

Domstolsverket

Tillsyn enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling; Domstolsverkets avtal avseende ny domstolsbyggnad i Jönköping

Konkurrensverkets beslut

Domstolsverket har agerat i strid med 10 kap. 1 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, (LOU), genom att den 23 december 2019 ingå ett samarbete med Castellum City Förvaltning AB avseende projektering och uppförande av en ny domstolsbyggnad i Jönköping, som Domstolsverket därefter ska hyra, utan föregående annonsering. Då förutsättningarna för detta saknades, utgör detta en otillåten direktupphandling.

Domstolsverket förtjänar kritik för sitt agerande.

Ärendet avslutas.

Sammanfattning

1. 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. Då förutsättningarna för detta saknades, utgör detta därmed en otillåten direktupphandling.
2. När ett projekt består av såväl upphandlingspliktiga som icke-upphandlingspliktiga anskaffningar som införskaffas genom separat tecknade kontrakt, är det viktigt att bedöma om projektet utgör en helhet och om de aktuella kontrakten är objektivt delbara eller ej. Detta för att säkerställa att samtliga anskaffningar som omfattas av LOU annonseras. Att endast vissa delar av ett projekt konkurrensutsätts, läker inte en bristande annonsering av en anskaffning enligt ett annat upphandlingskontrakt. Konkurrensverket vill betona att samtliga upphandlingspliktiga anskaffningar måste konkurrensutsättas, inklusive sådant projektledningsansvar som Castellum i detta fall åtagit sig och genom ett hyresavtal ersätts för.¹

Redogörelse för tillsynsärendet

3. Konkurrensverket fick genom omvärldsbevakning information om att Domstolsverket hade ingått ett projektsamarbete med Castellum avseende nya lokaler för Göta hovrätt och Kammarrätten i Jönköping. Projektet syftade till att uppföra en ny domstolsbyggnad, som därefter skulle hyras av Domstolsverket, och bestod av flera avtal; ett genomförandeavtal (bilaga 1), ett tilläggsavtal till genomförandeavtalet (bilaga 2), ett upphandlat entreprenadavtal (bilaga 3) och ett hyresavtal (bilaga 4), nedan benämnda Genomförandeavtalet, Tilläggsavtalet, Entreprenadavtalet respektive Hyresavtalet.
4. Domstolsverket har uppgett att inget särskilt upphandlingsförfarande har föregått valet av projektpartner och framtida hyresvärd. Entreprenadavtalet har dock upphandlats i enlighet med LOU. Domstolsverket gör även gällande att Hyresavtalet omfattades av hyresundantaget i 3 kap. 19 § LOU.
5. Konkurrensverket har utrett om Domstolsverket agerat i enlighet med upphandlingslagstiftningen genom att, under de omständigheter som skett, tilldela – utan föregående konkurrensutsättning – ett projektsamarbete med viss utvald leverantör, för att därefter ingå Hyresavtalet med denne.

¹ För bedömning av det aktuella kontraktets karaktär, se punkterna 47–52 nedan. Med det aktuella kontraktet avses Transaktionen, se punkt 46 nedan.

6. I det följande redovisas Konkurrensverkets bedömning avseende det aktuella affärsuppläggets förenlighet med upphandlingslagstiftningen.

Bakgrund och omständigheter

Bakgrund till projektet i fråga

7. Under 2017 bjöd Castellum in till en arkitekttävling om att rita en ny domstolsbyggnad. Avsikten var att byggnaden skulle uppföras på mark som delvis ägdes av kommunen, delvis av Castellum.
8. Castellum erbjöd Domstolsverket att delta som jurymedlem, vilket Domstolsverket accepterade. Fojab vann arkitekttävlingen med ett förslag vars arkitektoniska utformning i stort har iakttagits genom såväl detaljplaneprocessen under 2018–2019 som genomförandet av Projektet, se bilagorna 5–7.
9. Den nya detaljplanen för det aktuella området antogs i början av 2019 och avsåg uppförande av den nya domstolsbyggnaden på en fastighet som tidigare bestått av vägområden, parkeringsplatser och det gamla stationshuset i Jönköping.² Kommunen och Castellum ingick ett exploateringsavtal enligt vilket kommunen bland annat överlät del av fastighet till Castellum inför ett framtida uppförande av den nya domstolsbyggnaden, bilaga 8.

Projektet och dess beståndsdelar

10. Den 23 december 2019 slöts Genomförandeaftalet mellan Domstolsverket och Castellum. Genomförandeaftalet syftar till att reglera parternas 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 (Projektet). Vid tidpunkten för ingående av Genomförandeaftalet var Castellum ägare till fastigheten i fråga.
11. Enligt Genomförandeaftalet ska Hyresavtalet ingås mellan parterna vid en viss tidpunkt som Genomförandeaftalet reglerar.³ Hyresavtalet ingår som bilaga till Genomförandeaftalet. 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.⁴

² Jfr s. 3 f i bilaga 7.

³ Punkt 1.1 och 8 samt bilaga B i Genomförandeaftalet.

⁴ Jfr punkt 10.3 respektive punkt 8 i Genomförandeaftalet.

12. Domstolsbyggnaden ska utföras utifrån de kravställningar som följer av Genomförandavtalet och närmare beskrivs i bland annat Domstolsverkets lokalprogram, tekniska specifikationer och efterfrågade rumsfunktioner (Ramhandlingarna).⁵ Domstolsverket har rätt att ändra Ramhandlingarna under Projektets gång. En överenskommelse om sådan ändring och eventuella ekonomiska eller andra konsekvenser för genomförandet till följd av ändringen (t.ex. påverkan på tidsplan eller hyran för lokalen i fråga) ska då tecknas mellan parterna.⁶ En gemensam projektorganisation ska bildas mellan parterna.⁷
13. Domstolsverket ansvarar för att en upphandling sker av själva byggtreprenaden (uppförande av domstolsbyggnaden).⁸ Denna upphandling ska resultera i ett tilldelningsbeslut fattat av Domstolsverket samt tecknande av Entreprenadavtalet med vinnande byggtreprenör. Entreprenadavtalet ska därefter överlåtas till Castellum (vilket i praktiken gjordes genom tecknande av Entreprenadavtalet, se punkt 18 nedan).⁹ Den upphandlade byggtreprenören svarar således – vid utförande av entreprenaden i fråga – mot Castellum, som i sin tur ersätter byggtreprenören för utförande av byggtreprenaden. Castellum ansvarar för att förfrågningsunderlag för upphandlingen tas fram senast viss angiven tidpunkt.¹⁰ Underlaget, som tas fram av teknikkonsulter och arkitekt som Domstolsverket avropat från sina ramavtal, ska innehålla de handlingar som parterna bedömer nödvändiga för ett bra upphandlingsresultat.¹¹ Domstolsverket ska även upphandla eventuella sidoentreprenader, såsom installation av tele-, data-, passagesystem, larm m.m. Dessa arbeten tidsamordnas av Castellums totalentreprenör.¹²
14. Den 23 mars 2020 annonserade Domstolsverket ett förfrågningsunderlag avseende en byggtreprenad benämnd "Domstol Göta hovrätt (ref 2020 524)", se [bilaga 9](#). Värdet för kontraktet uppskattas enligt bilaga 9 till 400 miljoner kronor. Av förfrågningsunderlaget framgår bland annat att handlingar under projekttiden ska tillhandahållas via Castellums projektportal samt att nyttjanderätt för eventuella immateriella rättigheter tillfaller Castellum, se [bilaga 10](#).¹³ Vidare sköter Castellum kontakter med massmedia avseende Projektet.¹⁴

⁵ Punkt 1.1 och bilaga A i Genomförandavtalet.

⁶ Jfr punkt 4 och 7 i Genomförandavtalet avseende ändringar och justering av hyra.

⁷ Punkt 2 i Genomförandavtalet.

⁸ Punkt 3 i Genomförandavtalet.

⁹ Punkt 3.1 i Genomförandavtalet och punkt 4 i Entreprenadavtalet. Jfr även förfrågningsunderlaget, AFB.56.

¹⁰ Punkt 3.3 i Genomförandavtalet.

¹¹ Punkt 3.1 och 3.3 i Genomförandavtalet.

¹² Punkt 4.4 i Genomförandavtalet.

¹³ AFD.24.

¹⁴ AFD.26.

15. Den 15 juli 2020 ingick Domstolsverket Tilläggsavtalet med två olika bolag i Castellumkoncernen, varav det ena var det bolag som Domstolsverket tecknat Genomförandeavtalet med. Enligt Tilläggsavtalet skulle det andra Castellumbolaget inträda som part i Genomförandeavtalet i stället för det första Castellumbolaget. Det andra Castellumbolaget skulle också inträda som part i det kommande hyresavtalet.
16. Den 15 juli 2020 slöt Domstolsverket ett 15-årigt hyresavtal med det i Tilläggsavtalet utpekade Castellumbolaget. Om Hyresavtalet inte sägs upp för upphörande, förlängs Hyresavtalet för varje gång med sex år.
17. Den 24 augusti 2020 beslutade Domstolsverket att tilldela Serneke Sverige AB (Serneke) Entreprenadavtalet. Tilldelningsbeslutet var föremål för godkännande av Castellum AB:s styrelse.¹⁵ För det fall styrelsen inte skulle godkänna beslutet i fråga, skulle Genomförandeavtalet och Hyresavtalet upphöra att gälla, utan att parterna hade någon rätt till anspråk mot varandra.
18. Den 21 september 2020 slöts Entreprenadavtalet mellan Domstolsverket, Castellum och Serneke enligt vilket Castellum skulle inträda som part och beställare/byggherre och Serneke skulle vara entreprenör. Enligt Entreprenadavtalet skulle vidare Domstolsverket utträda som part och beställare/byggherre.

Vad Domstolsverket har anfört under utredningen

19. Domstolsverket har under Konkurrensverkets utredning – under vilken Konkurrensverket har kommunicerat en preliminär bedömning om att Hyresavtalet utgör ett förtäckt byggentreprenadkontrakt – anfört sammanfattningsvis följande.
20. Domstolsverket anser att det inte rör sig om en förtäckt byggentreprenad. Byggentreprenaden i fråga är upphandlad genom tilldelning av Entreprenadavtalet efter ett annonserat förfarande i enlighet med LOU. Hyresavtalet är just ett hyresavtal och omfattas av hyresundantaget i 3 kap. 19 § LOU. Samtliga upphandlingspliktiga anskaffningar har upphandlats. Det föreligger således inte någon överträdelse.

¹⁵ Jfr punkt 8 i Genomförandeavtalet. Se även förfrågningsunderlaget avseende Entreprenadavtalet, AFB.17 i bilaga 10.

Skälen för beslutet

Rättslig reglering

21. LOU omfattar de åtgärder som vidtas av upphandlande myndigheter i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggentreprenader genom tilldelning av kontrakt och ramavtal.¹⁶
22. Frågan om en transaktion utgör ett byggentreprenadkontrakt, i den mening som avses i LOU, och i de unionsrättsliga bestämmelser som lagen genomför, ska avgöras enligt unionsrätten. Parternas kvalificering av de avtal som omfattas av en transaktion är således inte avgörande för om de omfattas av LOU.¹⁷
23. Begreppet anskaffning bör förstås i vid mening som att få tillgång till fördelarna av de berörda byggentreprenaderna, varorna eller tjänsterna, vilket inte nödvändigtvis kräver att äganderätten överläts till den upphandlande myndigheten. Anskaffningar av byggentreprenader, varor eller tjänster omfattas således oberoende av om de genomförs genom inköp, leasing eller andra kontraktsformer.¹⁸
24. Med kontrakt avses ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer, och avser leverans av varor, tillhandahållande av tjänster eller utförande av byggentreprenad.¹⁹
25. Det krävs inte att den som ingår ett avtal med en upphandlande myndighet direkt ska kunna utföra den avtalade prestationen med egna resurser för att utgöra en leverantör i den mening som avses i LOU. Det är tillräckligt att denne är i stånd att utföra den aktuella prestationen genom att lämna nödvändiga garantier härför.²⁰
26. Med ekonomiska villkor avses att den upphandlande myndigheten erhåller en prestation mot vederlag, och att prestationen är av direkt ekonomiskt intresse för den upphandlande myndigheten.²¹ Ett sådant ekonomiskt intresse kan konstateras inte bara när den upphandlande myndigheten ska bli ägare till de byggnadsverk eller de anläggningar som avses i kontraktet,

¹⁶ 1 kap. 2 § LOU. Jfr även ordalydelse i artikel 1(2) i den engelska versionen av direktiv 2014/24/EU samt mål C-410/14 *Falk Pharma*, p. 37–38 och 40, där EU-domstolen uttalar att upphandlande myndigheters *val* av viss leverantör är ett kriterium för begreppen offentlig upphandling och därmed även offentligt kontrakt.

¹⁷ Se EU-domstolens dom i mål C-537/19 *Wiener Wohnen*, p. 43.

¹⁸ Skäl 4 till direktiv 2014/24/EU.

¹⁹ 1 kap. 15 § LOU.

²⁰ Se EU-domstolens dom i mål C-536/07 *Kommissionen mot Tyskland (KölnMesse)*, p. 59 och i mål C-399/98 *Ordine degli Architetti*, p. 90. Jfr EU-domstolens dom i mål C-220/05 *Jean Auroux*, p. 29. Jfr även skäl 9 i direktiv 2014/24/EU.

²¹ Se EU-domstolens dom i mål C-451/08 *Helmut Müller*, p. 48–49.

utan även om det förutses att den upphandlande myndigheten ska ha rätt att förfoga över dessa byggnadsverk eller anläggningar för offentliga ändamål.²²

27. Ett kontrakt enligt LOU motsvaras inte nödvändigtvis av endast ett avtal. Ett kontrakt kan också bestå av en överenskommelse i flera led som tillsammans betraktas som ett kontrakt enligt LOU.²³
28. Avtal om hyra av fastighet har uttryckligen undantagits från LOU:s tillämpningsområde.²⁴ Undantaget kan emellertid inte göras gällande vid transaktioner som är att betrakta som ett byggentreprenadkontrakt vid en sådan tolkning som följer av LOU och unionsrätten.²⁵
29. Begreppet byggentreprenad regleras i 1 kap. 9 § LOU. Definitionen omfattar tre typer av kontrakt. Med byggentreprenadkontrakt avses närmare bestämt kontrakt som
1. avser utförande eller både projektering och utförande av arbete som är hänförligt till en verksamhet som anges i bilaga 1,
 2. avser utförande eller både projektering och utförande av ett byggnadsverk, eller
 3. innebär att ett byggnadsverk realiserar, enligt krav som ställs upp av en upphandlande myndighet som utövar ett avgörande inflytande över typen av byggnadsverk eller över projekteringen.
30. Vid avtal som innehåller kontrakt som omfattas av LOU, såsom byggentreprenadkontrakt, men som även innehåller förhyrning av fastighet, tillämpas bestämmelserna om blandade kontrakt i LOU för att avgöra om LOU är tillämplig. När det är fråga om ett blandat kontrakt, vars olika delar är sammanbundna så att de inte kan separeras och bildar en odelbar enhet, ska transaktionen prövas i sin helhet vid den rättsliga kvalificeringen och bedömas på grundval av de bestämmelser som styr den del som utgör kontraktets huvudsakliga föremål eller dominerande beståndsdel.²⁶ Storleken på leverantörens ersättning eller frågan hur betalning sker är visserligen inte avgörande vid bedömningen, men dessa förhållanden saknar inte helt betydelse.²⁷

²² Se EU-domstolens dom i mål C-451/08 *Helmut Müller*, p. 48-51 och i mål C-537/19 *Wiener Wohnen*, p. 44.

²³ Se mål C-451/08 *Helmut Müller*, p. 82. Jfr även mål C-536/07 *KölnMesse*, p. 25-29.

²⁴ 3 kap. 19 § LOU.

²⁵ Se bl.a. mål C-536/07 *KölnMesse*, p. 55; mål C-213/13 *Impresa Pizzarotti*, p. 43 (och där angiven rättspraxis) samt mål C-537/19 *Wiener Wohnen*, p. 49.

²⁶ 2 kap. 1-2 §§ och 12 § första stycket LOU. Se även bland annat EU-domstolens dom i mål C-537/19 *Wiener Wohnen*, p. 46; mål C-213/13 *Impresa Pizzarotti*, p. 41; mål C-220/05 *Jean Auroux*, p. 37; mål C-412/04 *Kommissionen mot Italien*, p. 47; och mål C-536/07 *KölnMesse*, p. 57. Se även EU-domstolens dom i mål C-149/08 *Club Hotel Loutraki*, p. 48 och däri angiven praxis. Se också prop. 2015/16:195 s. 361 f, 363 ff. och 368.

²⁷ Se bl.a. EU-domstolens dom i mål C-537/19 *Wiener Wohnen*, p. 52 och däri angiven praxis. Jfr mål C-536/07 *KölnMesse*, p. 60-61.

Konkurrensverkets bedömning av Projektet och dess förenlighet med LOU

Projektets olika delar

31. Som framgått ovan består Projektet av olika faser, för vilka separata kontrakt har tecknats.
32. Projektet innebär i korthet att Domstolsverket genom avtal ger i uppdrag till viss utvald leverantör (Castellum) att ansvara för att en domstolsbyggnad uppförs enligt Domstolsverkets anvisningar. Castellums åtagande gäller även under entreprenadtiden gentemot den upphandlade byggentreprenören. Domstolsverket åtar sig i sin tur att teckna Hyresavtal med Castellum och kommer därmed att tillgodogöra sig nyttjanderätten till byggnaden genom detta avtal under en längre tid. Domstolsverket åtar sig att betala ersättning för Projektet i form av hyra. Domstolsverket ska ansvara för att uppförandet av byggentreprenaden upphandlas i enlighet med LOU. Tekniska konsulter ska avropas från Domstolsverkets befintliga ramavtal. Domstolsverket kommer att överlåta beställaransvaret för byggentreprenaden till Castellum när byggentreprenadkontraktet har tilldelats efter det annonserade upphandlingsförfarandet. Denna överlåtelse sker i samband med att Domstolsverket, Castellum och den upphandlade byggentreprenören ingår Entreprenadavtalet. Ersättning till den upphandlade entreprenören kommer endast att utgå från Castellum, i egenskap av byggherre/beställare.

Projektet utgör en helhet

33. Enligt Konkurrensverkets mening ska Projektet analyseras utifrån sitt allmänna sammanhang och utifrån dess faktiska egenskaper.²⁸
34. Genomförandeavtalet mellan Domstolsverket och Castellum redogör för Projektets samtliga delar och reglerar parternas rättigheter och skyldigheter som följer av Projektet under dess olika faser. Varje fas som beskrivs i Genomförandeavtalet, påverkas av omständigheter hänförliga till resterande faser. Genomförandeavtalets avtalstid beror av Projektets färdigställande, som i sin tur beror på uppförandet av byggentreprenaden i enlighet med Entreprenadavtalet. Domstolsverkets tillträde till den nya domstolsbyggnaden beror på förutsättningar för byggentreprenören att – enligt Castellums skäligena bedömning – få rätt till förlängning av entreprenadtiden enligt Entreprenadavtalet (detta enligt definition i Genomförandeavtalet). Castellum har rätt att fatta bland annat sådana beslut i egenskap av ny beställare/byggherre (jfr partsöverlåtelsen i enlighet med Entreprenadavtalet). Att Hyresavtalet överhuvudtaget ingås beror av det val av projektpartner som Domstolsverket gjort genom att tilldela

²⁸ Jfr bl.a. mål C-451/08 *Helmut Müller*, p. 82 och mål C-536/07 *KölnMesse*. I det senare målet gjordes bedömningen av om transaktionen i fråga utgjorde en odelbar enhet eller ej, inom ramen för en invändning om rättegångshinder. Domstolen prövade därefter den odelbara transaktionen i sak, vilket omfattade huvudsyftet med transaktionen. Jfr även punkt 27 ovan och däri hänvisad rättspraxis.

Genomförandeavtalet till Castellum och därmed uppdraget att säkerställa – i förhållande till den upphandlade byggtreprenören – att byggnaden uppförs enligt Domstolsverkets anvisningar.²⁹ Om Genomförandeavtalet inte skulle resultera i tecknande av Hyresavtalet, hade Castellum rätt till ersättning (jfr punkt 11 ovan).

35. Samtliga kontrakt som ingåtts mellan Domstolsverket och olika parter under Projektets gång, har utmynnat ur Genomförandeavtalet och är nödvändiga för fullgörande av Projektet i sig. Castellum ska lämnas full insyn i och godkänna de handlingar som tas fram under Projektet. Detta i enlighet med sitt uppdrag som följer av Genomförandeavtalet (jfr punkterna 10–14 ovan). Castellum har även stått till Domstolsverkets förfogande under upphandlingen av Entreprenadavtalet, se bilaga 11.³⁰
36. Det allmänna sammanhanget och de faktiska egenskaperna av Projektet talar således för att Projektet i sig är en helhet.
37. Projektet omfattar kontraktsföremål av blandad karaktär, såväl upphandlingspliktiga som icke-upphandlingspliktiga (såsom byggtreprenad, tekniska konsulttjänster, projektledning/samarbete samt förhyrning). Projektet ska således bedömas utifrån bestämmelserna i 2 kap. LOU om delbara och odelbara blandade kontrakt.³¹
38. En upphandlande myndighet har rätt att under vissa förutsättningar dela upp en blandad anskaffning i separata kontrakt.³² Om sådan uppdelning är möjlig, ska den upphandlande myndigheten fatta beslut om vilka regler som ska gälla för de olika kontrakten på grundval av de egenskaper som varje del har.³³
39. Om kontraktet däremot är objektivt odelbart, gäller huvudsaksprincipen för att avgöra vilket regelverk – om något – som är tillämpligt.³⁴
40. Fråga uppkommer därför om denna helhet är delbar eller odelbar samt om de upphandlingspliktiga delarna har konkurrensutsatts i enlighet med LOU.

Delbara kontrakt

41. Domstolsverket har separerat Entreprenadavtalet från Projektet och tilldelat detta avtal till Serneke genom en annonserad upphandling.

²⁹ Notera att det inte krävs att Castellum utför byggtreprenaden med egna resurser för att anses vara entreprenör, jfr C-399/98 *Ordine degli Architetti*, p. 90 och C-536/07 *KölnMesse*, p. 59. Jfr även skäl 9 i direktiv 2014/24/EU.

³⁰ Jfr även punkt 14 och fotnot 10–11 ovan.

³¹ Se 2 kap. 1–2 §§, 4 §, 6 § och 12 § första stycket LOU.

³² Jfr skäl 12 i LOU-direktivet samt prop. 2015/16:195 s. 365.

³³ A. prop. s. 365 samt 2 kap. 4 § första stycket och 6 § LOU.

³⁴ A. prop. s. 368 samt 2 kap. 4 § andra stycket och 12 § första stycket LOU.

Sidoentreprenader och tekniska konsulter har avropats från Domstolsverkets befintliga ramavtal.

42. Entreprenadavtalet utgör ett offentligt byggentreprenadkontrakt.³⁵ Det har annonserats och tilldelats i enlighet med parternas avsikt i Genomförandeavtalet.³⁶ Domstolsverket har i denna del, enligt Konkurrensverkets mening, uppfyllt LOU:s annonseringsplikt. Detsamma borde gälla för de avrop som gjorts på tidigare upphandlade ramavtal avseende tekniska konsulter, i den utsträckning Domstolsverket använt sig av sådana leverantörer.

Genomförandeavtalet och Hyresavtalet utgör en odelbar enhet

43. Även Genomförandeavtalet och Hyresavtalet har särskilts från Projektet och tecknats separat. Varken Genomförandeavtalet eller Hyresavtalet har föregåtts av någon annonsering. Domstolsverket har uppgett att man har separerat upphandlingspliktiga delar från Projektet samt att Hyresavtalet har ingåtts separat då det är ett rent hyreskontrakt som undantas genom 3 kap. 19 § LOU. Domstolsverket har även gjort gällande att Genomförandeavtalet inte omfattar någon upphandlingspliktig anskaffning.
44. Bedömningen av om Genomförandeavtalet och Hyresavtalet kan separeras från varandra, ska göras på samma sätt som framgår av punkt 33 ovan.
45. Genomförandeavtalet syftar uttryckligen till att reglera parternas samarbete vid projektering och uppförande av ny byggnad för domstolsverksamhet i Jönköping, för att parterna ska kunna sluta hyresavtal avseende domstolsbyggnaden (se punkt 10 ovan). Castellum ska säkerställa att byggnaden uppfyller de av Domstolsverket ställda kraven som följer av Genomförandeavtalet och Ramhandlingarna. Genomförandeavtalet reglerar hur t.ex. hyra kan justeras om Domstolsverket påkallar sin rätt att under Projektets gång ändra dessa krav (se punkt 12 ovan). Om Domstolsverket underlåtit att ingå Hyresavtalet, hade verket varit ersättningsskyldigt i enlighet med Genomförandeavtalet (se punkt 11 ovan). För det fall styrelsen i Castellum inte hade godtagit Domstolsverkets tilldelningsbeslut avseende den upphandlade byggentreprenören, hade både Genomförandeavtalet och Hyreskontraktet förfallit (se punkt 17 ovan). Hyresavtalet hade inte kunnat tecknas fristående utan att byggnaderna faktiskt kom att uppföras i enlighet med Genomförandeavtalet.³⁷

³⁵ Entreprenadavtalet utgör ett kontrakt som avser utförande eller både projektering och utförande av arbete som är hänförligt till en verksamhet som anges i bilaga 1, jfr 1 kap. 9 § 1 LOU.

³⁶ Enligt bilaga 9 uppskattades värdet av det annonserade Entreprenadavtalet till 400 miljoner kronor. Det överstiger tillämpligt tröskelvärde och upphandlingen genomfördes därmed rätteligen genom ett öppet förfarande i LOU.

³⁷ Jfr mål C-536/07 *KölnMesse*, p. 28. Domstolsverket har dessutom uppgett under utredningen att Genomförandeavtalets huvudsakliga syfte var att reglera *förutsättningarna* för ingåendet av Hyresavtalet.

46. Genomförandeavtalets och Hyresavtalets fullgörelse är avhängiga av varandra och ska således bedömas som en odelbar enhet (Transaktionen).
47. Transaktionen består av kontraktsföremål av blandad karaktär, dels en hyresdel, dels projektledning enligt Genomförandeavtalet under såväl en preliminär fas som entreprenadtiden och en slutlig fas.
48. Genomförandeavtalet innebär att Domstolsverket tillhandahåller en tjänst vid *projekteringen och uppförandet* av den nya byggnaden. Tjänsterna som omfattas utgör enligt Konkurrensverkets bedömning projektledningstjänster.³⁸ Tjänsterna leder till realiseringen av domstolsbyggnaden i enlighet med verkets anvisningar och avgörande inflytande (se punkterna 8 och 12 ovan).³⁹
49. Castellum har åtagit sig att tillhandahålla uppdraget mot ersättning i form av hyra.⁴⁰ Detta får till följd att Castellum är leverantör i LOU:s mening.
50. Konkurrensverket anser även att Domstolsverket har ett direkt ekonomiskt intresse av att byggentreprenaden uppförs, då verket genom Hyresavtalet tillgängliggör domstolsbyggnaden för allmänheten samt för verksamheten i Göta hovrätt och Kammarrätten i Jönköping.⁴¹
51. Genomförandeavtalet innehåller ömsesidiga åtaganden, som kan göras gällande i domstol (jfr punkterna 10–13 samt 32 och 34 ovan).⁴² Domstolsverket har under utredningen uppgett att det är Serneke som ansvarar för att domstolsbyggnaden uppförs enligt Domstolsverkets anvisningar i upphandlingen, men att de gör så gentemot Castellum. Konkurrensverket noterar dock att Castellum har åtagit sig att, gentemot Domstolsverket, iaktta verkets krav på domstolsbyggnaden som bland annat följer av Ramhandlingarna. Detta säkerställs genom att Castellum är byggherre/beställare gentemot Serneke.
52. Genomförandeavtalet utgör således ett offentligt byggentreprenadkontrakt, jfr 1 kap. 9 § 3 och 10 § samt 1 kap. 15–16 §§ LOU.⁴³
53. Huvudsaksprincipen ska därmed tillämpas för att avgöra om Transaktionen omfattas av LOU:s tillämpningsområde (se punkt 39 ovan).

³⁸ Genomförandeavtalet avser projektledning (CPV 74.20).

³⁹ Jfr 1 kap. 9 § 3 och 10 § LOU.

⁴⁰ Transaktionen består således av ekonomiska villkor, jfr 1 kap. 15 § LOU och mål C-451/08 *Helmut Muller*, p. 48–49.

⁴¹ Jfr mål C-451/08 *Helmut Müller*, p. 48–51, och mål C-537/19 *Wiener Wohnen*, p. 44.

⁴² Jfr mål C-451/08 *Helmut Müller*, p. 59–63.

⁴³ Det saknar i detta sammanhang betydelse om Castellum har för avsikt att utföra byggentreprenaderna själv, eller genom att anlita annan, till exempel genom det av Domstolsverkets upphandlade Entreprenadavtalet, jfr EU-domstolens dom i mål C-536/07 *KölnMesse*, p. 59 och i mål C-399/98 *Ordine degli Architetti*, p. 90. Jfr. EU-domstolens dom i mål C-220/05 *Jean Auroux*, p. 29.

Transaktionens huvudsakliga föremål är ett byggtreprenadkontrakt

54. Uppförandet av domstolsbyggnaden hade inte ens påbörjats vid tidpunkten för ingående av Genomförandeavtalet. Denna omständighet har tidigare ansetts vara av betydelse vid bedömningen av huvudsaksprincipen.⁴⁴
55. Det ska dock noteras att uppförande av icke-befintliga byggnader under vissa omständigheter kan omfattas av hyresundantaget i 3 kap. 19 § LOU.⁴⁵
56. Undantaget kan dock inte göras gällande vid transaktioner som är att betrakta som ett byggtreprenadkontrakt, om uppförandet tillgodoser de behov som den upphandlande myndigheten har specificerat, se punkt 28 ovan.
57. Ovan har konstaterats att Genomförandeavtalet utgör ett offentligt byggtreprenadkontrakt. Domstolsverket har vidtagit åtgärder för att definiera byggtreprenadens särdrag eller åtminstone för att utöva ett avgörande inflytande över dess projektering, se punkt 12 ovan.⁴⁶ Enligt EU-domstolen 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.⁴⁷
58. Den aktuella domstolsbyggnaden är en specialbyggnad med ett särskilt samhällsnyttigt ändamål. Byggnaden ska användas för domstolsverksamhet och dess användning som domstolsbyggnad ställer stora krav på säkerhet, brandskydd och logistik.⁴⁸ En sådan byggnad kan inte jämföras med vanliga kontorslokaler där det finns flera potentiella hyresgäster. Den aktuella domstolsbyggnaden är uppförd särskilt för Domstolsverket. Det är alltså inte fråga om uppförande av byggnader som vem som helst kan tänkas hyra. I ett pressmeddelande från Domstolsverket, Göta hovrätt och Kammarrätten i Jönköping framgår att domstolsbyggnaden bland annat ska tillgodose behovet av fler och bättre förhandlingsalar med ökad säkerhet.⁴⁹ Det understryker ytterligare att det inte är frågan om sedvanliga kontorslokaler. Det kan även tilläggas att någon ändring av byggnadens arkitektoniska utformning inte har ansetts vara möjlig på grund av de krav som ställs på en domstolsbyggnad.⁵⁰ Domstolsverket har dessutom – i egenskap av

⁴⁴ Jfr mål C-536/07 *KölnMesse* p. 56 och mål C-213/13 *Impresa Pizzarotti*, p. 42, där EU-domstolen uttalade att det omedelbara syftet med det aktuella kontraktet logiskt sett inte kunde anses vara förhyrningen av lokalerna som ännu inte hade börjat uppföras.

⁴⁵ Jfr t.ex. EU-domstolens avgörande i mål C-537/19 *Wiener Wohnen*.

⁴⁶ Jfr mål C-213/13 *Impresa Pizzarotti*, p. 44 och däri angiven rättspraxis.

⁴⁷ Jfr mål C-536/07 *KölnMesse*, p. 58.

⁴⁸ Jfr s. 4 i bilaga 6. Jfr även [bilaga 12](#), av vilken det framgår att domstolsbyggnader är komplexa och tekniskt avancerade, med många krav som ska uppfyllas.

⁴⁹ Pressmeddelande publicerat 2020-06-26 av Domstolsverket, Göta hovrätt och Kammarrätten i Jönköping, se <https://www.domstol.se/nyheter/2020/06/klartecken-for-ny-domstolsbyggnad-i-jonkoping/>

⁵⁰ Jfr bilaga 7 (s. 14); och fotnot 48 ovan.

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.⁵¹

59. Konkurrensverket noterar att Domstolsverket ersätter Castellum i form av betalning av hyra i enlighet med Hyresavtalet, vars storlek kan justeras i enlighet med Genomförandeavtalet (se punkt 12 ovan). Även om detta inte är avgörande vid kvalificeringen av Transaktionen, saknar det inte helt betydelse.⁵²
60. I detta fall kan dock Hyresavtalet inte ses isolerat från Genomförandeavtalet. Hyresavtalet är den viktigaste ekonomiska förutsättningen för Transaktionen, genom vilken en byggentreprenad realiserar och uppförs i samarbete med den framtida hyresvärden. Genom Hyresavtalet garanteras hela affären offentliga medel. Det är först genom Hyresavtalet, som innebär att Domstolsverket tillgodogör sig ett byggnadsverk över vilket Domstolsverket har haft avgörande inflytande och har ett direkt ekonomiskt intresse av⁵³, som offentliga medel utbetalas.
61. Det huvudsakliga kontraktsföremålet inom ramen för Transaktionen är således ett offentligt byggentreprenadkontrakt.

Transaktionens värde

62. Enligt huvudregeln i 10 kap. 1 § LOU ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer ska få möjlighet att lämna anbud. Upphandlingar som understiger direktupphandlingsgränsen behöver inte annonseras. Under 2019 uppgick tröskelvärdet för byggentreprenadkontrakt till 52 620 561 kronor och direktupphandlingsgränsen till 586 907 kronor.⁵⁴
63. Av 5 kap. 3 § LOU följer bland annat att värdet av en upphandling ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas i upphandlingen. Värdet ska bestämmas exklusive mervärdesskatt.
64. Domstolsverket ingick Hyresavtalet den 15 juli 2020. Avtalsperioden är 15 år från den definitiva tillträdesdagen. Om Hyresavtalet inte sägs upp enligt villkoren i Hyresavtalet förlängs det med sex år i taget. Transaktionen innebär således möjlighet till ett obegränsat antal förlängningar och ett totalt

⁵¹ Se mål C-537/19 *Wiener Wohnen*, p. 53, avseende myndighetens avgörande inflytande i den mening som avses i 1 kap. 9 § 3 LOU.

⁵² Jfr mål C-536/07 *KölnMesse*, p. 60–61 och mål C-213/13 *Impresa Pizzarotti*, p. 49–51.

⁵³ Jfr mål C-213/13 *Impresa Pizzarotti*, p. 44–48 och mål C-451/08 *Helmut Müller*, p. 49–52.

⁵⁴ Tillkännagivande om tröskelvärden vid offentlig upphandling (SFS 2018:34).

värde kan därför inte fastställas med exakthet. Den årliga hyran uppgår till 20 200 000 kronor enligt 2021 års prisläge.

65. Domstolsverket har uppgett att värdet för Hyresavtalet uppgår till 303 miljoner kronor exklusive mervärdesskatt och tillägg som indexering av bashyra och fastighetsskatt.
66. Konkurrensverket konstaterar att värdet av Transaktionen i vart fall uppgår till minst 303 miljoner kronor.⁵⁵ Eftersom värdet överskrider relevant tröskelvärde för byggtreprenader skulle Transaktionen som huvudregel ha föregåtts av annonsering enligt 10 kap. 1 § LOU.

Transaktionen utgör en otillåten direktupphandling

67. Varken Genomförandavtalet eller Hyresavtalet har annonserats i enlighet med LOU.
68. Domstolsverket har uppgett att man medvetet valt att separera de upphandlingspliktiga anskaffningarna från Hyresavtalet mot bakgrund av den osäkerhet som råder ur ett juridiskt perspektiv om blandade kontrakt och huruvida de är delbara eller inte och vilken vikt som ska tillmätas anskaffning av sådant som faller under upphandlingsplikt i förhållande till sådant som inte gör det.
69. Konkurrensverket ifrågasätter inte Domstolsverkets avsikt att konkurrensutsätta samtliga anskaffningar, men kan dock konstatera att Transaktionen ska ses som en odelbar enhet med ett huvudsakligt syfte att tilldela ett byggtreprenadkontrakt (se punkterna 43–61 ovan).
70. Genom att inte annonsera det uppdrag som Castellum tilldelats genom Transaktionen (t.ex. genom en s.k. hyresvärdsupphandling⁵⁶ där Hyresavtalet och samtliga upphandlingspliktiga anskaffningar inom ramen för Projektet kunde ha omfattats)⁵⁷, har således inga andra leverantörer fått möjlighet att konkurrera om upphandlingen och erbjuda t.ex. bättre villkor eller lägre total "hyra".
71. Då något undantag från annonseringsplikten inte varit tillämpligt, utgör Transaktionen en otillåten direktupphandling. Den omständigheten att vissa delar inom ramen för Projektet har annonserats i enlighet med LOU föranleder ingen annan bedömning.

⁵⁵ Notera dock att för avtal som kan löpa på obestämd tid, ska värdet bestämmas med stöd av den s.k. 48-månadersregeln i 5 kap. 13 § andra stycket LOU, jfr punkt 64 ovan.

⁵⁶ Se bilaga 12.

⁵⁷ Värdet på samtliga kontrakt som omfattas av sådan upphandling ska beaktas vid tröskelvärdesberäkningen, jfr 5 kap. 3 och 8 §§ LOU.

Avslutande kommentar om affärsmodellen

72. Konkurrensverket noterar att affärsupplägget som Domstolsverket och Castellum har tillämpat med anledning av Projektet, är vanligt förekommande (om än i olika variationer). Det innehåller ofta en partsöverlåtelse, där den framtida hyresvärden inträder i rollen som part/beställare i förhållande till en upphandlad entreprenör. En sådan överlåtelse kan göras antingen genom ett separat överlåtelseavtal eller, som i detta fall, genom en överlåtelseklausul i Entreprenadavtalet.
73. Domstolsverket har under utredningen uppgett att verket enligt förordningen (1993:528) om statliga myndigheters lokalförsörjning, inte får äga fast egendom, varför Domstolsverket som myndighet är förhindrad från att på egen hand agera byggherre och därmed även beställare i genomförandefasen. Domstolsverket har ansett det vara lämpligt att överlåta Entreprenadavtalet till Castellum som därmed – i egenskap av fastighetsägare – kan inträda som part och beställare gentemot Serneke.
74. Överlåtelsen innehåller inte några åtaganden om prestation mot vederlag mellan Domstolsverket och Castellum, utan avser endast en överenskommelse om att Castellum övertar rollen som byggherre/beställare, varvid Domstolsverket utträder från denna roll. Den upphandlade byggtreprenören godkänner partsbytet. Överlåtelsen utgör i sig ingen upphandlingspliktig anskaffning, utan är det avslutande ledet i en överenskommelse som träffats mellan Domstolsverket och Castellum i Genomförandeavtalet. Mot bakgrund av vad som anförts av Domstolsverket beträffande syftet med överlåtelsen och med hänsyn till att överlåtelsen i fråga inte utgör någon upphandlingspliktig anskaffning, har Konkurrensverket inga invändningar mot den (även om den skulle ske genom ett separat avtal).
75. Alldeles oavsett, är det viktigt att uppmärksamma att upplägget får till följd att den upphandlande myndighetens *val*⁵⁸ av samarbetspartner (och framtida hyresvärd) inte konkurrensutsätts. Under förutsättning att myndigheten ställer detaljerade krav på byggnaden eller i vart fall utövar ett avgörande inflytande i den mening som avses i 1 kap. 9 § 3 LOU, innebär tjänsten (som mot ersättning tillhandahålls genom Genomförandeavtalet) en realisering av ett byggnadsverk. Ett sådant avtal utgör en odelbar enhet tillsammans med Hyresavtalet. Genom att inte använda sig av exempelvis hyresvärdsupphandling, undanhålls uppdraget från marknaden. Detta strider mot upphandlingslagstiftningens syften.

⁵⁸ Se fotnot 16 ovan.

Slutsats

76. Genom att tillämpa det affärsupplägg som förekommer i Projektet och därmed underlåta att annonsera Transaktionens huvudsakliga kontraktsföremål (byggentreprenadkontrakt) i enlighet med LOU, träds syftena bakom upphandlingslagstiftningen förnär.
77. Då något undantag från annonsering inte varit tillämpligt, utgör Transaktionen en otillåten direktupphandling.

Allmänt om Konkurrensverkets tillsyn

78. Konkurrensverket har i uppdrag att utöva tillsyn på området för offentlig upphandling i syfte att öka regel efterlevnaden och bidra till en effektiv offentlig upphandling.
79. Konkurrensverkets granskning i ett enskilt ärende kan visa att en upphandlande myndighet har agerat i strid med regelverket för offentlig upphandling. Konkurrensverket kan då ansöka om upphandlingsskadeavgift, om förutsättningarna för det är uppfyllda, eller sammanfatta resultatet av tillsynen i ett beslut. Genom att fatta ett tillsynsbeslut kan Konkurrensverket peka på förfaranden hos myndigheten som är i strid med regelverket eller göra andra påpekanden som är motiverade.
80. Ett tillsynsbeslut innebär inte ett förbud eller föreläggande. Det är således inte förenat med en sanktion i sig, men kan ändå få rättsliga följder. Om en upphandlande myndighet genomför upprepade otillåtna upphandlingar kan exempelvis tidigare förseelser utgöra en försvårande omständighet som motiverar en högre upphandlingsskadeavgift vid efterföljande otillåtna direktupphandlingar.

Hur man överklagar

Detta beslut kan överklagas. Om ni vill överklaga ska detta göras skriftligen. Överklagandet ska ställas till Förvaltningsrätten i Stockholm men ges in till Konkurrensverket, gärna via e-post till konkurrensverket@kkv.se. I överklagandet ska ni ange vilket beslut som överklagas och den ändring av beslutet som ni begär. Överklagandet ska ha kommit in till Konkurrensverket inom tre veckor från den dag då beslutet meddelades.

Detta beslut har fattats av generaldirektören Rikard Jermsten. Föredragande har varit processrådet Anna Görgård.

Beslutet i original undertecknas inte egenhändigt och saknar därför namnunderskrifter.

Rikard Jermsten

Anna Görgård

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats

Bilagor

Bilaga 1 – Genomförandavtalet mellan Domstolsverket och Castellum

Bilaga 2 – Tilläggsavtal till Genomförandavtalet

Bilaga 3 – Entreprenadavtalet mellan Domstolsverket, Castellum och Serneke

Bilaga 4 – Hyresavtalet mellan Domstolsverket och Castellum

Bilaga 5 – Pressmeddelande Fojab

Bilaga 6 – Utdrag från samrådsredogörelse, granskningshandling under detaljplanarbetet i Jönköpings kommun, 2018-08-14, dnr 2013:261

Bilaga 7 – Utdrag från antagandehandling avseende detaljplanarbetet, 2019-01-16, dnr 213:261

Bilaga 8 – Exploateringsavtal mellan Jönköpings kommun och Castellum

Bilaga 9 – Upphandlingsannons, Entreprenadavtalet

Bilaga 10 – Förfrågningsunderlag, upphandling Entreprenadavtalet

Bilaga 11 – Utdrag från Frågor och svar (upphandling Entreprenadavtalet)

Bilaga 12 – Pressmeddelande avseende genomförd hyresvärdsupphandling