



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I LULEÅ**

**DOM**  
2022-03-30  
Meddelad i Luleå

Mål nr  
1638-21

**SÖKANDE**

Konkurrensverket, 202100-4342

**MOTPART**

Bodens kommun

Ombud: Advokat [REDACTED]

**SAKEN**

Ansökan om upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 3 lagen (2016:1145)  
om offentlig upphandling (LOU)

---

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Bodens kommun ska betala  
7 000 000 kronor i upphandlingsskadeavgift.

---

## YRKANDEN M.M.

**Konkurrensverket** ansöker om upphandlinsskadeavgift och yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 3 LOU beslutar att Bodens kommun ska betala 7 000 000 (sju miljoner) kronor i upphandlingsskadeavgift. Konkurrensverkets ansökan (utan bilagor) framgår av bilaga 1 till denna dom.

**Bodens kommun** bestrider Konkurrensverkets yrkande och yrkar i första hand att ansökan om upphandlingsskadeavgift ska avvisas och i andra hand att ansökan ska avslås.

## SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Den 1 februari 2022 trädde nya upphandlingsrättsliga bestämmelser i kraft (SFS 2021:1112). Äldre bestämmelser gäller dock fortfarande för sådana upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

Förvaltningsrätten konstaterar att den nu aktuella upphandlingen påbörjats före ikraftträdandet varför de äldre bestämmelserna är tillämpliga.

### Har ansökan kommit in i rätt tid?

#### *Vad Kommunen framför*

Kommunen menar att ansökan har kommit in för sent och anför huvudsakligen följande. Som framgår av 21 kap. 7 § 2 st LOU ska ansökan ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts. Ett avtal sluts när avtalet undertecknas av parterna.

Överlåtelseavtalet med bilagor undertecknades den 21 augusti 2020 och uppfyller formkraven i 4 kap. 1 § JB då överlåtelseavtalet är skriftligt,

innehåller uppgift om köpeskilling och förklaring av säljaren (Kommunen) att egendomen överläts på köparen (SBB). Överlåtelseavtalet är bindande för avtalsparterna i och med undertecknandet, oaktat att det är villkorat i vissa avseenden. Överlåtelseavtalet slöts därmed den 21 augusti 2020. Sista dag att inge ansökan om upphandlingsskadeavgift gällande transaktionen var den 21 augusti 2021. Ansökan inkom till förvaltningsrätten den 10 september 2021. Ansökan är för sent inkommen. Ansökan ska därför avvisas.

*Vad Konkurrensverket framför*

Kommunen gör gällande att Konkurrensverkets ansökan har inkommit till förvaltningsrätten efter den tidpunkt som regleras i 21 kap. 7 § LOU, och att ansökan mot denna bakgrund ska avvisas. Detta stämmer inte. Av 21 kap. 7 § LOU följer att en ansökan ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att "avtalet slöts". Tidsfristen i 21 kap. 7 § LOU hänger delvis samman med tidsfristen för leverantörs talan om ogiltighet i 20 kap. 17 § LOU, som också beräknas med utgångspunkt i när "avtalet slöts". Syftet med fristen i 20 kap. 17 § LOU, som genomför art. 2 f i Direktiv 2007/66/EU, är att rättssäkerhetshänsyn på längre sikt har ansetts kräva att det fastställs en rimlig minsta preskriptionstid för prövning av upphandlande myndigheters beslut.

Konkurrensverkets ansökan inkom till Förvaltningsrätten i Luleå den 10 september 2021. Konkurrensverkets ansökan avser i detta fall en upphandling som innefattar flera rättshandlingar som har vidtagits vid olika tidpunkter, närmare bestämt de avtal som i Konkurrensverkets ansökan benämns Överlåtelseavtalet, Köpebrevet och Hyresavtalet, och som tillsammans benämns Transaktionen.

Det är i och för sig riktigt att Överlåtelseavtalet undertecknades av parterna den 21 augusti 2020. Det noteras dock att Överlåtelseavtalet i detta specifika

fall har utformats på ett sådant sätt att dess ”giltighet och bestånd” var beroende av laga kraft i Förvaltningsrätten i Luleås dom i mål 838-20, vilket inträffade den 16 september 2020. Det noteras också att Köpebrevet, som innebar att SBB blev ägare till Medborgarhuset, undertecknades den 21 september 2020.

Vidare noteras att Hyresavtalet, som förutsatte att SBB var ägare till Medborgarhuset och som innehöll åtaganden om byggentreprenadarbeten avseende Medborgarhuset, slöts den 21 september 2020.

Konkurrensverket anser att det vid dessa förhållanden framgår att ansökan har gjorts i rätt tid med beaktande av de tidsfrister som följer av 21 kap. 7 § LOU. Det noteras också särskilt att kommunens tolkning av när ”avtalet slöts” innebär att det vid beräkning av tidsfristen inte är möjligt att beakta avtalsvillkor om att giltighet inträder vid senare tidpunkt. Vid en sådan tolkning riskerar fristerna för ansökan om ogiltighet och upphandlingsskadeavgift att löpa ut innan det står klart om avtalet blir giltigt. En sådan tolkning skulle medföra att tillsynsmyndigheten måste ta beslut om att ansöka om avgift, och att leverantörer nödgas inleda talan om ogiltighet, *innan* den tidpunkt då det står klart att den rättshandling som är föremål för prövning kommer att bli ett giltigt avtal. Kommunens tolkning innebär således risk för onödiga processer i domstol. Konkurrensverket anser inte att de avvägningar rörande rättssäkerhet som tidsfristen syftar att tillgodose motiverar en sådan tolkning. Avtalsvillkor om att avtalets giltighet är beroende av en händelse vid senare tidpunkt är en omständighet som den upphandlande myndigheten förfogar över. En sådan tolkning kan rimligen inte heller ha varit lagstiftarens avsikt.

#### *Förvaltningsrättens bedömning*

En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska enligt 21 kap. 7 § 2 st LOU ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts.

Förvaltningsrätten anser i likhet med Konkurrensverket att det avtal som undertecknades den 21 september 2020 utgör den sista delen i den transaktion som innefattar såväl överlåtelseavtalet, köpebrevet och hyresavtalet och som tillsammans utgör den transaktion som är föremål för den aktuella talan om upphandlingsskadeavgift. Utifrån att Konkurrensverkets ansökan har kommit in till förvaltningsrätten den 10 september 2021 har den kommit in inom ett år från att den senaste delen i transaktionen blev bindande mellan parterna och därför har den inkommit i tid.

### **Utgör avtalen Byggentreprenad?**

Konkurrensverket har i sin ansökan (se bilaga 1) anfört att kommunen har slutit ett byggentreprenadkontrakt i enlighet med 1 kap. 9 § 1 LOU och att transaktionen, som inte har föregåtts av annonsering i enlighet med 10 kap. 1 § LOU, därför utgör en otillåten direktupphandling.

### *Vad Kommunen framför*

Kommunens huvudsakliga syfte med överlåtelseavtalet finns öppet redovisat i kommunfullmäktiges sammanträdesprotokoll. Det huvudsakliga syftet med överlåtelseavtalet var att överlåta Medborgarhuset till SBB, så att byggnaden fick en ensam fastighetsägare. Detta skulle möjliggöra en utveckling av byggnaden och Bodens centrum.

Att underhållsansvaret i och med överlåtelsen övergår till SBB är en naturlig konsekvens av att SBB blir ny ensam ägare, och därmed hyresvärd, av fastigheten. Ansvar för underhåll av fastigheten, så som gällande el, avlopp och ventilation är något som normalt åligger hyresvärden i alla hyresförhållanden.

På motsvarande sätt var det nödvändigt i och med överlåtelsen att som bilaga till överlåtelseavtalen inkludera ett hyresavtal för Kommunen, eftersom Kommunen inte längre skulle äga Medborgarhuset.

Såväl ansvaret för att utföra underhåll av Medborgarhuset som hyresavtalet är endast naturliga följdverkningar av att Medborgarhuset överläts till SBB. Åtgärderna för underhåll och hyresavtalets ingående är av underordnad betydelse i förhållande till det huvudsakliga syftet att överlåta Medborgarhuset till SBB. Oavsett hur Kommunen hade agerat, så hade nämligen Kommunen stått för kostnaden (direkt eller indirekt).

Om Kommunen överlätit Medborgarhuset utan att reglera ansvaret för underhållsåtgärder så hade SBB ändå blivit tvungen att utföra dessa i egenskap ny ägare och hyresvärd. Köpeskillingen för Medborgarhuset hade vid sådana förhållanden minskat motsvarande underhållsåtgärdernas kostnader. Även i detta scenario hade alltså Kommunen stått för kostnaden.

Eftersom det stod klart att underhållsåtgärderna behövde utföras av SBB efter överlåtelsen och att Kommunen på ett eller annat sätt skulle stå för kostnaden var det rationellt att reglera frågan i Överlåtelseavtalet. Kommunen valde då lösningen att kostnaden skulle uttas i form av hyra, eftersom detta var den mest fördelaktiga lösningen för Kommunen.

Det avgörande skälet bakom överlåtelsen var Kommunens slutsats att de bästa förutsättningarna för att utveckla byggnaden och Bodens centrum förelåg om Medborgarhuset överläts till SBB så att byggnaden fick en ensam ägare. Redan av detta skäl föreligger inget upphandlingspliktigt byggentreprenadkontrakt.

Överlåtelseavtalet med bilagor ("transaktionen") utgör en försäljning av fast egendom. Försäljning av fast egendom omfattas inte av LOU (1 kap. 2 § LOU motsatsvis). Överlåtelseavtalets hyresavtal omfattas av

undantaget i 3 kap. 19 § LOU. Ansökan ska därför avslås.

#### *Förvaltningsrättens bedömning*

Förvaltningsrätten finner efter en genomgång av vad som anförts i målet att de avtal som ingår i transaktionen, överlåtelseavtal, köpebrev och hyreskontrakt måste uppfattas som och anses utgöra ett sådant odelbart blandat kontrakt vars huvudföremål är ett byggentreprenadkontrakt enligt 1 kap. 9 § 1 LOU. Detta innebär att transaktionen i sin helhet omfattas av upphandlingsrättsliga bestämmelser.

#### **Har transaktionen föregåtts av annonsering enligt LOU?**

Konkurrensverket uppger i sin ansökan (bilaga 1) att då transaktionen utgör ett sådant byggentreprenadkontrakt som omfattas av LOU borde den, enligt huvudregeln, ha föregåtts av annonsering enligt 19 kap. 9 § LOU eller 10 kap. 1 § LOU om värdet av upphandlingen överstiger direktupphandlingsgränsen (586 907 för 2019 och 615 312 kronor för 2020) respektive tröskelvärdet (52 620 561 för 2019 och 54 938 615 för 2020).

#### *Vad Kommunen framför*

Eftersom det stod klart att underhållsåtgärderna för att åtgärda bristerna behövde utföras av SBB efter överlåtelsen, och att Kommunen på ett eller annat sätt skulle stå för kostnaden (antingen genom lägre köpeskillingen eller på annat sätt), var det rationellt att reglera frågan i Överlåtelseavtalet. Kommunen valde då lösningen att kostnaden skulle uttas i form av hyra, eftersom detta var den mest fördelaktiga lösningen för Kommunen.

Kommunen framhöll samtidigt att sådana åtgärder ska föregås av (offentlig) upphandling innan de genomförs.

Åtagandet om underhållsåtgärder infördes i bilaga till Överlåtelseavtalet. I bilaga till Överlåtelseavtalet anges vidare att Kommunen och SBB inte träffat någon överenskommelse om samtliga arbeten som ska utföras. Sådan överenskommelse som anger vilka åtgärder som ska vidtas ska istället ingås vid en senare tidpunkt.

Parterna har från första början i förhandlingarna, av försiktighetsskäl, varit överens om att offentlig upphandling enligt LOU ska ske av underhållsåtgärderna och särskilt hyresgästanpassningar innan de utförs.

I bilaga till Överlåtelseavtalet återfinns även villkoret att upphandling ska ske av projekt enligt Överlåtelseavtalet, så som underhållsåtgärder och särskilt hyresgästanpassningar.

Den 21 augusti 2020 ingår Kommunen och SBB Överlåtelseavtalet med bilagor.

Parternas överenskommelse gällande upphandling har därefter uttryckligen kodifierats den 5 januari 2021. Av kodifieringen framgår att underhållsåtgärder och hyresgästanpassningarna av Medborgarhuset ska upphandlas enligt LOU innan de genomförs.

Kommunen uttryckte redan i kommunfullmäktiges sammanträdesprotokoll att underhållsåtgärder och hyresgästanpassningar ska upphandlas enligt LOU innan de utförs. Att upphandling skulle ske var en förutsättning för kommunfullmäktiges beslut att godkänna överlåtelsen av Medborgarhuset.

Parterna har från första början i diskussionerna varit överens om att offentlig upphandling enligt LOU ska ske av försiktighetsskäl, vilket framgår av avsiktsförklaringen mellan SBB och Kommunen.



En reglering om att upphandling ska ske har också införts i Överlåtelseavtalet. Syftet med denna reglering var att den skulle omfatta underhållsåtgärderna och hyresgästanpassningar om 69 000 000 kr. När man i efterhand läser bestämmelsen kan det för en utomstående läsare framstå som att den lämnar visst utrymme för tolkning. Detta på grund av att den är något knapphändig och med hänsyn till var i Överlåtelseavtalet den införts. Detta är givetvis olyckligt, men Överlåtelseavtalet har inte framtagits för att tillämpas av tredjeman taget ur sitt sammanhang.

Bestämmelsens innebörd och syfte är tydlig för SBB och Kommunen utifrån de förhandlingar och diskussioner som parterna haft inför framtagandet av Överlåtelseavtalet. Upphandling ska ske av underhållsåtgärder och hyresgästanpassningar. Parterna har varit eniga på denna punkt sedan första början.

Parternas överenskommelse i denna del har därefter uttryckligen kodifierats mer utförligt. Av kodifieringen framgår att underhållsåtgärder och hyresgästanpassningarna av Medborgarhuset ska upphandlas enligt LOU innan de genomförs.

*Vad Konkurrensverket svarar*

Av omständigheterna framgår att Transaktionen inte har föregåtts av sådan annonsering som avses i LOU.

Kommunen gör bland annat gällande att Transaktionen innefattar villkor om ”genomförandet av gemensamma upphandlingar” enligt LOU av de bygg-entreprenadarbeten om 69 000 000 kronor som SBB har åtagit sig att genomföra på det sätt som följer av Överenskommelsen. Kommunen synes göra gällande att detta skulle innebära att Transaktionen har föregåtts av annonsering enligt LOU. Detta stämmer inte.

Konkurrensverket vidhåller att Transaktionen inte innehåller en sådan reglering som återges i den senare upprättade Överenskommelsen. Detta har tidigare utvecklats i Konkurrensverkets ansökan p. 33–38. Överlåtelseavtalet och Hyresavtalet innehåller inte några sådana villkor som följer av Överenskommelsen. De innehåller inte heller några sådana skrivningar som anges i Avsiktsförklaringen eller i Sammanträdesprotokoll från Kommunfullmäktiges beslut om att godkänna att Kommunen sluter avtal med SBB (jfr bilaga 7 och 9 till ansökan). Detta talar i sig emot att det föreligger sådana villkor. Att Överlåtelseavtalet därtill innehåller skrivningar som syftar till att reglera att det inte är relevant att beakta annat än det som följer av Transaktionen talar också emot förekomsten av villkor som inte framgår av Transaktionen (se även ansökan p. 35 och 37).

Även det förhållande att Transaktionen särskilt reglerar villkor rörande upphandling enligt LOU avseende *andra arbeten* än de som omfattades av SBB:s åtagande om 69 000 000 kronor talar emot förekomsten av villkor rörande de arbeten som omfattades av det särskilda åtagandet om 69 000 000 kronor (se även ansökan p. 34 och 37). Att Transaktionen reglerar upphandling av andra arbeten framgår i punkten 3.5 i bilaga 4, Framtida tilläggs- ombyggnads- och nyinvesteringar, till det Hyresavtal som ingick i Transaktionen. Att dessa villkor inte avser byggentreprenadarbetena om 69 000 000 kronor framgår av Bilaga 1 till Hyresavtalet, Särskilda bestämmelser, punkten 1.2, tredje stycket, som förtydligar att Bilaga 4 till Hyresavtalet endast tillämpas på arbeten vars kostnader överstiger SBB:s åtaganden om 69 000 000 kronor. Konkurrensverket tillbakavisar med bestämdhet kommunens påståenden om att villkoren i dessa delar skulle omfatta byggentreprenadarbeten om 69 000 000 kronor.

Vid bedömningen av trovärdigheten i parternas uppgifter i Överenskommelsen går det inte heller att bortse från att Överenskommelsen slöts efter att Konkurrensverket hade inlett sin tillsyn, och innan utgången av den frist som

klagande leverantörer har på sig att ansöka om ogiltighet enligt LOU avseende Transaktionen. Vid tidpunkten för Överenskommelsen fanns det således en konkret risk för kommunen att bli föremål för ansökan om upphandlings-skadeavgift. För såväl kommunen som SBB:s del förelåg vid samma tidpunkt även en ökad risk för att en leverantör skulle uppmärksamma Transaktionen och väcka talan om ogiltighet, med konsekvensen att både kommunen och SBB förlorade affären.

Det ska dessutom framhållas, att även om Transaktionen hade innehållit sådana villkor som kommunen gör gällande så hade detta inte i sig inneburit att Transaktionen *i sin helhet* anses ha föregåtts av annonsering på det sätt som krävs enligt LOU.

Konkurrensverket erinrar om att ansökan avser kommunens upphandling av ett odelbart blandat kontrakt som i sin helhet utgör ett byggentreprenadkontrakt i den mening som avses i LOU. Detta kontrakt innefattar inte enbart de delar som avser byggentreprenadarbeten i traditionell mening, utan även avtal om överlåtelse och hyra. SBB utgör leverantör i detta kontrakt (se ansökan p. 39–72). Transaktionen innebär en slutlig reglering av kommunens val av SBB som avtalspart och av den ersättning som kommunen ska erlagga till SBB med anledning av samtliga dessa avtalsförhållanden.

Konkurrensverket har uppfattat det som ostridigt mellan parterna att kommunens val av SBB som avtalspart vid Transaktionen, det vill säga Överlåtelseavtalet, Hyresavtalet och Köpebrevet, *inte* har föregåtts av annonsering enligt LOU.

Inga andra leverantörer har således fått möjlighet att konkurrera om upphandlingen och erbjuda sig att ingå Transaktionen till bättre villkor och lägre kostnad för kommunen, exempelvis genom en lägre total ”hyra” (se även Konkurrensverkets ansökan punkterna 33–38 och 73–74).

LOU medger som huvudregel inte att den upphandlande myndigheten uppfyller sin annonseringsskyldighet genom att en leverantör i sin tur åläggs att tillämpa de förfaranden som föreskrivs i LOU vid sina anskaffningar.

Det finns inte heller någon bestämmelse i LOU som läker bristande annonsering av ett kontrakt genom att den upphandlande myndigheten och den leverantör som har ingått ett kontrakt i efterhand ”gemensamt upphandlar” *delar* av det som omfattas av kontraktet.

I sådana mycket speciella situationer då nationell lagstiftning medför att endast en specifik leverantör kan utföra vissa arbeten har det dock ansetts tillräckligt att leverantörens anskaffningar föregås av annonsering. Det finns ingenting som talar för att det i detta fall skulle föreligga sådana specifika omständigheter.

Vid dessa förhållanden står det klart att den upphandling som omfattas av Konkurrensverkets ansökan inte har föregåtts av annonsering på det sätt som krävs enligt LOU.

*Vad Kommunen därefter genmäler*

Konkurrensverket gör gällande att överenskommelsen saknar trovärdighet eftersom det slutits efter att Konkurrensverket påbörjade sin tillsyn.

Konkurrensverkets argument hade möjligen haft fog för sig, om det inte vore för det faktum att SBB och Kommunen redan i avsiktsförklaringen var överens om att upphandling skulle ske. Det rör sig därmed inte om någon efterhandskonstruktion, utan om en kodifiering.

Enligt Kommunens uppfattning är det tydligt utifrån utredningen att den gemensamma partsavsikten mellan SBB och Kommunen med

Överlåtelseavtalet från första början varit att upphandling ska ske.  
Avtalsinnehållet i Överlåtelseavtalet ska fastställas av förvaltningsrätten i enlighet med denna gemensamma partsavsikt.

Som påtalats är SBB inget byggbolag. När byggarbeten ska ske, ingår SBB byggentreprenadkontrakt med ett byggbolag. Det är dessa byggentreprenadkontrakt som parterna, av försiktighetsskäl, överenskommit ska vara föremål för annonserade förfaranden.

Det praktiska genomförandet innebär att Kommunen upphandlar kontrakten enligt LOU som sedan överläts till SBB. Byggentreprenadkontrakten blir på så sätt föremål för ett annonserat förfarande innan de ingås.

Kvarvarande delar i Överlåtelseavtalet (en försäljning av fast egendom och hyresavtal), omfattas tveklöst inte av LOU (1 kap. 2 § motsatsvis och 3 kap. 19 § LOU). Ansökan ska avslås även av dessa skäl.

*Vad Konkurrensverket slutligen framför*

Konkurrensverket vidhåller att upphandlingen inte har föregåtts av annonsering enligt LOU. Transaktionen, som utgör ett odelbart kontrakt, har inte i sin helhet föregåtts av annonsering. Det finns inte stöd för att Transaktionen skulle innehålla sådana villkor som framgår av Överenskommelsen. Oavsett om det hade förekommit sådana villkor rör det sig om en otillåten direktupphandling.

Vad gäller kommunens invändning om att SBB inte är ett ”byggbolag” noteras att Konkurrensverket anser att det står klart att SBB har agerat i egenskap av leverantör i den mening som avses i LOU. Transaktionen innebär bland annat att SBB har åtagit sig att ”genomföra” byggentreprenad-arbeten (bilaga 3:3 till ansökan). Vid bedömningen av om en aktör är att

betrakta som leverantör är det inte relevant om aktören har för avsikt att utföra ett åtagande själv, eller genom underleverantörer (se ansökan p. 46 och däri angiven praxis). Det förhållande att SBB har lämnat nödvändiga garantier för att prestationen ska utföras är tillräckligt för att SBB ska betraktas som leverantör.

Härutöver noteras att det är tveksamt om Transaktionen kan tolkas på det sätt som kommunen gör gällande, även om den kunde tolkas med utgångspunkt i innehållet i Överenskommelsen. Kommunen gör nu gällande att Transaktionen innebär att ”kommunen upphandlar kontrakten”. I Överenskommelsen anges emellertid att kommunen förvisso ska vara ansvarig för upphandlingar mot tredje man, men att upphandlingar ska genomföras ”gemensamt” med SBB (se bilaga 11 till ansökan).

#### *Förvaltningsrättens bedömning*

Som förvaltningsrätten ovan konstaterat utgör kontrakten i upphandlingen sammantaget ett byggentreprenadkontrakt enligt 1 kap. 9 § 1 LOU. Transaktionen ska därför i helhet omfattas av upphandlingsrättsliga bestämmelser och därmed annonseras på sätt som Konkursverket gjort gällande.

Upphandlingen har enligt förvaltningsrättens mening inte föregåtts av annonsering och utgör därmed en otillåten direktupphandling.

#### **Upphandlingens värde och sanktionsavgiftens storlek**

Konkursverket har uppskattat att värdet av upphandlingen uppgår till minst 193 377 450 kronor exklusive mervärdesskatt. Konkursverket anser att en upphandlingsskadeavgift på 7 000 000 kronor är en proportionerlig sanktion

för den aktuella överträdelsen. Se Konkurrensverkets motivering i ansökan bilaga 1.

*Vad Kommunen framför*

Om förvaltningsrätten finner att värdet av kontraktet ska beräknas enligt vad Konkurrensverket gör gällande, så ska det förhållande att värdet av underhålls-åtgärderna och hyresgästanpassningarna endast uppgår till 69 000 000 kr beaktas vid fastställandet av avgiftens storlek.

Att värdet av underhållsåtgärderna och hyresgästanpassningarna är begränsat i förhållande till kontraktets totala värde utgör en förmildrande omständighet.

Sammanfattningsvis föreligger förmildrande omständigheter som motiverar att avgiften ska sättas lägre än vad som annars hade varit fallet. Om en upphandlingsavgift ska beslutas är en avgift om 1 000 000 kr skälig vid en samlad bedömning.

*Vad Konkurrensverket svarar*

Konkurrensverket vidhåller att värdet av den aktuella direktupphandlingen uppgår till minst 193 377 450 kronor (se ansökan punkterna 79–84 och 95). Detta medför att upphandlingsskadeavgiften kan uppgå till högst tio miljoner kronor.

Kommunen gör till synes gällande att upphandlingens värde ska beräknas med utgångspunkt i att SBB:s åtagande om att genomföra byggentreprenad-arbeten uppgår till 69 000 000 kronor. Kommunen gör vidare gällande att underhållsåtgärder och hyresgästanpassningar måste bedömas för sig, att det vid beräkningen av värdet har betydelse om viss del av detta åtagande avser

underhållsåtgärder respektive hyresgäst Anpassningar, samt att värdet är beroende av huruvida Konkurrensverket har styrkt att kommunen har utövat ett bestämmande inflytande över viss del av aktuella arbeten. Detta stämmer inte.

En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde enligt 5 kap. LOU. Värdet av en upphandling är det totala belopp som ska betalas enligt de kontrakt som ingår i upphandlingen.

Bestämmelserna i LOU om blandade kontrakt är avgörande för vilka bestämmelser i lagen, bland annat i fråga om de tröskelvärden, som ska tillämpas för upphandlingen. Vid beräkningen av värdet av en upphandling som avser ett odelbart blandat kontrakt vars huvudsakliga föremål är bygg-entreprenadkontrakt betraktas upphandlingen i sin helhet som ett bygg-entreprenadkontrakt och all ersättning enligt kontraktet beaktas för att avgöra värdet enligt 5 kap. LOU.

Av Konkurrensverkets ansökan framgår att Transaktionen avser upphandling av ett odelbart blandat kontrakt vars huvudsakliga syfte är att ingå ett byggentreprenadkontrakt (se ansökan p. 39–72). Det är således Transaktionens sammanlagda värde som utgör upphandlingens värde.

Konkurrensverket uppfattar det som ostridigt mellan parterna att den ersättning som Kommunen ska erlägga med anledning av Transaktionen uppgår till minst 193 377 450 kronor. Detta framgår av Överlåtelseavtalet och Hyresavtalet. Av detta följer att upphandlingens värde uppgår till minst 193 377 450 kronor.

Konkurrensverket anser inte att det föreligger några förmildrande omständigheter som innebär att avgiften bör sättas till ett lägre belopp än det



yrkade beloppet. Rättsläget är inte oklart. Upphandlande myndigheter har ett strikt ansvar att följa LOU och en avsaknad av försvårande omständigheter, såsom avsaknad av uppsåt att begå en överträdelse, utgör inte i sig en förmildrande omständighet. Av omständigheterna framgår att Transaktionen inte innehöll sådana åtaganden om annonsering som i efterhand har reglerats i Överenskommelsen. Dessa åtaganden påverkar därför inte sanktionsvärdet. Även om Transaktionen hade innehållit sådana åtaganden om att *delar* av Transaktionen skulle konkurrensutsättas *i senare led* så påverkar detta inte sanktionsvärdet avseende den nu aktuella överträdelsen.

Konkurrensverket erinrar om att överträdelsens allvarlighetsgrad ska fastställas utifrån en helhetsbedömning och upphandlingens värde är en av flera avgörande faktorer som påverkar sanktionsvärdet. När värdet av den nu aktuella upphandlingen vägs in i bedömningen av sanktionsvärdet är det förvisso rimligt att i detta specifika fall i viss mån beakta att värdet av upphandlingen även innefattar tjänster som normalt inte ska föregås av annonserad upphandling. Detta har emellertid redan beaktats i den avgift som har yrkats i Konkurrensverkets ansökan (p. 101 i ansökan).

Detta innebär inte att Konkurrensverket delar kommunens uppfattning att det skulle vara rimligt att helt bortse från samtliga delar av upphandlingens värde som inte avser byggentreprenadarbeten i traditionell mening. En sådan tolkning vore inte förenlig med LOU och det EU-direktiv som lagen genomför. Den affär som andra leverantörer gick miste om då kommunen valde att genomföra Transaktionen utan föregående annonsering och konkurrensutsättning enligt LOU har ett större värde, och LOU kräver att hela affären borde ha föregåtts av annonsering. Det går vidare inte att dra slutsatsen att endast 69 000 000 kronor av den totala ersättningen om ca 193 000 000 kronor som kommunen ska betala avsåg ersättning avseende byggentreprenadarbeten i traditionell mening. Att SBB åtar sig att genomföra byggentreprenadarbeten till ett värde om 69 000 000 kronor är inte att likställa med att kommunens ersättning för

dessa byggtreprenader endast uppgår till detta belopp.

Konkurrensverket vidhåller sammanfattningsvis att den yrkande avgiften är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

#### *Förvaltningsrättens bedömning*

Som förvaltningsrätten redan ovan konstaterat anser domstolen att upphandlingen i helhet avser byggtreprenad och ska därför omfattas av upphandlingsrättsliga bestämmelser. Domstolen anser även gällande beräkningen av upphandlingens värde samstämmigt med Konkurrensverket att en uppdelning av avtalen inte kan göras på så sätt som Kommunen gör gällande. Konkurrensverket har beräknat upphandlingens värde till drygt 193 000 000 kronor utifrån överlåtelseavtal och hyresavtal. Kommunens invändning om att den totala transaktionen inte ska beaktas vid beräkningen av upphandlingens värde är enligt domstolens mening inte möjlig.

Vid en samlad bedömning anser förvaltningsrätten att en upphandlings-skadeavgift om 7 000 000 står i proportion till överträdelsens allvar. Konkurrensverkets ansökan ska därför bifallas och Bodens kommun ska betala en skadeavgift om 7 000 000 kronor.

#### **HUR MAN ÖVERKLAGAR**

Detta avgörande kan överklagas. Överklagandet ska ges in till Förvaltningsrätten i Luleå men vara ställt till Kammarrätten i Sundsvall. Information om hur man överklagar finns i bilaga 2 (FR-05).

Eva Westerlund  
rådman

Carola Andersson har föredragit målet.

Förvaltningsrätten i Luleå  
Box 849  
971 26 Luleå

FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I LULEÅ  
H3:5

INKOM: 2021-09-10  
MÅLNR: 1638-21  
AKTBIL: 1

## Ansökan om upphandlingsskadeavgift

### Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

### Motpart

Bodens kommun

### Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 3 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)

---

### Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 3 LOU beslutar att Bodens kommun ska betala 7 000 000 (sju miljoner) kronor i upphandlingsskadeavgift.

## Grunder

1. Bodens kommun har brutit mot 10 kap. 1 § LOU genom att den 16 september 2020, eller som senast den 21 september 2020, sluta avtal om byggentreprenadarbeten med SBB i Norden AB (559053-5174), utan föregående annonsering, se bilaga 1–3. Eftersom förutsättningarna för att sluta avtal utan föregående annonsering saknades utgör avtalen en otillåten direktupphandling.

## Bakgrund och omständigheter

### Inledning

2. Bodens kommun (kommunen) har genomfört en transaktion avseende sale-and-lease-back med SBB i Norden AB<sup>1</sup> (SBB), som omfattar ett överlåtelseavtal (Överlåtelseavtalet) och köpebrev (Köpebrevet), se bilaga 1–2, som avser överlåtelse av fastigheten Boden 52:6 (Medborgarhuset) till ett värde av 31 000 000 kronor. Transaktionen omfattar även ett hyresavtal (Hyresavtalet), se bilaga 3, avseende förhyrning av Medborgarhuset för kommunalt ändamål. Hyresavtalet innehåller också ett åtagande från SBB:s sida om att ”genomföra underhållsarbeten och hyresgäst Anpassningar” till ett sammanlagt värde om 69 000 000 kronor. Genom Hyresavtalet åtar sig kommunen att erlagga ersättning i form av ”hyra” för SBB:s åtaganden.
3. Det är dessa avtal (Transaktionen) som omfattas av Konkurrensverkets ansökan.
4. Transaktionen innebär att kommunen har slutit ett byggentreprenadkontrakt i enlighet med 1 kap. 9 § 1 LOU. Transaktionen, som inte har föregåtts av annonsering i enlighet med 10 kap. 1 § LOU, utgör en otillåten direktupphandling.

### Medborgarhusets omfattande behov av renovering

5. ”Medborgarhuset”, del av fastigheten Boden 52:6<sup>2</sup> i Bodens kommun, inhyser bland annat en teater, bowlinghall, biograf och kontor för två av Bodens kommuns förvaltningar. Byggnaden består av två källarplan (våning 1–2) och fem plan ovan mark (våning 3–8). Medborgarhusets översta tre plan (våning 5–8) brukar betecknas som den s.k. höghusdelen. Byggnaden är sammanbyggd med angränsade fastigheter Hotell Bodensia (Oxeln 8) i öster och Galleria Enter (Oxeln 9) i söder och väster.

<sup>1</sup> Genom partsbyteshandling undertecknad den 21 september 2020 har SBB Boden Medborgarhus AB, 559267-3437, med nuvarande firma SBB Medhus AB, inträtt i Överlåtelseavtalet i SBB:s ställe.

<sup>2</sup> Fastigheten hade tidigare fastighetsbeteckningen Oxeln 1.

6. Medborgarhuset uppfördes 1965, inga större generella renoveringar hade genomförts sedan uppförandet och byggnaden är i dåligt skick. Behovet av renoveringar är till stor del akut vad avser bland annat avlopp, ventilation och el.
7. Kommunen, som var ägare till fastigheten, hade uppmärksammat det omfattande behovet av arbeten på fastigheten.
8. Under 2016 genomfördes en statusbesiktning och 2018 behandlade Fastighetsnämnden en åtgärdsplan där det listas en rad "större ingrepp" som under en statusbesiktning konstaterats nödvändiga för att "fastigheten ska kunna fortsätta nyttjas". Kostnaderna uppskattades till 63 600 000 kronor. Det framhölls samtidigt att uppskattningen inte gav en komplett bild av fastighetens renoveringsbehov, då till exempel åtgärder av underhållskaraktär inte är medräknade, se bilaga 4-5.

#### **Förhandlingar och avtal med SBB om Medborgarhuset**

9. I maj 2019 kontaktade SBB kommunen med ett förslag till samarbete. Bakgrunden var bland annat SBB:s vilja att investera i kommunen och intresse av att förvärva "Enter Galleria", i fastigheten Oxeln 9 angränsande till Medborgarhuset.
10. I augusti 2019 gav SBB PropCon Sweden AB (PropCon) i uppdrag att genomföra en teknisk besiktning av Medborgarhuset i syfte att "identifiera och beskriva synliga och kända brister vilka kan ha väsentlig inverkan på fastigheternas ekonomiska värde inför en eventuell överlåtelse". I rapporten uppskattas att kostnaderna för åtgärder som är nödvändiga att vidta inom fem år "för att behålla fastighetens befintliga funktioner och i brukbart skick" uppgår till ca 68 745 000 kronor. Kostnader avseende normal drift, underhålls- och skötselkaraktär, myndighetsbesiktningar, samt brister vars åtgärds kostnad antogs understiga 50 000 kronor, är dock inte inräknade i detta belopp, se bilaga 6.
11. Den 12 december 2019 slöt Kommunen och SBB en avsiktsförklaring som bland annat avsåg Medborgarhuset (Avsiktsförklaringen), se bilaga 7. Av avsiktsförklaringen framgår att kommunen och SBB inlett förhandlingar som bland annat syftande till att träffa överlåtelseavtal rörande del av Medborgarhuset, att kommunen skulle ingå hyresavtal avseende lokaler i Medborgarhuset samt att SBB skulle åta sig att "utföra eftersatt underhåll på fastigheten".
12. Den 3 mars 2020 utvecklades det föreslagna samarbetet mellan kommunen och SBB i en tjänsteskrivelse (Tjänsteskrivelsen), se bilaga 8.

13. Den 6 april 2020 beslutade kommunfullmäktige att godkänna den föreslagna affärssuppgörelsen med SBB, se bilaga 9.
14. Kommunfullmäktiges beslut blev föremål för talan om laglighetsprövning enligt 13 kap. 8 § kommunallagen (2017:725) (KL), (Förvaltningsrätten i Luleå, mål nr 838-20).
15. I dom den 21 juli 2020 avslog förvaltningsrätten överklagandena. Av domen framgår bland annat att rätten i första hand prövade om beslutet rörde offentlig upphandling i den mening som avses i LOU och att domstolen, med utgångspunkt i tillgängligt material, gjorde bedömningen att LOU inte var tillämplig. Förvaltningsrätten gjorde därefter bedömningen att det inte framkommit att kommunens beslut ska upphävas på någon av de grunder som anges i 13 kap. 8 § KL.
16. Den 21 augusti 2020 undertecknades Överlåtelseavtalet avseende Medborgarhuset av kommunen och SBB, se bilaga 1.<sup>3</sup> Av avtalet framgår att dess "giltighet och bestånd" förutsätter att Förvaltningsrätten i Luleås dom i mål nr 838-20 vinner laga kraft.<sup>4</sup>
17. Den 16 september 2020 vann Förvaltningsrätten i Luleås dom i mål nr 838-20 laga kraft, se bilaga 10.
18. Den 21 september 2020 undertecknades Hyresavtalet, se bilaga 3.
19. Samma dag undertecknade parterna Köpebrevet, genom vilket kommunen överlät Medborgarhuset (fastigheten Boden 52:6) till en sammanlagd köpeskilling om 31 000 000 kronor, se bilaga 2.
20. Det är den Transaktion som regleras i Överlåtelseavtalet, och i det därtill kopplade Köpebrevet och Hyresavtalet, bilaga 1–3, som omfattas av aktuell ansökan om upphandlingsskadeavgift.
21. Under år 2020 öppnade Konkurrensverket ett ärende som bland annat avsåg kommunens försäljning av Medborgarhuset. Den 26 november 2020 inleddes en skriftväxling med kommunen avseende Transaktionen.
22. Den 5 januari 2021, respektive den 8 januari 2021, det vill säga efter att Konkurrensverket inlett sin granskning, undertecknade kommunen och SBB en handling som benämns "Kodifierande Överenskommelse beträffande upphandlingar enligt LOU" (Överenskommelsen), se bilaga 11.

---

<sup>3</sup> Den 21 september 2020 har SBB Boden Medborgarhus AB, 559267-3437, med nuvarande firma SBB Medhus AB, inträtt i överlåtelseavtalet i SBB:s ställe.

<sup>4</sup> Bilaga 1, punkten 15.

23. Kommunen har, under Konkurrensverkets utredning, bland annat uppgett att SBB:s åtaganden avseende underhållsarbeten och hyresgästanpassningar är av "finansiell art". Enligt kommunen rör Transaktionen inte ett kontrakt i den mening som avses i LOU. Kommunen uppger närmare bestämt att Transaktionen innehåller bindande avtalsvillkor som innebär att SBB endast har rätt till den avtalade ersättningen i form av hyreshöjning om projektering och utförande av de byggtreprenadarbeten om 69 000 000 kronor som omfattas av Transaktionen föregås av offentligt upphandling enligt LOU. Enligt kommunen har SBB inte rätt att självständigt och efter eget skön låta utföra aktuella byggtreprenadarbeten enligt avtalad modell för hyresjustering. Enligt kommunen innebär vidare detta villkor att det inte föreligger en otillåten kontraktstilldelning enligt LOU. Kommunen uppger att marknaden kommer få konkurrera om aktuella byggtreprenadarbeten när kommunen och SBB tillsammans konkurrensutsätter dessa enligt LOU. Kommunen gör också gällande att SBB:s "finansieringsåtaganden" avseende byggtreprenadarbeten upp till 69 000 000 kronor till merparten avser funktionsåterställande åtgärder som kan omfattas av hyresundantaget i 3 kap. 19 § LOU.

#### Närmare om Transaktionen

24. I kommunens årsredovisning för år 2020 omnämns Transaktionen avseende Medborgarhuset som ett sale-and-lease-back-avtal. Det framhålls att Transaktionen innebär att kommunen sålde fastigheten och hyr tillbaka merparten, samt att den nya ägaren "i samförstånd med kommunen ska investera" 69 000 000 kronor i fastigheten, se bilaga 12.<sup>5</sup>
25. Transaktionen föranleddes av att Kommunen hade svårigheter att i närtid finansiera det stora investeringsbehov som förelåg i fastigheten och ville få nödvändiga arbeten utförda till en acceptabel kostnad. Kommunen ville fortsätta nyttja Medborgarhuset och fann det också mycket angeläget att kvarteret Oxeln, innehållande såväl Medborgarhuset som Gallerian Enter, utvecklas till en "attraktiv mötesplats Bodens centrum", se bilaga 13.<sup>6</sup>
26. Av Överlåtelseavtalet och Köpebrevet, bilaga 1–2, framgår att Medborgarhuset överlättes till en köpeskilling om 31 000 000 kronor. Av Överlåtelseavtalet framgår också att parterna ska teckna ett kopplat hyresavtal avseende Medborgarhuset, som även innefattar åtaganden för SBB om att genomföra "underhållsarbeten och hyresgästanpassningar".<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Bilaga 12, not 24.

<sup>6</sup> Bilaga 13 avser ett utlåtande av en konsult, som agerat rådgivare i kommunens affärsuppgörelse med SBB avseende Medborgarhuset. Utlåtandet åberopades av kommunen i Förvaltningsrätten i Luleås mål nr 838-20.

<sup>7</sup> Bilaga 1, punkten 8.5, samt bilagor till bilaga 1.

Överlåtelseavtalet innehåller också bilagor som i allt väsentligt motsvarar Hyresavtalet med bilagor.<sup>8</sup>

27. Köpeskillingen om 31 000 000 kronor har beräknats med utgångspunkt i fastighetens bokförda värde hos kommunen. Värdet är kopplat till förväntad hyresintäkt.<sup>9</sup> Vid hyrestidens utgång förväntas fastigheten ha ett värde om 105 315 000 kronor, se bilaga 14.<sup>10</sup>
28. Hyresavtalet innehåller åtaganden från kommunen om att hyra lokaler i Medborgarhuset under en hyrestid som i praktiken uppgår till minst 35 år.<sup>11</sup>
29. Hyresavtalet innehåller också åtaganden från SBB om att genomföra "underhållsarbeten och hyresgästanpassningar" på hyresobjektet till ett belopp om 69 000 000 kronor.<sup>12</sup> Det föreskrivs bland annat att hyresvärden "ska tillse att eftersatt underhåll på Fastigheten åtgärdas och tillse att de hyresgästanpassningar som anges i Bilaga 3 (Underhållsarbeten och hyresgästanpassningar) genomförs. Efter att hyresgästanpassningarna har genomförts ska Parterna gemensamt besiktiga åtgärderna."<sup>13</sup> Av Bilaga 3 till Hyresavtalet framgår vidare att hyresvärden "har åtagit sig att genomföra underhållsarbeten och hyresgästanpassningar på Hyresobjektet" till ett belopp om 69 000 000 kronor och att detta åtagande innebär att hyresvärden ska "åtgärda de tekniska brister på Hyresobjektet som anges i teknisk besiktning utförd av Propcon...".<sup>14</sup>
30. Av detta följer att Hyresavtalets åtaganden om "underhållsarbeten och hyresgästanpassningar" bland annat avser underhåll av installationer av avlopp, värme och vatten till ett uppskattat värde om ca 23 800 000 kronor, ventilation till ett uppskattat värde om ca 15 600 000 kronor samt elinstallationer till ett uppskattat värde om ca 11 000 000 kronor.<sup>15</sup>
31. För SBB innebar Transaktionen att man, genom att kommunen erlägger ersättning i form av "hyra" i enlighet med Hyresavtalet, får en tillfredsställande avkastning på sin "investering", se bilaga 13. Ersättningen har i första hand beräknats med utgångspunkten i att SBB ska ges en direktavkastning på fem procent i syfte att täcka avskrivning på fastigheten

---

<sup>8</sup> Jämför bilaga 1 och bilaga 3.

<sup>9</sup> Se bilaga 13.

<sup>10</sup> Bilaga 14, s. 13. Bilagan avser ett utlåtande från Cushman & Wakefield avseende Medborgarhuset, som åberopades av kommunen i Förvaltningsrätten i Luleås mål nr 838-20.

<sup>11</sup> Se bilaga 1:3, punkten 2. Hyrestiden räknas från och med tillträdesdagen till och med utgången av den månad som infaller 25 år efter tillträdesdagen. Om inte uppsägning sker skriftligen minst 24 år och 11 månader före den avtalade hyrestidens utgång förlängs hyrestiden med 10 år. För efterföljande förlängningsperioder ska en uppsägningstid om 12 månader gälla, i annat fall är hyreskontraktet förlängt med fem år åt gången.

<sup>12</sup> Se bilaga 3:2, punkten 1.2, samt bilaga 3:3, Underhållsarbete och hyresgästanpassningar.

<sup>13</sup> Se bilaga 3:2, punkten 1.2.

<sup>14</sup> Bilaga 3:3, Underhållsarbete och hyresgästanpassningar.

<sup>15</sup> Bilaga 6, s. 40 f.



och ge ränta på "investeringen", se bilaga 13. Konkurrensverket noterar att 69 procent av investeringen avser kompensation för åtaganden om att "genomföra underhåll och utföra hyresgäst Anpassningar". Detta följer av att SBB:s investering bestod i åtaganden om att åtgärda eftersatt underhåll och utföra hyresgäst Anpassningar till ett värde av 69 000 000 kronor, samt av köpeskillingen om 31 000 000 kronor. Konkurrensverket noterar att en stor del av "hyran" således avser ersättning för SBB:s åtaganden om att "genomföra underhåll och utföra hyresgäst Anpassningar".

32. Ersättningen ökar i betydande mån efter att de "underhållsarbeten och hyresgäst Anpassningar" som omfattas av Transaktionen har genomförts. Utgångspunkten är att SBB åtar sig att "investera" de 69 000 000 miljoner kronorna avseende "underhållsarbeten och hyresgäst Anpassningar" under åren 2021–2023, och ersättningen gradvis ska trappas upp från ett belopp om 1 710 000 kronor per år innan investeringen har genomförts, till 5 515 000 kronor per år, allteftersom arbetena har genomförts, se bilaga 14.<sup>16</sup> Ersättningen ökar således med mer än 200 procent vid tidpunkten då aktuella "underhållsarbeten och hyresgäst Anpassningar" är genomförda. Konkurrensverket noterar att detta också talar för att en stor andel av "hyran" avser SBB:s åtaganden om att "genomföra underhåll och utföra hyresgäst Anpassningar".
33. Inget av avtalen i Transaktionen har föregåtts av annonsering enligt LOU.
34. Transaktionen innehåller inte heller, vilket kommunen har gjort gällande, några avtalsvillkor som innebär att SBB:s rätt att genomföra aktuella "underhållsarbeten och hyresgäst Anpassningar" efter eget skön begränsas genom krav på att dessa arbeten ska föregås av offentligt upphandling enligt LOU. Transaktionen innehåller däremot en särskild reglering av att eventuella arbeten till ett värde som *överskrider* 69 000 000 kronor om tillämpligt ska "genomföras i enlighet med LOU".<sup>17</sup>
35. I Avsiktsförklaringen och i Tjänsteskrivelsen, som föregick Transaktionen, finns förvisso skrivningar om att parterna i samråd skulle "överenskomma om de åtgärder som ska genomföras" avseenden aktuella "underhållsarbeten och hyresgäst Anpassningar" och "upphandla dessa gemensamt".<sup>18</sup> Av Överlåtelseavtalet och Hyresavtalet, som saknar sådana skrivningar, framgår emellertid att dessa avtal "... utgör parternas fullständiga reglering av alla frågor..." som avtalen berör, samt att de "...ersätter alla tidigare överenskommelser, åtaganden och utfästelser...".<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> Bilaga 14, s. 9 f.

<sup>17</sup> Bilaga 3:1, punkten 1.2, samt bilaga 3:4, punkten 3 5.

<sup>18</sup> Bilaga 7 och bilaga 8.

<sup>19</sup> Bilaga 1, punkten 14.5.2 samt bilaga 1 till ansökans bilaga 3, punkten 5.9.

36. I Överenskommelsen, som enligt ordalydelsen syftar till att "kodifiera vad parterna sedan förhandlingarnas början har varit överens om i fråga om gemensamma upphandlingar" anges att parterna är överens om att "samtliga upphandlingspliktiga moment" som ingår Transaktionen ska "upphandlas gemensamt av parterna på ett sätt som är förenligt med LOU".<sup>20</sup>
37. Överenskommelsen slöts emellertid några månader efter Transaktionen, och efter att Konkurrensverket hade inlett sin granskning. Att en upphandlande myndighet i efterhand ingår ett nytt avtal, med förändrade villkor, saknar betydelse vid bedömningen av frågan om det har förelegat en överträdelse av LOU vid det första avtalet.<sup>21</sup> Överenskommelsen återspeglar vidare inte avtalsinnehållet vid Transaktionen och det går enligt Konkurrensverkets mening inte att tolka Transaktionen på det sätt som följer av Överenskommelsen. Detta framgår av att Överlåtelseavtalet och Hyresavtalet saknade sådana villkor, och dessutom innehöll villkor som syftar till att reglera att det inte är relevant att beakta annat än det som följer av dessa avtal. Det framgår också av att upphandling enligt LOU av andra arbeten särskilt reglerades i Transaktionen.
38. Det noteras särskilt att kommunen, under Konkurrensverkets utredning, har uppgett att man är av uppfattningen att aktuella "underhållsarbeten och hyresgästpassningar" omfattas av hyresundantaget i 3 kap. 19 § LOU. Detta kan möjligen förklara varför Transaktionen i sin helhet inte föregicks av annonsering enligt LOU, och varför inte heller de villkor i Avsiktsförklaringen, som eventuellt kan ha syftat till att Transaktionen skulle vara förenlig med LOU, har inkluderats i den slutliga utformningen av Transaktionen.

## Transaktionen utgör en otillåten direktupphandling

### Transaktionen omfattas av LOU

39. Transaktionen innebär i korthet att kommunen, som är upphandlande myndighet för Transaktionen<sup>22</sup>, genom avtal med extern part, överlåter en fastighet, att samma myndighet garanterar sig nyttjanderätt till fastigheten genom avtal om förhyrning under längre tid, och att den externa parten samtidigt åtar sig att genomföra underhållsarbeten och hyresgästpassningar på "hyresobjektet" till ett betydande värde. Den externa parten betalar en köpeskilling för fastigheten och den upphandlande myndigheten åtar sig att betala ersättning för Transaktionen i form av "hyra".

---

<sup>20</sup> Bilaga 11.

<sup>21</sup> Jfr Förvaltningsrätten i Karlstads dom den 26 april 2021 i mål nr 5491-20.

<sup>22</sup> Se 1 kap. 22 § LOU och HFD 2018 ref. 67. Jfr bland annat HovR för Övre Norrlands dom i mål nr T 417-20. Jfr även 5 kap. 4 § LOU samt skäl 20 och art. 5.2 i Direktiv 2014/24/EU.

Parterna benämner de avtal som ingår i Transaktionen "Överlåtelseavtal", "Köpebrev", och "Hyreskontrakt".

40. Konkurrensverket gör bedömningen att Transaktionen utgör ett sådant odelbart blandat kontrakt vars huvudföremål är ett byggentreprenadkontrakt enligt 1 kap. 9 § 1 LOU. Vid dessa förhållanden omfattas Transaktionen i sin helhet av LOU.
41. Detta utvecklas nedan under punkterna 42–72.

#### Gällande rätt

42. LOU omfattar de åtgärder som vidtas av upphandlande myndigheter i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggentreprenader genom tilldelning av kontrakt och ramavtal.<sup>23</sup>
43. 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.<sup>24</sup>
44. 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.<sup>25</sup>
45. 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.<sup>26</sup>
46. 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 anses 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.<sup>27</sup>

---

<sup>23</sup> 1 kap. 2 § LOU.

<sup>24</sup> Se EU-domstolens dom i mål C-537/19, *Wiener wohnen*, p. 43.

<sup>25</sup> Skäl 4 till Direktiv 2014/24/EU.

<sup>26</sup> 1 kap. 15 § LOU.

<sup>27</sup> Se EU-domstolens dom i mål C-536/07, *Kommissionen mot Tyskland*, 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.

47. 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.<sup>28</sup> Det ska röra sig om rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär. Ett ekonomiskt intresse kan konstateras inte bara när den upphandlande myndigheten ska bli ägare till de byggnadsverk eller de anläggningar som avses i kontraktet, utan även om det förutses att den upphandlande myndigheten ska ha rätt att förfoga över dessa byggnadsverk eller anläggningar för offentliga ändamål.<sup>29</sup>
48. 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.<sup>30</sup>
49. Överlåtelse av fastighet utgör inte en anskaffning och omfattas således som huvudregel inte av LOU. Då en överlåtelse utgör del av en transaktion som innebär att ett byggtreprenadkontrakt senare ska tilldelas kan emellertid transaktionen som helhet betraktas som ett kontrakt som ska upphandlas enligt LOU.<sup>31</sup>
50. Avtal om hyra av fastighet har uttryckligen undantagits från LOU:s tillämpningsområde.<sup>32</sup> Undantaget kan emellertid inte göras gällande vid transaktioner som är att betrakta som ett byggtreprenadkontrakt vid en sådan tolkning som följer av LOU och unionsrätten.<sup>33</sup>
51. Begreppet byggtreprenad regleras i 1 kap. 9 § LOU. Definitionen omfattar tre typer av kontrakt. Med byggtreprenadkontrakt 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 realiseras, enligt krav som ställs upp av en upphandlande myndighet som utövar ett avgörande inflytande över typen av byggnadsverk eller över projekteringen.<sup>34</sup>

---

<sup>28</sup> Se EU-domstolens dom i mål C-451/08, *Helmut Müller*, p. 48–49.

<sup>29</sup> Se EU-domstolens dom i mål C-451/08, *Helmut Müller*, p. 48–51 och i mål C-537/19, *Wiener wohnen*, p. 44.

<sup>30</sup> Se C-451/08 *Helmut Müller*, p. 82.

<sup>31</sup> Se C-451/08 *Helmut Müller*, p. 82. Jfr även EU-domstolens tolkning av kontraktsbegreppet i mål C-215/09, *Mehiläinen Oy*, p. 34 och i mål C-606/17, *IBA Molecular*, p. 17 och 24–26.

<sup>32</sup> 3 kap. 19 § LOU.

<sup>33</sup> Se bland annat EU-domstolens dom i mål C-537/19, *Wiener wohnen*, p. 49. Det noteras dock särskilt att detta avgörande avsåg frågan om det rörde sig om en byggtreprenad i den mening som följer av 1 kap. 9 § 3 LOU och inte, som i detta fall, enligt 1 kap. 9 § 1 LOU.

<sup>34</sup> 1 kap. 9 § 1 LOU.

52. Vid avtal som innehåller kontrakt som omfattas av LOU, såsom byggtreprenadkontrakt, men som även innehåller inslag av överlåtelse och 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.<sup>35</sup> Storleken på leverantörens ersättning eller frågan hur betalning sker är visserligen inte avgörande vid bedömningen, men dessa förhållanden saknar inte helt betydelse.<sup>36</sup>
53. I skälen till det direktiv som LOU genomför noteras särskilt att offentliga tjänstekontrakt på området för fastighetsförvaltningstjänster i vissa fall omfattar byggtreprenad. Om sådan byggtreprenad är av underordnad betydelse i förhållande till kontraktets huvudinnehåll och är en följd av, eller ett komplement till detta, kan det faktum att sådan byggtreprenad ingår i upphandlingen inte anses vara ett tillräckligt skäl för att klassificera det offentliga tjänstekontraktet som ett offentligt byggtreprenadkontrakt.<sup>37</sup>
54. Vad gäller blandade kontrakt som innehåller byggtreprenader noteras särskilt att prövningen till viss del kan avse olika moment, beroende på vilken av definitionerna av begreppet i 1 kap. 9 § 1–3 LOU som aktualiseras i det enskilda fallet. För att det ska anses föreligga ett byggtreprenadkontrakt enligt 1 kap. 9 § 3 krävs exempelvis, till skillnad från i 1 kap. 9 § 1, som är aktuell i det här målet, att det görs en prövning av om det har förelegat ett avgörande inflytande över typen av byggnadsverk eller över projekteringen.<sup>38</sup>

Det huvudsakliga syftet med Transaktionen är ett byggtreprenadkontrakt enligt LOU

55. SBB:s åtagande avseende ”underhållsarbeten och hyresgäst Anpassningar” avser bland annat åtagande om att genomföra underhåll av installationer av avlopp, värme och vatten till ett uppskattat värde om ca 23 800 000 kronor,

<sup>35</sup> 2 kap. 1–2 §§ och 12 § första stycket LOU. Se även bland annat EU-domstolens dom i C-537/19, *Wiener wohnen*, p. 46, i mål C-213/13, *Pizzarotti*, p. 41, i mål C-220/05, *Jean Auroux*, p. 37, i mål C-412/04, *Kommissionen mot Italien*, p. 47 och i mål C-536/07, *Kommissionen mot Tyskland*, 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 f.

<sup>36</sup> Se bland annat EU-domstolens dom i mål C-537/19, *Wiener wohnen*, p. 52 och däri angiven praxis. Jfr mål C-536/07, *Kommissionen mot Tyskland*, p. 60–61.

<sup>37</sup> Direktiv 2014/24/EU, skäl 8. Se även EU-domstolens dom i mål C-331/92, *Gestion Hotelera*, p. 26 och 29.

<sup>38</sup> Jfr bland annat EU-domstolens dom i mål C-537/19, *Wiener wohnen*, i vilket prövningen avsåg frågan om det förelåg ett byggtreprenadkontrakt i den mening som avses i 1 kap. 9 § 3 LOU, till skillnad från i detta mål, som rör byggtreprenad enligt 1 kap. 9 § 1 LOU.

ventilation till ett uppskattat värde om ca 15 600 000 kronor samt elinstallationer till ett uppskattat värde om ca 11 000 000 kronor.<sup>39</sup>

56. Detta utgör sådana byggtrepreparadarbeten som återfinns i bilaga 1 till LOU, i undergrupperna 45.33 VVS-arbeten och 45.31 Elinstallationer till huvudgruppen 45 Byggverksamhet dvs. nybyggnad, renovering och normal reparation.<sup>40</sup>
57. Åtagandet om att "genomföra" aktuella arbeten innebär att SBB har agerat som leverantör enligt LOU. Det saknar i detta sammanhang betydelse om SBB har för avsikt att utföra byggtrepreparaderna själv, eller genom att anlita annan.<sup>41</sup>
58. Det rör sig om rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär. Det noteras också att kommunen har ett direkt ekonomiskt intresse av aktuella arbeten och att SBB tillhandahåller de tjänster som omfattas av Transaktionen mot ersättning. Av Hyresavtalet framgår att SBB erhåller ersättning från kommunen i form av hyra.
59. Av detta följer att Transaktionen innefattar avtal om byggtrepreparadkontrakt med ekonomiska villkor i den mening som avses i 1 kap. 9 § 1 och 15 § LOU.
60. Eftersom Transaktionen även innehåller vissa särdrag som kännetecknar fastighetsöverlåtelse och hyresavtal<sup>42</sup>, aktualiseras bestämmelserna om blandade kontrakt i 2 kap. 2 § och 12 § första stycket i LOU.<sup>43</sup>
61. Av omständigheterna framgår att Transaktionen utgör en odelbar enhet.
62. Hyresavtalet, som innehåller åtaganden om byggtrepreparadarbeten, hade inte haft något syfte om det inte vore för Överlåtelseavtalet. Hyresavtalet utgjorde en bilaga till Överlåtelseavtalet. Innan Överlåtelseavtalet var kommunen ägare till Medborgarhuset med rätt att nyttja lokalerna, och hade därför inte behov av förhyrning av lokaler i Medborgarhuset. Att kommunens åtagande om förhyrning utgör en förutsättning för den köpeskilling som har avtalats i Överlåtelseavtalet talar också för att det har varit fråga om en sammanhängande odelbar transaktion (se ovan punkterna 26–27). Överlåtelseavtalet skulle vidare inte ha haft något syfte om kommunen inte hade haft ett behov av att anskaffa de aktuella byggtrepreparaderna på fastigheten. För kommunens del föranleddes

<sup>39</sup> Bilaga 6, s. 40 f.

<sup>40</sup> Se bilaga 1, 3 och 6.

<sup>41</sup> Se EU-domstolens dom i mål C-536/07, *Kommissionen mot Tyskland*, 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.

<sup>42</sup> Se 3 kap. 19 § LOU.

<sup>43</sup> Se bland annat prop. 2015/16:195 s. 361 f, 363 ff. och 368 f.



Transaktionen av svårigheter att i närtid finansiera det stora investeringsbehov som förelåg i fastigheten. Kommunen gjorde också bedömningen att Transaktionen i sin helhet innebar en möjlighet att under längre tid fortsatt nyttja de lokaler som avyttras till en acceptabel kostnad (se ovan punkten 25). Den ersättningsmodell som regleras i Transaktionen syftade således, sett ur kommunens perspektiv, till att finansiera aktuella byggtreprenadarbeten. Den ersättning som regleras i Hyresavtalet avser också i praktiken till stor del ersättning för SBB:s "investering" beträffande aktuella byggtreprenadarbeten (se ovan punkterna 31–32). Dessa omständigheter medför sammantaget att det är nödvändigt att det blandade kontraktet ingås med en enda leverantör.<sup>44</sup>

63. De villkor i Transaktionen som har särdrag av det slag som normalt kännetecknar ett hyresavtal medför inte att hyresförhållandet utgör det huvudsakliga ändamålet med Transaktionen.
64. Eftersom kommunen i detta specifika fall var ägare till fastigheten innan Transaktionen, och i denna egenskap förfogade över dess nyttjande, kan det omedelbara syftet med Transaktionen inte bestå i förhyrning av byggnad.
65. Det noteras också att merparten av den totala ersättning om ca 193 000 000 kronor (se nedan punkterna 79–84) som kommunen ska erlägga med anledning av Transaktionen förvisso erläggs i form av "hyra". Detta är ett villkor som normalt hänför sig till hyresavtal. Att ersättningen erläggs i form av "hyra" har dock ingen avgörande betydelse för bedömningen av det huvudsakliga syftet.<sup>45</sup>
66. Av omständigheterna framgår att en betydande andel av den totala ersättningen inte syftar till att utgöra sådan "hyra" i vanlig mening som avses i 3 kap. 19 § LOU, utan i stället avser ersättning för de byggtreprenadarbeten som omfattas av LOU. Ersättningen har beräknats med utgångspunkten att ge SBB en direktavkastning på fem procent, i syfte att täcka dels avskrivning på fastigheten, dels ge ränta på SBB:s "investering". SBB:s investering bestod till 69 procent av aktuella åtaganden om byggtreprenadarbeten, (se ovan punkten 31). Det noteras också att ersättningen successivt ska öka i takt med att aktuella byggtreprenadarbeten har genomförts och att hyran ökar i betydande mån efter att aktuella byggtreprenadarbeten är genomförda (se ovan punkten 32).
67. Att ersättningen till leverantören i form av "hyra" till största delen syftar till att erlägga ersättning för aktuella byggtreprenader har förvisso inte någon

---

<sup>44</sup> Jfr EU-domstolens dom i mål C-149/08, *Club Hotel Loutraki*, p. 53–54.

<sup>45</sup> EU-domstolens dom i mål C-213/13, *Pizzarotti*, p. 50.

avgörande betydelse för bedömningen av det huvudsakliga föremålet med kontraktet, men det saknar inte betydelse för bedömningen.<sup>46</sup>

68. De byggentreprenader som SBB åtar sig att utföra är vidare förvisso till synes till stor del avsedda att försätta byggnaden i brukbart skick. Att tillse att byggnaden är i brukbart skick och genomföra sedvanliga hyresgäst Anpassningar är ett ansvar som normalt åligger en hyresvärd. Det kan därför förekomma att arbeten av sådan karaktär anses vara av underordnad betydelse i förhållande till hyresavtal och utgöra en följd av eller ett komplement till sådana avtal.<sup>47</sup> Det går emellertid inte att bortse från att avtal om förhyrning och anskaffning av byggentreprenader i detta specifika fall slöts i samband med en överlåtelse, att behovet av de byggentreprenader som omfattas av Transaktionen förelåg vid tidpunkten för överlåtelsen, och att det rör sig om byggentreprenadarbeten av förhållandevis betydande värden.
69. Det också klart att inte heller de villkor i Transaktionen som har särdrag av det slag som normalt kännetecknar en överlåtelse utgör det huvudsakliga ändamålet med Transaktionen.
70. Transaktionen innebär visserligen att äganderätten till fastigheten övergick till SBB, och att SBB därför kan förvänta sig en inkomst från fastigheten även efter att den ersättning som har avtalats genom Transaktionen till fullo har erlagts.<sup>48</sup> Det framgår också att fastigheten, efter att Hyresavtalet har löpt ut, beräknas ha ett restvärde om 105 315 000 kronor (se ovan punkten 27).
71. Av omständigheterna framgår emellertid att överlåtelsen i detta specifika fall sannolikt inte hade haft något syfte om det inte vore för kommunens behov av byggentreprenadarbeten, och svårigheterna att i närtid finansiera dessa arbeten (se ovan punkten 25). Dessa förhållanden talar emot att överlåtelsen skulle vara det omedelbara syftet med Transaktionen. Det noteras också att det uppskattade värdet av aktuella byggentreprenadarbeten uppgick till 69 000 000 kronor. Detta utgör i sig ett betydande värde sett till den köpeskilling om 31 000 000 kronor som SBB erlade vid överlåtelsen. Det står också klart att största delen av den ersättning om ca 193 000 000 kronor som kommunen betalar med anledning av Transaktionen har beräknats med utgångspunkt i SBB:s åtaganden avseende aktuella byggentreprenadarbeten (se nedan punkterna 79–84 och ovan punkten 31).
72. Av detta följer att det byggentreprenadkontrakt som regleras i Transaktionen inte är av underordnad betydelse, eller ett komplement, till de villkor som

---

<sup>46</sup> Jfr mål C-536/07, *Kommissionen mot Tyskland*, p. 60–61.

<sup>47</sup> Jfr Direktiv 2014/24/EU, skäl 8.

<sup>48</sup> I *Cushman & Wakefields värdeutlåtande* bedöms fastighetens marknadsvärde vid hyrestidens slut uppgå till 105 315 miljoner kronor, se s. 14.



har särdrag av förhyrning och överlåtelse. Det står i stället klart att byggtreprenadkontraktet utgör det huvudsakliga ändamålet med Transaktionen. Vid dessa förhållanden utgör Transaktionen i sin helhet ett sådant byggtreprenadkontrakt som omfattas av LOU.

### **Transaktionen har inte föregåtts av annonsering enligt LOU**

73. Av omständigheterna framgår att Transaktionen inte har föregåtts av annonsering enligt LOU. Inga leverantörer har således fått möjlighet att konkurrera om att erbjuda motsvarande Transaktion till bättre villkor, exempelvis genom att erbjuda lägre total "hyra".
74. Eftersom Transaktionen utgör ett sådant byggtreprenadkontrakt som omfattas av LOU borde den, enligt huvudregeln, ha föregåtts av annonsering enligt 19 kap. 9 § LOU eller 10 kap. 1 § LOU om värdet av upphandlingen överstiger direktupphandlingsgränsen (586 907 för 2019 och 615 312 kronor för 2020) respektive tröskelvärdet (52 620 561 för 2019 och 54 938 615 för 2020).
75. Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt.<sup>49</sup>

### **Upphandlingens värde**

76. Värdet av en upphandling är det totala belopp som ska betalas enligt de kontrakt som ingår i upphandlingen. Options- och förlängningsklausuler ska beaktas som om de hade utnyttjats. Värdet ska bestämmas exklusive mervärdesskatt.<sup>50</sup>
77. Uppskattningen ska avse värdet vid den tidpunkt då anbudsinfordran skickas ut eller, om en sådan inte krävs, vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten påbörjar upphandlingsförfarandet.<sup>51</sup>
78. Metoden för att uppskatta en upphandlings värde får inte väljas i avsikt att undvika att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena blir tillämpliga.<sup>52</sup>
79. Den aktuella upphandlingens värde uppgår till minst 193 377 450 kronor exklusive mervärdesskatt. Detta utvecklas nedan under punkterna 80–84.

---

<sup>49</sup> Se bland annat EU-domstolens dom i mål C-199/85, *Kommissionen mot Italien*, p. 14, de förenade målen C-20/01 och C-28/01, *Kommissionen mot Tyskland*, p. 58, mål C-385/02, *Kommissionen mot Italien*, p. 19, mål C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, p. 33 och mål C-26/03 *Stadt Halle*, p. 46. Se även prop. 2006/07:128 s. 291 samt RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79, RÅ 2009 not 134 och HFD 2019 ref. 65.

<sup>50</sup> 5 kap. 3 § LOU.

<sup>51</sup> 5 kap. 5 § LOU.

<sup>52</sup> 5 kap. 6 § LOU.

80. Överlåtelseavtalet och Hyresavtalet innebär att kommunen initialt ska erlagga ersättning i form av en bashyra om 1 709 402 kronor per år. Bashyran kommer successivt att öka varje kvartal upp till 5 514 200 kronor per år, i takt med att hyresvärden utfört de byggtreprenader som parterna har avtalat om och kan verifiera nedlagda kostnader upp till 69 000 000 kronor. Justering av hyran sker i enlighet med en indexklausul och med tillägg vid eventuella framtida tilläggs-, ombyggnads- och nyinvesteringar. Utgångspunkten är att SBB åtar sig att investera de 69 000 000 miljoner kronorna under åren 2021–2023, och att hyran uppgår till ca 1 710 000 kronor på årsbasis år 2020 och år 2021, till 2 645 000 kronor år 2022, till 4 515 000 kronor år 2023 och till 5 515 000 kronor år 2024 (se ovan punkten 32 samt bilaga 14).<sup>53</sup>
81. Konkurrensverket finner inte skäl att ifrågasätta att det var dessa "hyresbelopp" som var aktuella vid den relevanta värdetidpunkten.<sup>54</sup>
82. Överlåtelseavtalet och Hyresavtalet innebär vidare att kommunen ska utge ersättning till SBB för fastighetsskatt, se bilaga 3.<sup>55</sup> Enligt hyresaviet uppgår skatten för år 2021 till 338 070 kronor, se [bilaga 15](#).
83. Ersättningen i form av årlig "hyra" och fastighetsskatt ska erläggas under Hyresavtalets avtalstid, som i praktiken uppgår till minst 35 år, (se ovan punkten 28).
84. Transaktionen innebär möjlighet till ett obegränsat antal förlängningar och ett totalt värde kan därför inte fastställas med exakthet. Det står dock i vart fall klart att värdet inte understiger summan av årshyrorna jämte fastighetsskatt multiplicerat med de första 35 år som regleras i avtalet. Detta innebär ett sammanlagt minsta värde om 193 377 450 kronor ( $1\,710\,000 + 1\,710\,000 + 2\,645\,000 + 4\,515\,000 + (5\,515\,000 \times 31) + (338\,070 \times 35)$ ). Upphandlingens värde uppgår således som lägst till detta belopp.
85. Eftersom värdet överskrider relevant tröskelvärde för byggtreprenader borde Transaktionen som huvudregel ha föregåtts av annonsering enligt 10 kap. 1 § LOU.

#### **Inget undantag från annonseringsplikten är tillämpligt**

86. Av ovan följer att Transaktionen inte avser ett hyresavtal i den mening som avses i LOU. Undantaget i 3 kap. 19 § LOU är därför inte tillämpligt.

---

<sup>53</sup> Bilaga 14, s. 9 f.

<sup>54</sup> Se 5 kap. 5 § LOU angående värdetidpunkten.

<sup>55</sup> Bilaga 3:1, Särskilda bestämmelser, punkten 3.3.

87. Eftersom det inte heller föreligger omständigheter som talar för att något annat undantag från kravet på annonsering har varit tillämpligt utgör Transaktionen en otillåten direktupphandling.

### Upphandlingsskadeavgift

88. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift.<sup>56</sup> Det finns inget krav på att den upphandlande myndigheten ska ha agerat med uppsåt eller av oaktsamhet för att en avgift ska kunna dömas ut. Bristande kännedom om gällande rätt eller missförstånd om lagstiftningens innehåll utgör inte heller någon ursäkt för en överträdelse.<sup>57</sup>
89. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Syftet med avgiften är bland annat att säkerställa att upphandlingsreglerna följs och att skattemedlen används på ett korrekt sätt.<sup>58</sup>

### Tidsfristen för Konkurrensverkets ansökan

90. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts.<sup>59</sup>
91. I Överlåtelseavtalet, som undertecknades av parterna den 21 augusti 2020, stadgades att avtalets "giltighet och bestånd" förutsatte att Förvaltningsrätten i Luleås dom i mål nr 838-20 vann laga kraft. Domen vann laga kraft den 16 september 2020.
92. Köpebrevet upprättades den 21 september 2020, vilket är samma dag som Hyresavtalet undertecknades av parterna.
93. Ett bindande avtal har därmed som tidigast uppkommit den 16 september 2020, och som senast den 21 september 2020. En ansökan om upphandlingsskadeavgift måste ha lämnats in till domstolen inom ett år från dessa datum.

### Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

94. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde enligt 5 kap. LOU.<sup>60</sup>

---

<sup>56</sup> 21 kap. 1 § 3 LOU.

<sup>57</sup> Prop. 2009/10:180 s. 193 och 368.

<sup>58</sup> A. prop. s. 196–197.

<sup>59</sup> 21 kap. 7 § LOU.

<sup>60</sup> 21 kap. 4 § LOU.

95. Den aktuella upphandlingens värde är minst 193 377 450 kronor (se ovan punkterna 79–84). Det medför att upphandlingsskadeavgiften kan uppgå till högst tio miljoner kronor.
96. Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är.<sup>61</sup> Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte. Utgångspunkten är att avgiften ska bestämmas så att myndigheten, och även andra myndigheter, följer LOU. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.<sup>62</sup> Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.<sup>63</sup>
97. Vid bedömningen av sanktionsvärdet ska hänsyn tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Det ska även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Omständigheten att exempelvis rättsläget är oklart kan påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Däremot kan sanktionsvärdet anses högre om ett avtal löper under en förhållandevis lång tid eller avser ett högt värde. Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten som exempelvis upprepade otillåtna direktupphandlingar kan ses som en försvårande omständighet. Att en upphandlande myndighet har drabbats av andra negativa ekonomiska konsekvenser till följd av överträdelsen kan dock i vissa fall ses som en förmildrande omständighet.<sup>64</sup> Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.<sup>65</sup>
98. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl.<sup>66</sup>
99. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling. Sanktionsvärdet är därför som regel högt. Rättsläget kan inte anses oklart. Det finns bland annat en förhållandevis omfattande praxis om hur blandade kontrakt ska bedömas enligt LOU.
100. Konkurrensverket anser att det förhållande att Hyresavtalets avtalstid kan förlängas vid ett obegränsat antal tillfällen är en omständighet som ska påverka sanktionsvärdet i höjande riktning. Dels eftersom avtalstiden kan komma att sträcka sig över en mycket lång tid. Dels eftersom avtalstidens

---

<sup>61</sup> 21 kap. 5 § LOU.

<sup>62</sup> Prop. 2009/10:180 s. 197 och 369–370.

<sup>63</sup> Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.

<sup>64</sup> A. prop. s. 197–198 och 369–370.

<sup>65</sup> Se prop. 2009/10:180 s. 197 och jfr exempelvis HFD 2014 ref. 69 och Kammarrätten i Göteborgs domar den 20 november 2014 i mål nr 4402-14 och den 2 december 2014 i mål nr 4915-13.

<sup>66</sup> 21 kap. 5 § LOU.

längd påverkar den ersättning som erläggs med anledning av Transaktionen. Den totala ersättningen riskerar vid dessa förhållanden att uppgå till ett avsevärt högre belopp än det belopp som enligt ovan beräkning utgör upphandlingens värde.

101. Detta måste emellertid, i detta specifika fall, vägas mot att upphandlingens värde även till viss del innefattar ersättning som i ett normalt hyresförhållande bör betraktas som rena hyreskostnader. Vid bedömningen har Konkurrensverket även vägt in att Överlåtelseavtalets giltighet gjordes beroende av frågan om laga kraft i ett tidigare meddelat avgörande i allmän förvaltningsdomstol (se ovan punkten 15).
102. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 7 000 000 kronor är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

---

Ansökan i original undertecknas inte egenhändigt.

Marie Östman

Sophia Anderberg

## Bifogas

|          |                                 |
|----------|---------------------------------|
| Bilaga 1 | Överlåtelseavtalet              |
| Bilaga 2 | Köpebrev                        |
| Bilaga 3 | Hyresavtalet                    |
| Bilaga 4 | Statusbesiktning Medborgarhuset |
| Bilaga 5 | Åtgärdsplan Medborgarhuset 2018 |
| Bilaga 6 | Besiktning PropCon              |

|           |                                        |
|-----------|----------------------------------------|
| Bilaga 7  | Avsiktsförklaring Medborgarhuset       |
| Bilaga 8  | Tjänsteskrivelse mars 2020             |
| Bilaga 9  | Kommunfullmäktiges beslut              |
| Bilaga 10 | Lagakraftbevis                         |
| Bilaga 11 | Överenskommelsen 2021                  |
| Bilaga 12 | Utdrag ur ÅR 2020                      |
| Bilaga 13 | Utlåtande                              |
| Bilaga 14 | Utlåtande Cushman & Wakefield          |
| Bilaga 15 | Faktura med uppgift om fastighetsskatt |



## Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

### Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från den dag domstolen meddelade beslutet.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

#### Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

### Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

### Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.  
  
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.  
  
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

### Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

### Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

### Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på [www.domstol.se](http://www.domstol.se).

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.