bedömningen att om kostnaderna för anpassningar efter Konkurrensverkets krav

²¹ Jfr EU-domstolens dom i mål C-412/04, *Kommissionen mot Italien*, punkt 49.

²² Se punkt 30 i Tillsynsbeslutet och däri angiven praxis.

uppgår till mindre än tio procent av den totala hyreskostnaden, så är detta en avgörande indikation på att kontraktets huvudsakliga ändamål är ett hyreskontrakt.

- 4.81 Till skillnad från vad är brukligt på marknaden, och dessutom är fallet i Konkursverkets eget hyresavtal, finns det i Transaktionen inga kostnadstillägg för byggtrepreparationsarbeten eller andra hyresgästpassningar. Det beror på att byggtrepreparationsarbeten och anpassningar istället upphandlats av Domstolsverket i särskild ordning. Det finns inte heller någon koppling mellan kostnaderna för totalrepreparationsarbeten och lokalhyreskostnaden.
- 4.82 Eftersom ingen betalning i Transaktionen erläggs för någon annan tjänst än hyrestjänsten ger såväl en huvudsaklighetsanalys som en värdeanalys vid handen att Transaktionens huvudsakliga ändamål är hyresförhållandet. Även Konkursverket verkar vidgå detta, med den skillnad att verket, genom en särpräglad kombinatorisk användning av begreppen delbart och odelbart kontrakt, anser att hyresförhållandet är ett byggtrepreparationskontrakt, se punkterna 4.3 - 4.18 ovan.

Hyresundantaget är tillämpligt på Transaktionen

- 4.83 Enligt 3 kap. 19 § LOU gäller inte lagen för kontrakt som avser förvärv av fastighet, arrenderätt, hyresrätt, bostadsrätt, tomträtt, servitutsrätt eller någon annan rätt till fastighet. Genom detta undantag, vilket brukar benämnas *hyresundantaget*, har hyreskontrakt uttryckligen undantagits LOU och LOU-direktivets tillämpningsområde.
- 4.84 EU-domstolen har genom ett antal avgöranden kommit att precisera hur ett kontrakt, som innehåller inslag av både lokalhyra och förpliktelser om byggtrepreparationsarbeten, ska klassificeras. Huruvida ett visst kontrakt är undantaget LOU såsom ett hyreskontrakt, eller om det utgör ett byggtrepreparationskontrakt som omfattas av LOU, bestäms helt av EU-rätten.²³
- 4.85 För att ett kontrakt som har inslag av både hyra och byggtrepreparationsarbeten ska anses utgöra ett byggtrepreparationskontrakt, och inte ett hyreskontrakt, måste två förutsättningar vara uppfyllda.
- 4.86 För det första ska kontraktets huvudsakliga syfte vara att uppföra det aktuella byggnadsverket, inte uthyrning av byggnader.²⁴
- 4.87 Det har tidigare rått viss osäkerhet kring hyresundantagets tillämplighet på icke-befintliga byggnader. Efter EU-domstolens avgörande i mål C-537/19, *Wiener Wohnen*, står det emellertid klart att hyresundantaget är, och alltid har varit, tillämpligt på såväl befintliga som icke-befintliga byggnader.²⁵
- 4.88 För det andra ska uppförandet av det planerade byggnadsverket tillgodose de behov som den upphandlande myndigheten har specificerat. Detta beskrevs i *Wiener Wohnen* på följande sätt:

²³ Se bl.a. EU-domstolens dom i mål C-537-19, *Wiener Wohnen*, punkt 40; dom i mål 536-07, *kommissionen mot Tyskland*, punkt 54; mål C-213/13, *Impresa Pizzarotti*, punkt 40; mål C-220/05, *Auroux m.fl.*, punkt 40.

²⁴ Se bl.a. EU-domstolens dom i mål 536-07, *kommissionen mot Tyskland*, punkt 55; och mål C-213/13, *Impresa Pizzarotti*, punkterna 41-42.

²⁵ EU-domstolens dom i mål C-537-19, *Wiener Wohnen*, punkt 48.

- 50 Detta är fallet när den upphandlande myndigheten har vidtagit åtgärder för att definiera byggtreprenadens särdrag eller åtminstone för att utöva ett avgörande inflytande över dess projektering (dom av den 10 juli 2014, *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, punkt 44 och där angiven rättspraxis).
- 51 Så är bland annat fallet 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 (se, för ett liknande resonemang, dom av den 29 oktober 2009, *kommissionen/Tyskland*, C-536/07, EU:C:2009:664, punkt 58).
- 52 Även om storleken på leverantörens ersättning eller frågan hur denna betalning sker slutligen inte är avgörande vid kvalificeringen av det aktuella kontraktet, saknar de inte betydelse (se, för ett liknande resonemang, dom av den 29 oktober 2009, *kommissionen/Tyskland*, C-536/07, EU:C:2009:664, punkterna 60 och 61 samt dom av den 10 juli 2014, *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, punkterna 49–51).
- 53 Vad beträffar den planerade byggnaden kan ett avgörande inflytande över dess projektering fastställas om det kan visas att detta inflytande har utövats över byggnadens arkitektoniska utformning, såsom dess storlek, dess yttre väggar och dess bärande väggar. De krav som avser inredning kan endast anses visa ett avgörande inflytande om de skiljer sig åt på grund av sin specifika karaktär eller omfattning.²⁶
- 4.89 Det är således först när hyresgästens krav går utöver vad som utgör sedvanliga hyresgästanpassningar som ett hyreskontrakt ska betraktas som ett byggtreprenadkontrakt. När eventuella byggtreprenader istället avser sedvanliga hyresgästanpassningar är det däremot fråga om ett hyreskontrakt även om kontraktet avser en icke-befintlig byggnad.
- 4.90 I *Wiener Wohnen* gav EU-domstolen även vägledning om vad som utgör sedvanliga hyresgästanpassningar. Kommissionen hade anfört ett antal omständigheter som, enligt kommissionens uppfattning, gick utöver sedvanliga hyresgästanpassningar och som innebar att det omtvistade kontraktet i dess helhet skulle kvalificeras som ett byggtreprenadkontrakt. Vi redogör för dessa påståenden samt EU-domstolens bemötande nedan.
- 4.91 Den planerade byggnaden hade som utgångspunkt fem våningar. Den upphandlande myndigheten hade en option om att hyra ytterligare tre våningsplan, varvid hyresvärden hade en skyldighet att uppföra de tillkommande våningsplanen 6-8. Hyreskontraktet innehöll även en option om en bro som skulle förbinda byggnadens två flyglar. Den upphandlande myndigheten valde att utnyttja båda

²⁶ EU-domstolens dom i mål C-537-19, *Wiener Wohnen*. Se även EU-domstolens dom i bl.a. mål C-536/07, *kommissionen mot Tyskland*, punkt 58.

dessa optioner. EU-domstolen fann att dessa optioner rätteligen skulle betraktas som valmöjligheter att hyra ytterligare utrymmen. Projekteringen av de tillkommande våningsplanen avsåg inte att täcka ett behov hos den upphandlande myndigheten, eftersom hyresvärden hade projekterat de extra våningsplanen redan innan parterna började förhandla hyresavtalet.²⁷

4.92 EU-domstolen uttalade vidare:

74 *Vad beträffar avsaknaden av bygglov vid ingåendet av hyreskontraktet ska det påpekas att enligt en allmän kommersiell praxis hyrs stora arkitektoniska projekt ut långt innan de detaljerade byggplanerna har färdigställts, vilket innebär att platsens ägare eller byggherren endast inleder det formella förfarandet för att erhålla bygglov när vederbörande förfogar över åtaganden från framtida hyresgäster för en betydande del av den planerade byggnadens ytor. [...] I enlighet med praxis och sedvänja på marknaden är ett fullständigt arkitektoniskt projekt inte en förutsättning för att potentiella hyresgäster ska göra åtaganden. Ett utövande av ett avgörande inflytande över det aktuella byggnadsverkets projektering kan inte heller följa av att det saknas ett sådant fullständigt arkitektoniskt projekt.*

[...]

78 *Vad beträffar kommissionens argument att [den upphandlande myndigheten] uppdrog åt SET Bauprojektierung, som specialiserat sig på att utarbeta byggprojekt, att utöva en uppföljande kontroll av byggprojektets specifika genomförande och att [den upphandlande myndigheten] 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 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.*

79 *Genom en sådan uppföljande kontroll utövade [den upphandlande myndigheten] inte heller något avgörande inflytande över projekteringen av [den planerade byggnaden].*

²⁷ EU-domstolens dom i mål C-537-19, Wiener Wohnen, punkt 71.

4.93 Kommissionen påstod även att det planerade byggnadsverket hade getts en alltför specifik karaktär. I detta avseende pekade kommissionen på fyra olika omständigheter:

88 [...] "samtliga hissar går från källarvåningen (garage) till den våning som varje gång är den högsta", "arbetet utförs i enlighet med riktlinjerna för certifieringssystemet ÖGNI – nivå guld", "[g]olvet [är] upphöjt med en genomsnittlig brutt höjd på cirka 10 cm, och en bärkraft på 5 kN/m²" och "nedkylning säkerställs huvudsakligen genom termoaktiva takdelar med ytor som övertäckts eller övermållats med en dispersionsfärg".

4.94 EU-domstolen svarade:

89 Kommissionen har [...] inte förklarat på vilket sätt kravet att alla hissar ska gå mellan samtliga nivåer, inklusive till den högsta våningen, utgör ett ovanligt krav. Eftersom en sådan specifikation följer av en lagstadgad skyldighet [...] kan den inte anses ge uttryck för att [den upphandlande myndigheten] har utövat ett avgörande inflytande över projekteringen av byggnaden.

90 På samma sätt är det vanligt förekommande att förutse ett upphöjt golv i kontorsbyggnader, bland annat för att säkerställa modulsystem för inredning. Vad beträffar golvet genomsnittliga brutt höjd och golvet bärkraft, har kommissionen inte heller förklarat på vilket sätt de angivna specifikationerna är ovanliga. Detsamma gäller kravet att nedkylningen av [den planerade byggnaden] huvudsakligen ska säkerställas genom termoaktiva takdelar.

91 Såvitt avser "certifieringssystemet ÖGNI – nivå guld" har kommissionen i samband med sin analys av handlingen "Beskrivning av byggnaden och dess utrustning" påpekat att det i inledningen till denna handling anges att "[d]et av hyresvärderna och hyresgästen angivna syftet att erhålla intyget 'ÖGNI – GOLD Green Building' ska anses vara överenskommet och utgör ett ovillkorligt krav för utförandet vid planeringen och uppförandet". Kommissionen har därefter hävdat att Republikens Österrikes argument, att denna certifiering redan från början omfattades av hyresvärdens avsikt och inte utgjorde ett krav från [den upphandlande myndigheten], är felaktigt. Det ska härvidlag påpekas att det redan i [en analys som genomfördes innan hyresförhandlingarna inleddes], som sammanställts av en fastighetsexpert, anges att certifieringen "ÖGNI – nivå guld" förutses för [den planerade byggnaden].

92 Det kan följaktligen antas att projekteringen av [den planerade byggnaden] i enlighet med de krav som följer av denna certifiering inte är resultatet av ett avgörande inflytande som utövats av [den upphandlande myndigheten], utan av ett eget initiativ av hyresvärderna, vilket [...] togs innan förhandlingarna med [den

upphandlande myndigheten] inleddes. Vidare har kommissionen i sina skrivelser inte angett skälen till varför detta intyg inte heller utfärdats i hyresvärdens intresse. Det är emellertid uppenbart att erhållandet av ett sådant intyg stärker den aktuella fastighetens värde.

- 93 Vissa av de inslag som nämns i de handlingar som rubricerats "Beskrivning av byggnaden och dess utrustning" och "Komplettering till beskrivningen av byggnaden och dess utrustning" ska förstås mot bakgrund av [den upphandlande myndighetens] avsikt att under en lång period förfoga över en plats som omfattar samtliga dess tjänster. Kravet på eldistributionens storlek, för att det ska sparas ett utrymme på 25 procent för varje framtida utvidgning, förefaller således inte vara ett krav som går längre än de krav som en hyresgäst vanligtvis ställer på en sådan byggnad som [den planerade byggnaden].
- 4.95 Alldeles oavsett om Genomförandeavtalet och Hyresavtalet ska ses som en helhet eller ej, se punkterna 4.3 - 4.18 ovan, är Domstolsverkets inställning att det huvudsakliga ändamålet med dessa avtal att reglera Domstolsverkets hyresrätt till fastighet.
- 4.96 Som framgår av EU-domstolens dom i *Wiener Wohnen* kan undantaget för hyresrätt tillämpas på byggnader som vid tillfället för hyresavtalets tecknande inte är befintliga, se punkt 4.87 ovan. Den upphandlande myndigheten kan däremot inte göra gällande undantaget när uppförandet av det planerade byggnadsverket utgör ett offentligt entreprenadkontrakt om uppförandet tillgodoser de behov som den upphandlande myndigheten har specificerat, se punkt 4.88 ovan. Som domstolen fortsatt förklarar är så fallet 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, se punkt 4.89 ovan.
- 4.97 Domstolsverket menar att verket inte har gått utöver vad som är sedvanliga hyresgäst Anpassningar för en sådan byggnad som det aktuella byggnadsverket.
- 4.98 Konkurrensverket menar å sin sida att Domstolsverket har gått utanför denna gräns för hyresundantagets tillämplighet. Konkurrensverkets bevisning för detta påstående – ett påstående som är helt avgörande för Konkurrensverkets beslut om att Domstolsverket gjort sig skyldig till en otillåten direktupphandling – framgår av följande punkt 58 i Tillsynsbeslutet; någon annan bevisning har inte anförts:

[1] Den aktuella domstolsbyggnaden är en specialbyggnad med ett särskilt samhällsnyttigt ändamål. **[2]** Byggnaden ska användas för domstolsverksamhet och dess användning som domstolsbyggnad ställer stora krav på säkerhet, brandskydd och logistik. **[3]** En sådan byggnad kan inte jämföras med vanliga kontorslokaler där det finns flera potentiella hyresgäster. **[4]** Den aktuella domstolsbyggnaden är uppförd särskilt för Domstolsverket. **[5]** Det är alltså inte fråga om uppförande av byggnader som vem som helst kan tänkas hyra. **[6]** I ett pressmeddelande från Domstolsverket, Göta Hovrätt och Kammarrätten i Jönköping framgår att domstolsbyggnaden bland annat ska tillgodose behovet av fler och bättre förhandlingssalar med ökad säkerhet.

Det understryker ytterligare att det inte är frågan om sedvanliga kontorslokaler. [7] Det kan även tilläggas att någon ändring av byggnaden arkitektoniska utformning inte har ansetts vara möjlig på grund av de krav som ställs på en domstolsbyggnad. [8] Domstolsverket har dessutom - i egenskap av jurymedlem i arkitekttävlingen – godkänt det vinnande förslaget och därmed haft inflytande över utformningen av byggnaden. Enligt EU-domstolen kan ett avgörande inflytande fastställas om det kan visas att detta inflytande har utövats över byggnadens arkitektoniska utformning.

(numrering tillagd)

4.99 Om man bryter ned vad Konkursverket anför, kan man snart konstatera att samtliga Konkursverkets påståenden antingen helt saknar stöd i bevisning eller har ett mycket svagt stöd i bevisning. För att visa detta går vi nedan igenom vad Konkursverket anför, mening för mening, i enlighet med den numrering vi angett ovan.

[1] Det stämmer naturligtvis att domstolsverksamhet har ett särskilt samhällsnyttigt ändamål. Det är förhoppningsvis sant för all offentlig verksamhet. Konkursverket har dock inte fört någon bevisning om hur detta ändamål medfört specifikationer som går utöver sedvanliga hyresgästpassningar.

[2] Konkursverkets bevisning för att den aktuella byggnaden ställer stora krav på säkerhet, brandskydd och logistik förefaller vara en samrådshandling upprättad av Jönköpings kommun 2018.²⁸ Det är, med andra ord, inget avtalsdokument, och det framgår inte heller av samrådshandlingen vilka krav som avses med detta svepande påstående. Handlingen visar inte, ens med lägsta möjliga tänkbara beviskrav, att fråga är om specifikationer som Domstolsverket uppställt och som går utöver sedvanliga hyresgästpassningar. Konkursverket styrker sitt påstående i denna del även med en artikel från e-tidsskriften Byggfakta Nyheter. I den korta nyhetsnotisen finns ett citat från Susanne Järpehult, projektledare på fastighetsavdelningen vid Domstolsverket. Domstolsverket kan dock notera att citatet och artikeln i sin helhet avser en annan domstolsbyggnad än den här aktuella.

[3] Konkursverkets påstående om att byggnaden inte skulle kunna ha andra potentiella hyresgäster är ostyrkt. Som tidigare påpekats rör det sig om en helt vanlig kontorsbyggnad i sex våningar där de nedersta två våningarna har en något förhöjd takhöjd. Byggnaden ligger mitt i centrala Jönköping. Domstolsverkets uppfattning är att en sådan byggnad har många potentiella hyresgäster. Konkursverket har inte fört någon bevisning kring förhållandena på fastighetsmarknaden i Jönköping till stöd för motsatt uppfattning.

[4] Det stämmer att Domstolsverket är den första hyresgästen i byggnaden. Så är emellertid alltid fallet när ett hyresavtal tecknas avseende en icke-befintlig byggnad. Konkursverket har inte visat att Domstolsverkets krav går utöver de krav som en första hyresgäst sedanligen ställer för en sådan byggnad som den aktuella

²⁸ Punkt 58 i Tillsynsbeslutet jämförd med Bilaga 20 (Utdrag ur Jönköpings kommuns granskningshandling avseende detaljplan för kontorsbyggnad på del av Götaland 5 m.fl.).

byggnaden. Det kan konstateras att även EU-domstolens bedömning i *Wiener Wohnen* rörde en sådan byggnad.

[5] Konkurrensverket anför att det inte är "*fråga om uppförande av byggnader som vem som helst kan tänkas hyra*". Det är oklart vilken rättslig relevans Konkurrensverket anser att detta påstående har eller ens vad som avses med påståendet. Oavsett har ingen bevisning förts till styrkande av påståendet.

[6] Konkurrensverket hänvisar till ett pressmeddelande om domstolsbyggnaden.²⁹ Pressmeddelande beskriver hur de aktuella domstolsverksamheterna avser att använda de lokaler som hyrs. Detta bevisar emellertid inte att verksamheterna har haft längre gående specifikationer än vad som är sedvanligt för en sådan byggnad som den aktuella utan endast att den nya lokalen passar domstolarnas behov. Anpassningar hänförliga till säkerhetshänsyn sker dessutom, som tidigare påpekats, i en särskild konkurrensutsatt sidoentreprenad som Castellum inte har varit involverad i.

[7] Den bevisning som Konkurrensverket anför till stöd för sitt påstående att byggnadens arkitektoniska utformning inte kan ändras på grund av de krav som ställs på en domstolsbyggnad är två meningar i en antagandehandling upprättad av Jönköpings kommun.³⁰ Domstolsverket vet inte vad som ligger bakom den åsikt som framförs i handlingen, eller vems åsikten är. Det kan dock konstateras att handlingen inte utgör avtalsinnehåll, inte har upprättats av parterna och inte heller ger uttryck för att Domstolsverket skulle ha lämnat några specifikationer som går utöver vad som är sedvanligt för den aktuella typen av byggnad.

[8] Det stämmer att Domstolsverket deltog i en arkitekttävling. Det skedde emellertid på Castellums och/eller Jönköpings kommuns initiativ och långt innan någon avtalsrelation fanns mellan Domstolsverket och Castellum. Domstolsverket har inga anteckningar om att Domstolsverket framförde några synpunkter i samband med tävlingen. Sådana synpunkter, om de överhuvudtaget framfördes, hade under alla omständigheter inte varit bindande vare sig för Castellum, för arkitektfirman eller för Domstolsverket. Domstolsverket har inget intryck av att Domstolsverket i samband med arkitekttävlingen utövade något inflytande över byggnaden överhuvudtaget, än mindre ett inflytande som går utöver vad som är sedvanligt för en potentiell hyresgäst som presenteras med en byggnad som en exploatör avser uppföra eller i samband med framtagande av en layout vid ingående av ett hyreskontrakt i en befintlig byggnad, se punkterna 3.21 - 3.28 ovan. Konkurrensverket synes inte heller ha framfört någon bevisning med ett sådant innehåll.

4.100 De åtta punkterna ovan är summan av Konkurrensverkets bevisning för påståendet om att Domstolsverket påverkat byggnadens utformning på ett sätt som går utöver vad som är sedvanligt för en hyresgäst vad avser en sådan byggnad som den aktuella byggnaden. Bevisningen får beskrivas som påfallande svag. Gemensamt för all Konkurrensverkets bevisning är att den inte utgör avtalsinnehåll och är tagen ur sitt sammanhang. I ett fall rör den rent utav en helt annan byggnad. Konkurrensverket

²⁹ Punkt 58 i Tillsynsbeslutet jämförd med Bilaga 21 (Pressmeddelande av den 26 juni 2020 från Domstolsverket m.fl., Klartecken för ny domstolsbyggnad i Jönköping).

³⁰ Punkt 58 i Tillsynsbeslutet jämförd med Bilaga 22 (Utdrag ur Jönköpings kommuns antagandehandling avseende detaljplan för kontor och centrumverksamhet på del av fastighet Götaland 5 m.fl.).

kan inte anses ha uppfyllt bevisbördan för sitt påstående ens om denna bevisbörda ställs på lägsta tänkbara nivå.³¹

- 4.101 Domstolsverket å sin sida menar att det eventuella inflytande Domstolsverket har haft över den aktuella byggnaden är sedvanligt för en första hyresgäst i en nybyggd kontorsbyggnad.
- 4.102 Det bör i detta sammanhang framhållas att den roll som Castellum tar enligt Genomförandeavtalet och som Konkurrensverket benämner "projektledningstjänster", det vill säga Tjänsten X, inte är ovanlig för ett hyresavtal. Det är tvärtom standard att hyresvärden och hyresgästen avtalar om en särskild organisation och en särskild ansvarsfördelning för samverkan för projektering- och produktionsskedet av en lokal.
- 4.103 Till styrkande av detta påstående bifogar Domstolsverket bilaga 4:2 (*Projektsamverkan för projektering- och produktionsskedet av lokal*) till Konkurrensverkets nuvarande hyresavtal.³² Som kan konstateras innehåller denna bilaga i allt väsentligt samma regleringar som Genomförandeavtalet med den centrala skillnaden att Konkurrensverkets avtal saknar regleringar om att upphandlingspliktiga tjänster och byggtreprenader ska upphandlas genom ett annonserat förfarande enligt LOU.
- 4.104 För det fall Konkurrensverket menar att även Konkurrensverkets egna hyresavtal utgör ett upphandlingspliktigt entreprenadkontrakt, får Konkurrensverket gärna tydliggöra denna position och förklara varför verket tidigare argumenterat för det motsatta. Domstolsverket vill emellertid framhålla att så gott som alla hyresavtal som innefattar någon form av hyresgästanpassning innehåller motsvarande reglering. Domstolsverkets inställning är därför att Domstolsverkets inflytande över den aktuella byggnaden har varit sedvanlig och att hyresundantaget därför äger tillämpning. Detsamma gäller sannolikt även för Konkurrensverkets inflytande över sina hyreslokaler.
- 4.105 Med detta sagt kan dock konstateras att samtliga byggtreprenadarbeten och projekteringstjänster, vilka har anknytning till Hyresavtalet, har konkurrensutsatts i särskild ordning och att Domstolsverket därför, även om Domstolsverkets inflytande skulle anses osedvanligt, har fullgjort LOU:s ändamålsenliga verkan vad avser dessa.³³ Hyresundantaget är således under alla omständigheter tillämpligt på Transaktionen.

Tillsynsbeslutet gör det osäkert när ett avtal om köp ska anses uppstå

- 4.106 Tillsynsbeslutet synes innebära att en samverkan mellan två parter alltid ska anses utgöra ett köp om den vid ett senare tillfälle utmynnar i något som kan definieras som en vara, tjänst eller byggtreprenad. Detta oavsett om någon ersättning utgår för själva samverkan eller ej.

³¹ Vad avser tillsynsmyndighets bevisbörda för påstående om överträdelse av det upphandlingsrättsliga regelverket, se EU-domstolens dom i mål C-306/08, kommissionen mot Spanien, punkterna 94-98, samt Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 1304-20. Se även punkt 4.94 ovan.

³² Se Bilaga 23 (Bilaga 4:2 till Konkurrensverkets hyresavtal för Konkurrensverkets nuvarande lokaler).

³³ Se EU-domstolens dom i mål C-399/98, *la Scala*, punkt 100.

- 4.107 Konkurrensverket gör också gällande att redan den omständighet att någon representant för Domstolsverket medverkade i juryn i en arkitektävling ska innebära att Domstolsverket ska anses ha utformat en byggnad som Domstolsverket först flera år senare tecknade hyresavtal om.³⁴
- 4.108 Dessa två omständigheter gör sammantaget att det blir mycket svårt för Domstolsverket att föra dialog med fastighetsägare på marknaden. Hur ska Domstolsverket kunna bedöma om en viss samverkan, som exempelvis sker för att sondera vilka lokaler och potentiella lokaler som finns på marknaden, i efterhand kommer att anses utgöra en upphandlingspliktig tjänst som Domstolsverket borde ha upphandlat? Hur ska Domstolsverket kunna bedöma om Domstolsverkets deltagande i en presentation av potentiella nybyggnationer som en markexploatör håller, några år senare kommer att anses ha varit ett sätt för Domstolsverket att specificera en byggentreprenad?
- 4.109 Härutöver är det osäkert vid vilket tillfälle som Konkurrensverket anser att direktupphandlingen har skett. I Tillsynsbeslutet anger Konkurrensverket att Domstolsverket bröt mot LOU i och med tecknandet av Genomförandeavtalet:

Domstolsverket har agerat i strid med 10 kap. 1 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, (LOU), genom att den 23 december 2019 [datumet då Genomförandeavtalet tecknades, vår anm.] ingå ett samarbete med Castellum City Förvaltning AB avseende projektering och uppförande av en ny domstolsbyggnad i Jönköping [...].³⁵

- 4.110 Samtidigt anger Konkurrensverket att Domstolsverket bröt mot LOU i och med tecknandet av Hyresavtalet:

Genom att inte konkurrensutsätta valet av samarbetspartner inför projektet att uppföra en ny domstolsbyggnad och därefter teckna hyresavtal med samma leverantör (nedan Castellum), har Domstolsverket brutit mot LOU:s annonseringsplikt i 10 kap. LOU.³⁶

(understrykning tillagd)

- 4.111 Det ska nämnas att under utredningens gång var Konkurrensverket av uppfattningen att den påstådda överträdelsen av LOU ägde rum först i och med tecknandet av Hyresavtalet.³⁷
- 4.112 De beteenden som Konkurrensverket slår ned på i Tillsynsbeslutet är mycket vanliga på fastighetsmarknaden och det vore olyckligt om varje möte eller projekt som Domstolsverket inleder med en fastighetsägare riskerar att leda till att ett köp spontant har uppstått trots att Domstolsverket, vilket Konkurrensverket också tillstår, har haft varje avsikt att konkurrensutsätta samtliga anskaffningar.

³⁴ Punkt 58 i Tillsynsbeslutet.

³⁵ Sida 1 i Tillsynsbeslutet.

³⁶ Punkt 1 i Tillsynsbeslutet.

³⁷ Punkt 61-62 i Bilaga 24 (Konkurrensverkets sammanfattande skrivelse av den 9 juni 2021 till Domstolsverket).

- 4.113 Domstolsverket arbetar utifrån principen att ett köp förutsätter att myndigheten betalar för en viss tjänst, vara eller byggtreprenad och att Domstolsverket inte kan anses påverka en byggnads utformning på ett rättsligt åberopbart sätt med mindre än att Domstolsverket faktiskt vidtagit en rättshandling som skapar någon form av skyldighet för leverantören att efterkomma Domstolsverkets önskemål. Detta har varit en fungerande ordning som säkerställer att konkurrensutsättning sker enligt LOU samtidigt som det är möjligt att föra prekontraktuella dialoger med fastighetsägare.
- 4.114 Domstolsverket har mycket svårt att överblicka konsekvenserna av om Domstolsverket, och andra myndigheter för den delen, skulle fräntas dessa möjligheter och tvingas upphandla varje form av samverkan med företag, alldeles oavsett om fråga är om ett upphandlingspliktigt köp eller inte. Detta bara för att undvika att Konkurrensverket i efterhand anser samverkan utgöra ett led i något större framtida projekt som resulterat i en byggtreprenad, vara eller tjänst, hur odefinierad eller perifer denna tjänst än må vara.
- 4.115 Sveriges Kommuner och Regioner beskriver den metod som Domstolsverket tillämpar på följande sätt:

Upphandling av byggtreprenad på annans fastighet innebär att UM initialt ingår ett hyreskontrakt med en utsedd hyresvärd. UM blir därmed hyresgäst enligt hyreskontraktet. Hyreskontraktet är undantaget upphandlingsplikt förutsatt att kontraktet enbart innehåller moment av hyra. UM upphandlar sedan de önskade byggtreprenadarbetena för hyresvärdens räkning, tilldelar ett kontrakt och ingår ett från hyreskontraktet åtskilt separat byggtreprenadkontrakt. När upphandlingen är slutförd överläts byggtreprenadkontraktet till hyresvärden. Hyresvärden tar sedan på sig beställarrollen och blir byggherre under byggtreprenadens genomförande. Hyreskontraktet är undantaget LOU och UM kan därför fritt välja hyresvärd utan ett annonserat upphandlingsförfarande. Valet av hyresvärd kan ske utifrån var en lämplig fastighet eller lokal finns tillgänglig för exempelvis om- eller tillbyggnad eller uppförande. Hyreskontraktet kan förhandlas fritt utan beaktande av LOU:s förfaranderegler vid annonserad upphandling.³⁸

- 4.116 I tidigare korrespondens med Domstolsverket har Konkurrensverket beskrivit det förhållandet att Sveriges Kommuner och Regioner således har uppgett att modellen är juridiskt möjligt som en "förmildrande omständighet", vilken föranlett att den tänkta upphandlingsskadeavgiften enligt Konkurrensverkets mening kunde sättas ned till 5 000 000 kr.³⁹
- 4.117 Domstolsverket kan emellertid inte skilja sig från intrycket att det förhållandet att såväl Domstolsverket, Sveriges Kommuner och Regioner som EU-domstolen i *la Scala* samtliga förespråkar denna modell, snarare är ett tecken på att modellen är tillåten och därmed oförtjänt av Konkurrensverkets kritik. Motsatt modell, att varje hyresavtal måste föregås av ett annonserat förfarande enligt LOU vore dessutom, som vi nedan

³⁸ Sveriges Kommuner och Regioner, *Byggtreprenad på annans fastighet*, 2021, ISBN 978-91-7585-864-7.

³⁹ Punkt 58-59 i Bilaga 24 (Konkurrensverkets sammanfattande skrivelse av den 9 juni 2021 till Domstolsverket).

kommer visa, förödande för konkurrensutsättningen av byggentreprenadarbeten och skulle därmed tydligt underminera LOU:s och LOU-direktivets ändamål.

4.118 En sådan modell riskerar också att avhålla myndigheter från att överhuvudtaget ta kontakt med det privata näringslivet. Om en sådan utveckling ska undvikas måste det vara helt tydligt när och hur ett upphandlingspliktigt köp uppstår. Tillsynsbeslutet bidrar inte till en sådan tydlighet utan ger istället bilden av att ett upphandlingspliktigt köp är en rättsfigur som saknar skarpa konturer och som kan uppstå i en relation mellan två parter mot dessa parter vilja och utan att parterna ens är medvetna om att så har skett.

Hyresvärdsupphandling

4.119 I Tillsynsbeslutet nämner Konkurrensverket så kallad hyresvärdsupphandling som ett tänkbart tillvägagångssätt för upphandlande myndigheter att tillgodose sitt behov av hyreslokaler.⁴⁰

4.120 Konkurrensverket verkar vara av uppfattningen att hyresvärdsupphandlingar leder till en ökad konkurrens och/eller bättre villkor för den upphandlande myndigheten:

Genom att inte annonsera det uppdrag som Castellum tilldelats genom Transaktionen (t.ex. genom en s.k. hyresvärdsupphandling där Hyresavtalet och samtliga upphandlingspliktiga anskaffningar inom ramen för Projektet kunde ha omfattats), har således inga andra leverantörer fått möjlighet att konkurrera om upphandlingen och erbjuda t.ex. bättre villkor eller lägre total "hyra".⁴¹

4.121 Så är emellertid inte fallet. Även om hyresvärdsupphandlingar kan vara ett alternativ under vissa särskilda omständigheter är de som absoluta huvudregel ett väsentligen sämre alternativ ur en konkurrensutsättningsynpunkt än den typ av konkurrensutsättning som Domstolsverket har använt i nu aktuellt fall, och som Domstolsverket vanligen använder.

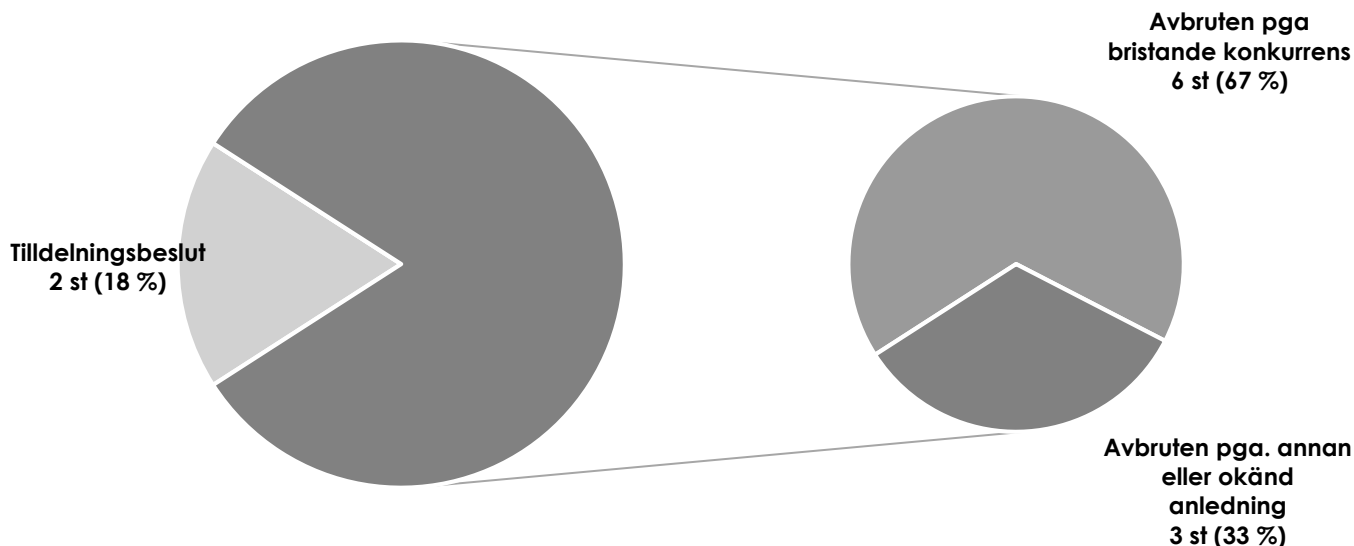
4.122 För att bevisa detta påstående har Domstolsverket gått igenom samtliga hyresvärdsupphandlingar som annonserats i Sverige de senaste tre åren. Under åren 2019-2021 annonserades tolv hyresvärdsupphandlingar, varav elva har avslutats.⁴² Av dessa elva upphandlingar avbröts nio, medan endast två faktiskt ledde till ett

⁴⁰ Punkt 70 och 75 i Tillsynsbeslutet.

⁴¹ Punkt 70 i Tillsynsbeslutet.

⁴² Baserat på Merzell Commerce AB:s databas över samtliga publicerade upphandlingar mellan 2019-01-01 och 2021-12-31, sökord "hyresvärd", per den 18 januari 2022. Notera att antalet träffar är desto fler; Domstolsverkets sammanställning avser endast de upphandlingar som, baserat på de uppgifter som är tillgängliga via publika källor, faktiskt är hyresvärdsupphandlingar. I vissa fall har det varit nödvändigt att tillskriva respektive upphandlande myndighet för att få de exakta detaljerna kring upphandlingarna.

tilldelningsbeslut.⁴³ Av de nio upphandlingar som avbröts har i vart fall sex avbrutits på grund av bristande konkurrens.⁴⁴



4.123 Under de tre senaste kalenderåren har alltså fler än hälften av samtliga annonserade hyresvärdsupphandlingar behövt avbrytas på grund av bristande konkurrens. De upphandlande myndigheterna har helt enkelt inte fått in några anbud.

4.124 Detta beror sannolikt på att hyresvärdsupphandlingar typiskt sett gynnar ett fåtal leverantörer, nämligen de leverantörer som har möjlighet att åta sig samtliga uppdrag som ingår i en hyresvärdsupphandling och som dessutom har tillgång till fast egendom inom det aktuella geografiska området. En hyresvärdsupphandling innefattar förvärv (eller tidigare ägande) av fastighet, projektering och upprättande av bygghandlingar, utförande av byggtreprenadarbeten och att inta rollen som hyresvärd. Den absoluta majoriteten av leverantörer i branschen, särskilt små- och medelstora leverantörer, har endast möjlighet att åta sig en viss aspekt av ett sådant uppdrag.

⁴³ Avbrutna upphandlingar: Höganäs kommuns upphandling "Blockförhyrning av servicebostäder-19", Höganäs kommuns upphandling "Uppförande och drift av nytt särskilt boende i Höganäs kommun" (upphandlingen avbröts, gjordes om, avbröts igen, och räknas därför två gånger); Tranemo kommuns upphandling "Hyresvärd till vård- och omsorgsboende samt förskola, Solbacken, Tranemo"; Mörbylånga kommuns upphandling "Upphandling av hyreskontrakt för 7-9 skola i Färjestaden, Mörbylånga kommun"; Malmö universitets upphandling "Hyresvärd av andrahandsuthyrning av studentbostäder"; Lunds universitets upphandling "Hyresavtal för datorhall"; Kalmar kommuns upphandling "Särskilt boende Lindsdal II"; samt Åtvidabergs kommuns upphandling "Lokalhyra för gruppboende". Upphandlingar som lett till kontraktstecknande: Region Örebro läns upphandling "Förhandlat förfarande avseende nya lokaler till Folk tandvården i Karlskoga"; samt Västra Götalandsregionens upphandling "Västfastigheter- Hälsans hus Södra Ryd Skövde".

⁴⁴ Följande upphandlingar avbröts på grund av annan eller okänd anledning: Kalmar kommuns upphandling "Särskilt boende Lindsdal II"; samt Höganäs kommuns upphandling "Uppförande och drift av nytt särskilt boende i Höganäs kommun" (både den första och andra upphandlingen). Övriga avbröts på grund av bristande konkurrens.

4.125 Denna problematik har även uppmärksammats av Sveriges Kommuner och Regioner som understryker att hyresvårdsupphandling ofta innebär en begränsning av konkurrensen för byggtreprenadarbeten:

En risk som bör belysas vid hyresvårdsupphandling är att själva byggtreprenaden inte fullt ut konkurrensutsätts bland samtliga intresserade byggtreprenörer på marknaden. Då hyresåtagandet och byggtreprenaden paketeras tillsammans konkurrensutsätts byggtreprenaderna endast bland de leverantörer som innehar eller kan köpa en fastighet inom det geografiska området eller som är underleverantörer till någon som har eller kan köpa en sådan fastighet. Konkurrensen begränsas genom att endast hyresvärdar som har tillgång till eller möjlighet att förvärva en fastighet och resurser att genomföra en byggtreprenad kan tilldelas kontrakt i upphandlingen.⁴⁵

4.126 Det ska också tilläggas att det inte finns någon etablerad marknad för denna typ av uppdrag. De aktörer som deltar, om någon deltar överhuvudtaget, är således oftast samma byggtreprenörer som deltar i den typ av totalentreprenadupphandling som Domstolsverket normalt använder. Skillnaden är dock att konkurrenssituationen blir väsentligen sämre eftersom varje byggbolag måste förvärva en fastighet för att få delta, en verksamhet som ligger utanför deras kärnkompetens.

4.127 Ett annat sätt att uttrycka det är att hyresvårdsupphandling, i den mån den genererar anbud överhuvudtaget, ofta leder till att byggbolag tvingas låtsas vara fastighetsbolag eller att fastighetsbolag tvingas låtsas vara byggbolag för att kunna lämna anbud. Detta leder ofta till sämre konkurrens, sämre kompetens och högre priser.

4.128 Genom att tilldela separata kontrakt för de olika delarna av Projektet har Domstolsverket möjliggjort för fler leverantörer, inklusive små- och medelstora, att konkurrera om de upphandlingspliktiga byggtreprenadarbeten och tjänster som förekommit inom ramen för Projektet. Det kan exempelvis nämnas att Domstolsverket fick in 4 anbud i upphandlingen av totalentreprenaden. Detta ska jämföras med att det i snitt inkommer 1,75 anbud vid en hyresvårdsupphandling.⁴⁶

⁴⁵ Sveriges Kommuner och Regioners skrift *Gäller LOU vid av lokal?*, 2019, ISBN 978-91-7585-737-4, sida 28.

⁴⁶ Observera att detta snitt inte är representativt, eftersom det påverkas av att en av upphandlingarna hade ett ovanligt högt antal anbud. Fördelningen av giltiga anbud i de elva upphandlingarna är som följer. Höganäs kommuns upphandling "Blockförhyring av servicebostäder-19" 0 anbud; Höganäs kommuns upphandling "Uppförande och drift av nytt särskilt boende i Höganäs kommun" (upphandlingen avbröts, gjordes om, avbröts igen) okänt antal anbud; Tranemo kommuns upphandling "Hyresvärd till vård- och omsorgsboende samt förskola, Solbacken, Tranemo" 1 anbud; Mörbylånga kommuns upphandling "Upphandling av hyreskontrakt för 7-9 skola i Färjestaden, Mörbylånga kommun" 1 anbud; Malmö universitets upphandling "Hyresvärd av andrahandsuthyrning av studentbostäder" 0 anbud; Lunds universitets upphandling "Hyresavtal för datorhall" 0 anbud; Kalmar kommuns upphandling "Särskilt boende Lindsdal II" okänt antal anbud; Åtvidabergs kommuns upphandling "Lokalhyra för gruppboende" 0 anbud; Region Örebro läns upphandling "Förhandlat förfarande avseende nya lokaler till Folkvandvården i Karlskoga" 2 anbud; samt Västra Götalandsregionens upphandling "Västfastigheter- Hälsans hus Södra Ryd Skövde" 10 anbud. Snittet är beräknat som [antalet inkomna anbud i de upphandlingar där antalet anbud är känt] / [antalet upphandlingar där antalet anbud är känt].

- 4.129 Det bör även påpekas att lagstiftaren uppmuntrar upphandlande myndigheter att dela upp upphandlingar på just det sätt som Domstolsverket gjort.
- 4.130 Av 4 kap. 14 § LOU framgår att en upphandlande myndighet som beslutar att inte tilldela ett kontrakt i separata delar, ska ange skälen för detta. Övervägandena bakom denna reglering framgår av skäl 78 till LOU-direktivet:

Den offentliga upphandlingen bör anpassas till de små och medelstora företagens behov. [...] I detta syfte och för att stärka konkurrensen bör de upphandlande myndigheterna i synnerhet uppmuntras att dela upp större kontrakt i delar. En sådan uppdelning kan göras på kvantitativ basis, så att storleken på de enskilda kontrakten bättre överensstämmer med de små och medelstora företagens kapacitet, eller på kvalitativ basis, beroende på de olika berörda verksamhetsgrenarna och specialiseringarna, så att innehållet i de enskilda kontrakten närmare anpassas till de specialiserade sektorer där de små och medelstora företagen är verksamma eller till olika därpå följande projektfaser.

(understrykning tillagd)

- 4.131 Det är således tydligt att lagstiftaren har gjort samma överväganden som Domstolsverket kring hur konkurrens bäst tillvaratas.
- 4.132 Sammanfattningsvis är det Domstolsverkets uppfattning att hyresvärdsupphandlingar dels ofta leder till minskad konkurrens, dels går tvärtemot lagstiftarens intention om att kontrakt i möjligaste mån ska delas upp för att ge bättre förutsättningar för konkurrens, särskilt med hänsyn till små- och medelstora företag.
- 4.133 Det är därför svårt att förstå varför Konkurrensverket, vars uppdrag är att skapa välfärd genom väl fungerande marknader, förespråkar hyresvärdsupphandlingar som enda alternativ vid projekt såsom det här aktuella. Det är ännu svårare att förstå varför Konkurrensverket påstår att hyresvärdsupphandlingar skulle vara mer i linje med upphandlingslagstiftningens syfte än det förfarande som Domstolsverket tillämpat.⁴⁷
- 4.134 Till detta kommer att upphandlande myndigheters behov många gånger blir bättre tillgodosedda genom det förfarande som Domstolsverket har tillämpat. Det är svårt att se vilket värde det medför att en upphandlande myndighet tvingas annonsera en hyresvärdsupphandling för syns skull, enbart för att därefter behöva avbryta upphandlingen på grund av bristande konkurrens. Det finns också en betydande risk för att en hyresvärdsupphandling resulterar i ett enda anbud, nämligen från den enda fastighetsägare som råkar ha en lämplig fastighet för behovet. Om så sker, vilket på de flesta orter är ett mycket sannolikt scenario, är det enda en hyresvärdsupphandling åstadkommer att ingående byggtreprenadarbeten som fastighetsägaren beställer inte längre kommer konkurrensutsättas enligt LOU.
- 4.135 Det finns nämligen ingen fastighetsägare som kommer att acceptera att först delta i en offentlig upphandling avseende hyresvärdsförhållandet och sedan, ställa upp på att inte få välja byggtreprenör själv utan istället frivilligt också göra en offentlig

⁴⁷ Se punkt 70 och 75 i Tillsynsbeslutet.

upphandling av dessa. Som beskrevs inledningsvis måste en tillämpning av LOU framstå som förnuftig, även för den fastighetsägare som inte tillämpar lagen dagligdags. Att konkurrensutsätta enligt LOU i både hyresledet och entreprenadledet när inget sådant krav kan utläsas av lagen kommer inte att ge ett sådant intryck.

4.136 Slutligen kan det konstateras att varken den europeiska eller svenska lagstiftaren haft för avsikt att LOU-direktivet ska omfatta fler rättsförhållanden än vad som anges i LOU-direktivet. Det finns, med andra ord, en anledning till att exempelvis hyresförhållanden uttryckligen undantagits direktivets tillämpningsområde. LOU-direktivets syfte är på inget sätt att konkurrensutsätta sådana anskaffningar som inte omfattas av dess tillämpningsområde och om Konkurrensverket är av motsatt uppfattning får verket gärna presentera stöd för detta.

4.137 Som generaladvokat Mengozzi påpekade i sitt förslag till avgörande i mål C-451/08, *Helmut Müller*, får en tolkning eller tillämpning av LOU-direktivets bestämmelser inte leda till att lagstiftarens uttalanden om direktivets tillämpningsområde undermineras:

Enligt min mening står det således klart att direktivets tillämpningsområde i stället ska fastställas med hänvisning till, i första hand, de objektiva villkor som anges i själva direktivet. Det betyder naturligtvis inte att den som gör tolkningen måste undvika varje resonemang av "funktionellt" slag. I själva verket är det uppenbart att de mål som eftersträvas med direktivet utgör en av de viktigaste utgångspunkterna vid tolkningen: dessa kan dock inte utgöra den enda jämförelseparametern och de kan inte bortse från lagstiftarens avsikt att definiera bestämmelsernas tillämpningsområde.⁴⁸

4.138 Det är emellertid exakt vad Konkurrensverket gör när verket i Tillsynsbeslutet påstår att upphandlande myndigheter är skyldiga att anskaffa hyreslokaler genom hyresvärdsupphandlingar trots att hyresförhållanden är undantagna lagens tillämpningsområde.

⁴⁸ Generaladvokat Mengozzis förslag till avgörande i mål C-451/08, *Helmut Müller*, punkt 39.


5. Förslag till alternativt synsätt

- 5.1 Domstolsverket har ovan beskrivit några av de problem och oklarheter som är förenade med Tillsynsbeslutet.
- 5.2 Domstolsverkets rättsuppfattning kan å andra sidan beskrivas som följer.
1. En upphandlande myndighet har alltid rätt att ingå hyresavtal med stöd av hyresundantaget.
 2. Om en hyresrelation avser en byggnad som uppförs enligt den upphandlande myndighetens specifikationer och dessa specifikationer dessutom går utöver vad som får anses utgöra sedvanliga hyresgäst Anpassningar är den upphandlande myndigheten skyldig att se till att de byggentreprenadarbeten som medför att byggnaden blir uppförd konkurrensutsätts enligt LOU.
 3. Detta kan ske antingen genom att den upphandlande myndigheten konkurrensutsätter byggentreprenadarbetena själv och överlåter byggherreansvaret till hyresvärden eller genom att den upphandlande myndigheten låter hyresvärden upphandla byggentreprenör med iakttagande av LOU:s annonserade förfaranden.
 4. Myndigheten kan också använda så kallad hyresvärdsupphandling, men är inte skyldig att göra det så länge ingående byggentreprenadarbeten konkurrensutsätts.
- 5.3 Det är utifrån detta synsätt som konkurrensutsättningen av domstolsbyggnaden i Jönköping skett.
- 5.4 Det enda "problemet" med detta synsätt är, såvitt Domstolsverket kan utläsa ur Tillsynsbeslutet, att det medför att den upphandlande myndighetens val av hyresvärd i vissa fall inte konkurrensutsätts. Detta är emellertid enligt Domstolsverket acceptabelt eftersom hyresrelationer uttryckligen är undantagna LOU.
- 5.5 Mot denna bakgrund yrkar Domstolsverket på att Konkurrensverkets beslut ska undanröjas. För att avhjälpa den rättsliga osäkerhet som Konkurrensverkets beslut orsakat är det Domstolsverkets förhoppning att förvaltningsrätten samtidigt tydligt förklarar att den modell som Domstolsverket använder och som beskrivs ovan, är förenligt med det upphandlingsrättsliga regelverket. Möjligen kan Konkurrensverkets beslut, i vart fall på detta sätt, bidra till en ökad klarhet kring LOU:s korrekta tillämpning.

Stockholm som ovan



Erik Olsson



Olle Lindberg



Albin Svensson

Bilageförteckning

Bilaga 1	Rättegångsfullmakt
Bilaga 2	Hemställan till regeringen
Bilaga 3	Lokalprogram för Göta hovrätt och Kammarrätten i Jönköping
Bilaga 4	Castellums förslag till layout av ny domstolsbyggnad
Bilaga 5	Genomförandeavtalet
Bilaga 6	Tilläggsavtalet
Bilaga 7	Ramavtal för tekniska konsulter
Bilaga 8	Avrop av tekniska konsulter; system- och bygglovshandlingar
Bilaga 9	Överlåtelsehandling avseende avrop av tekniska konsulter
Bilaga 10	Upphandlingsdokumenten avseende totalentreprenaden för domstolsbyggnad i Jönköping
Bilaga 11	Tilldelningsbeslut i upphandlingen av totalentreprenaden för domstolsbyggnad i Jönköping
Bilaga 12	Hysesavtalet
Bilaga 13	Entreprenadavtalet
Bilaga 14	Avrop av tekniska konsulter; projektering och projektledning
Bilaga 15	Avrop av domstolstele- och presentation
Bilaga 16	Avrop av säkerhetssystem m.m.
Bilaga 17	Avrop av inredningsarkitekter
Bilaga 18	Avrop av specialsnickrier
Bilaga 19	Konkurrensverkets nyhetsbrev, <i>Utökad lokalyta för Konkurrensverket – en upphandlingsfråga?</i>
Bilaga 20	Utdrag ur Jönköpings kommuns granskningshandling avseende detaljplan för kontorsbyggnad på del av Götaland 5 m.fl.
Bilaga 21	Pressmeddelande av den 26 juni 2020 från Domstolsverket m.fl., <i>Klartecken för ny domstolsbyggnad i Jönköping</i>
Bilaga 22	Utdrag ur Jönköpings kommuns antagandehandling avseende detaljplan för kontor och centrumverksamhet på del av fastighet Götaland 5 m.fl.

Bilaga 23	Bilaga 4:2 till Konkurrensverkets hyresavtal för Konkurrensverkets nuvarande lokaler
Bilaga 24	Konkurrensverkets sammanfattande skrivelse av den 9 juni 2021 till Domstolsverket