

Till Högsta förvaltningsdomstolen

Ges in till Kammarrätten i Stockholm
kammarrattenistockholm@dom.se

HÖGSTA FÖRVALTNINGS-
DOMSTOLEN
Bered Enhet 1

INKOM: 2025-02-24
MALNR: 1017-25
ARBIL: 1

Överklagande

Klagande

Konkurrensverket, Ringvägen 100, 118 60 Stockholm

Motpart

Nacka kommun, 131 81 Nacka

Överklagat avgörande

Kammarrätten i Stockholms dom den 6 februari 2025 i mål nr 5645-24

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling

Yrkanden

1. Konkurrensverket yrkar att Högsta förvaltningsdomstolen meddelar prövningstillstånd, upphäver kammarrättens dom och återförvisar målet till förvaltningsrätten för prövning av upphandlingsskadeavgiftens storlek.
2. Konkurrensverket yrkar att Högsta förvaltningsdomstolen inhämtar ett förhandsavgörande från EU-domstolen.

Bakgrund

3. Konkurrensverket är tillsynsmyndighet för den offentliga upphandlingen och ska granska upphandlande myndigheters tillämpning av upphandlingslagstiftningen.¹ Som ett led i detta uppdrag verkar Konkurrensverket också för praxisbildning på området.

¹ Se 21 kap. 1 § LOU och 3 § förordningen (2007:1117) med instruktion för Konkurrensverket. Jfr även prop. 2023/24:3 s. 25 f. och se HFD 2018 ref. 71 och HFD 2024 ref. 14.



4. Konkurrensverket ansökte den 19 februari 2024 om att Nacka kommun (kommunen) ska betala 3 000 000 (tre miljoner) kronor i upphandlingsskadeavgift. Enligt Konkurrensverket har kommunen brutit mot 10 kap. 1 § LOU genom att den 20 februari 2023 ingå hyreskontrakt för lokal (Avtalet) med Sickla Industrifastigheter KB (hyresvärden) utan föregående annonsering, trots att förutsättningarna för detta saknades. Avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.
5. Avtalet innebär att kommunen ska fortsätta att hyra befintliga lokaler om 8 155 kvadratmeter hos hyresvärden och att denne därutöver ska uppföra en ny byggnad om 2 120 kvadratmeter i direkt anslutning till befintliga lokaler som ska omfattas av hyresavtalet.
6. Konkurrensverket har gjort gällande att Avtalet utgör ett offentligt kontrakt vars huvudföremål är byggentreprenad. Kontraktet avser dels utförande eller både projektering och utförande av ett byggnadsverk enligt 1 kap. 9 § 2 LOU, dels 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 enligt 1 kap. 9 § 3 LOU. Eftersom Avtalet omfattar såväl hyra av lokal som byggentreprenad är Avtalet att betrakta som ett blandat kontrakt. Avtalets huvudföremål är dock byggentreprenaden.
7. Förvaltningsrätten avslog i dom den 28 augusti 2024 Konkurrensverkets ansökan. Förvaltningsrätten bedömde att det förelåg en byggentreprenad enligt såväl 1 kap. 9 § 2 som 3 LOU. Förvaltningsrätten ansåg dock att hyresförhållandet utgjorde kontraktets huvudföremål och att inslaget av byggentreprenad var av underordnad betydelse. Hyresundantaget i 3 kap. 19 § LOU var därmed tillämpligt och kommunen hade inte haft någon skyldighet att genomföra upphandlingen med föregående annonsering. Det saknades därför grund för att påföra kommunen upphandlingsskadeavgift.
8. Konkurrensverket överklagade domen till kammarrätten och yrkade att kommunen skulle betala 1 000 000 (en miljon) kronor i upphandlingsskadeavgift. Kammarrätten avslog den 6 februari 2025 Konkurrensverkets överklagande. Kammarrätten ansåg att det rörde sig om ett blandat kontrakt som gällde både hyra av lokal och byggentreprenad och där kontraktets huvudföremål skulle bedömas vara hyresförhållandet. Inslaget av byggentreprenad var av underordnad betydelse till detta huvudföremål. Hyresundantaget i 3 kap. 19 § LOU var därför tillämpligt och kommunen hade inte haft någon skyldighet att genomföra upphandlingen med föregående annonsering.



Frågan i målet i Högsta förvaltningsdomstolen

9. Frågan i målet är hur tillämpligheten av hyresundantaget i 3 kap. 19 § LOU ska bedömas när ett avtal innefattar dels hyra av en befintlig byggnad, dels hyra av en tillbyggnation som utgör en byggentreprenad tillika ett byggnadsverk enligt 1 kap. 9 § 2 och 3 samt 10 § LOU och där tillbyggnationen utökar befintliga hyreslokaler med cirka 25 procent mätt i hyrd yta.

Grund för prövningstillstånd

10. Det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att frågeställningen prövas. Det saknas vägledande praxis för hur huvudföremålet av ett kontrakt, som omfattar dels byggentreprenad dels hyreskontrakt, ska bedömas vid tillbyggnation av en redan befintlig byggnad.²
11. Konkurrensverket har inom ramen för sin tillsyn uppmärksammat olika former av transaktioner, som inkluderar inslag av såväl byggentreprenad som hyra, vilka upphandlande myndigheter genomför i syfte att tillgodose sitt behov av lokaler. I dessa situationer aktualiseras frågan om hyresundantagets tillämplighet. Konkurrensverket har under 2023 och 2024 beslutat att särskilt prioritera utredningar rörande potentiellt otillåtna tillämpningar av hyresundantaget vid upphandling av byggentreprenader då det finns ett behov av klargöranden i många frågor.
12. EU-domstolens praxis gällande gränsdragningen mellan hyresundantaget och byggentreprenader har handlat om nyttjanderätten till nybyggnationer i sin helhet³ och inte som i detta fall ett avtal som avser en tillbyggnation, det vill säga dels en befintlig och dels en obefintlig byggnad. Det är inte givet hur de bedömningsgrunder som kan utläsas från EU-domstolens praxis ska tillämpas på avtal som avser en tillbyggnation. Det saknas vägledande avgöranden från Högsta förvaltningsdomstolen och kammarrätten har i den överklagade domen inte skapat klarhet. Rättsläget är således oklart.

Utveckling av grunderna

13. Såväl förvaltningsrätten som kammarrätten har funnit att det föreligger en byggentreprenad tillika ett byggnadsverk enligt 1 kap. 9 § 2 och 3 samt 10 § LOU. Byggentreprenaden utgörs av en tillbyggnation och innebär en

² 2 kap. 2 § LOU respektive artikel 3.2 direktiv 2014/24/EU (LOU-direktivet).

³ C-536/07 *KölnMesse*, EU:C:2009:664, C-213/13 *Impresa Pizzarotti*, EU:C:2014:2067 och C-537/19 *Wiener Wohnen*, EU:C:2021:319. Jfr C-28/23 *NFS*, EU:C:2024:893, som också rörde en nybyggnation men där frågan om huvudföremål inte berördes särskilt.



utökning av befintlig byggnad med cirka 25 procent.⁴ Värdet på Avtalet har beräknats uppgå till minst 307 025 000 kronor.⁵

14. Domstolarna har baserat sin bedömning av Avtalets huvudföremål på en objektiv bedömning av omständigheterna i målet vilket förvisso har stöd i EU-domstolens praxis.⁶
15. Vid sin bedömning bortser kammarrätten dock från den praxis från EU-domstolen som rör nybyggnationer, varav framgår att om ett byggnadsverk inte ens påbörjats vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten ingick ett avtal så ska huvudsyftet med nämnda avtal anses vara uppförandet av byggnadsverket, vilket med nödvändighet förutsätter att det därefter hyrs ut.⁷
16. Konkurrensverket menar dock att sistnämnda praxis från EU-domstolen i hög grad är relevant även vid en tillbyggnation av aktuellt slag. Även i det aktuella fallet handlar det om uppförande av ett byggnadsverk.
17. Behovet av större lokalyta har i föreliggande fall inte kunnat tillgodoses utan realiserandet av tillbyggnationen vilket med nödvändighet förutsätter att detta byggnadsverk tillsammans med de gamla lokalerna därefter hyrs ut. Avtalet omfattar dels befintliga lokaler dels tillbyggnationen. I den delen Avtalet avser tillbyggnationen finns inte någon byggnad att hyra om den inte uppförs. Ett väsentligt inslag i Avtalet är därför uppförandet av tillbyggnationen och byggnadsverket, det vill säga byggentreprenaden. Konkurrensverket menar att tillbyggnationen är av sådan omfattning, jämfört med befintlig yta, att huvudsyftet med Avtalet i sin helhet är byggentreprenaden.
18. Det är oklart hur EU-domstolens praxis ska appliceras på en tillbyggnation som innebär ett uppförande av ett byggnadsverk. Enligt Konkurrensverket använder sig kammarrätten dock av fel utgångspunkt för att fastställa huvudföremålet med Avtalet.
19. EU-domstolen har uttalat att begreppet byggentreprenadkontrakt ska tolkas på så sätt att upphandlingsdirektivens ändamålsenliga verkan säkerställs.⁸ Samtidigt ska hyresundantaget, som varje undantag från skyldigheten att

⁴ 2 120 kvadratmeter/8 155 kvadratmeter.

⁵ Kommunen har uppgett att upphandlingens uppskattade värde uppgår till den totala bashyran om 318 525 000 kronor, med avdrag för hyresrabatt om 11 500 000 kronor, vilket ger ett uppskattat värde på 307 025 000 kronor.

⁶ C-412/04 *kommissionen mot Italien*, EU:C:2008:102, p. 48–51. Se även C-331/92 *Gestión Hotelera Internacional*, EU:C:1994:155, p. 25–29.

⁷ C-536/07 *KölnMesse*, p. 56, C-213/13 *Impresa Pizzarotti*, p. 42 och C-537/19 *Wiener Wohnen*, p. 47. Avgörandena tar sikte på nybyggnationer i sin helhet.

⁸ C-399/98 *La Scala*, EU:C:2001:401, p. 52–55.



tillämpa reglerna, tolkas restriktivt.⁹ Enligt EU-domstolen kan hyresundantaget inte heller göras gällande om uppförandet av det planerade byggnadsverket utgör ett offentligt entreprenadkontrakt i den mening som avses i direktivet, om uppförandet tillgodoser de behov som den upphandlande myndigheten har specificerat.¹⁰

20. Kammarrättens tolkning är inte förenlig med dessa utgångspunkter. Det föreligger ett konstaterat byggnadsverk som uppförts för att tillgodose de behov som kommunen har specificerat. Avtalet, som innefattar denna byggtreprenad, kommer genom kammarrättens bedömning att med tillämpning av hyresundantaget undandras från direktivets tillämpningsområde. Byggnadsverket är av sådan omfattning jämfört med den tidigare omfattningen av Avtalet, genom att lokalytan utökas med 25 procent, att det utgör huvudföremålet med Avtalet i den mening som avses i 2 kap. 2 § LOU.
21. LOU-direktivet syftar till att skydda principerna om fri rörlighet, öppna upp för konkurrens och att värna de grundläggande principerna om bland annat likabehandling, icke-diskriminering och transparens.¹¹
22. Enligt Konkurrensverket ska begreppet "huvudföremålet", som antyder en överviktsprincip, inte enbart tolkas utifrån dess lydelse utan även utifrån syftet med direktivet. Begreppet ska tolkas på sådant sätt att orimliga konsekvenser som kan bli följden av en bokstavstrogen tolkning motverkas.¹² Det innebär att även en tillbyggnation som innebär en utökning med 25 procent av tidigare hyrd yta kan utgöra huvudföremålet med kontraktet.
23. Konkurrensverket hänvisar i övrigt till vad som anförts i överklagandet till kammarrätten.

Målet lämpar sig väl för ett prejudikat

24. Målet är rent och lämpar sig väl för ett vägledande avgörande. Vid bifall av Konkurrensverkets överklagande ska huvudföremålet för Avtalet anses vara ett byggtreprenadkontrakt. Kammarrättens dom ska upphävas och målet visas åter till förvaltningsrätten för en prövning av upphandlingsskadeavgiftens storlek.
25. Målet rör tolkningen av huvudföremålet med ett avtal som innefattar dels hyra dels en byggtreprenad tillika ett byggnadsverk i form av en tillbyggnation. Det är oklart hur och i vilken utsträckning, EU-domstolens

⁹ Jfr mål C-26/03 *Stadt Halle*, EU:C:2005:5, p. 46.

¹⁰ C-537/19 *Wiener Wohnen*, p. 49 med där gjorda hänvisningar.

¹¹ Se skäl 1 till LOU-direktivet. Se även C-399/98, *La Scala*, p. 52–55.

¹² 292/82, *Merck*, EU:C:1983:335, p. 12, 337/82, *St. Nikolaus Brennerrei*, EU:C:1984:69, p. 10, C-461/20 *Advania*, EU:C:2022:72, p. 32 och 34/74, *Roquette frères*, EU:C:1974:117, p. 13–21.



praxis är tillämplig på kontrakt som avser dels hyra, dels tillbyggnation. Frågan har därmed en uppenbar unionsrättslig karaktär. Det finns således anledning för Högsta förvaltningsdomstolen att inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen om hur tillämpligheten av hyresundantaget i 3 kap. 19 § LOU ska bedömas när ett avtal innefattar dels hyra av en befintlig byggnad, dels hyra av en tillbyggnation som utgör en byggentreprenad tillika ett byggnadsverk enligt 1 kap. 9 § 2 och 3 samt 10 § LOU och där tillbyggnationen utökar befintliga hyreslokaler med cirka 25 procent mätt i hyrd yta.¹³

Överklagandet i original undertecknas inte egenhändigt.

Johan Sahl
Tf chefsjurist

Maria Andersson Müller
Biträdande enhetschef

¹³ Enligt EU-domstolen måste en nationell domstol i sista instans bedöma dess skyldighet att begära ett förhandsavgörande redan i samband med prövningen av frågan om prövningstillstånd och lämna prövningstillstånd om den skulle vara skyldig att inhämta ett förhandsavgörande. En nationell domstol i sista instans får alltså inte avslå en begäran om prövningstillstånd, utan att först ha prövat sin skyldighet att begära ett förhandsavgörande, C-144/23, *KUBERA*, EU:C:2024:88, p. 60.