


**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avdelning 1 Enhet 11

DOM
 2015-04-02
 Meddelad i
 Göteborg

 Mål nr
 7088-14, 7091-14, 7093-14,
 7095-14, 7096-14, 7098-14

SÖKANDE

 Konkurrensverket
 103 85 Stockholm

MOTPART

Akademiska Hus AB, 556459-9156

 Ombud: Advokaterna Lars Jonson och Helena Rosén Andersson
 Advokatfirman Lindahl KB
 Box 11911
 404 39 Göteborg

SAKEN

 Upphandlingsskadeavgift enligt lagen (2007:1091) om offentlig
 upphandling (LOU)

KONKURRENSVERKET	
2015-04-02	
Avd	JU
Dnr	476/2014
KSnr	861 Aktbil

dass
FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökningarna och beslutar att Akademiska Hus AB ska betala upphandlingsskadeavgift om 400 000 kr i mål nr 7088-14, 200 000 kr i mål nr 7091-14, 125 000 kr i mål nr 7093-14, 100 000 kr i mål nr 7095-14, 80 000 kr i mål nr 7096-14 och 70 000 kr i mål nr 7098-14.

Dok.Id 287432

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 53197 400 15 Göteborg	Sten Sturegatan 14	031 - 732 70 00	031 - 711 78 59	måndag – fredag 08:00-16:00
E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se				

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**7088-14, 7091-14,
7093-14, 7095-14,
7096-14, 7098-14**BAKGRUND**

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att Akademiska Hus AB (Akademiska Hus eller bolaget) ska betala upphandlingsskadeavgift och hänvisar till dom den 10 juni 2014 i mål nr 1643-12 från Förvaltningsrätten i Umeå avseende Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift mot Akademiska Hus Norr AB, som efter fusionen riktar sig mot Akademiska Hus AB. Förvaltningsrätten beslutade att bolaget ska betala upphandlingsskadeavgift eftersom bolaget ansågs utgöra ett offentligt styrt organ med skyldighet att tillämpa LOU vid sina anskaffningar.

Sedan Akademiska Hus överklagat förvaltningsrättens dom har Kammarätten i Sundsvall i dom den 23 januari 2015 i mål nr 1767-14 avslagit överklagandet. Akademiska Hus har överklagat kammarrättens dom.

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att Akademiska Hus ska betala upphandlingsskadeavgift om 400 000 kr i mål nr 7088-14, 200 000 kr i mål nr 7091-14, 125 000 kr i mål nr 7093-14, 100 000 kr i mål nr 7095-14, 80 000 kr i mål nr 7096-14 och 70 000 kr i mål nr 7098-14. Konkurrensverket anför till stöd för sin ansökan i huvudsak följande.

Akademiska Hus är ett offentligt styrt organ som har skyldighet att genomföra upphandlingar i enlighet med bestämmelserna i LOU. Bolaget har brutit mot LOU vid följande tillfällen. Den 25 oktober 2013 genom att ha slutit ett byggentreprenadavtal med Dafo Brand AB (556079-0957) avseende installation av sprinklersystem till ett värde av 5 515 000 kr. Den 25 juli 2013 genom att ha slutit byggentreprenadavtal med Teknokyl Industrier AB (556124-7122) till ett värde av 2 600 000 kr. Den 28 augusti 2013 genom att ha slutit ett byggentreprenadavtal med ManKan Hiss AB

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**

Sida 3

7088-14, 7091-14,
7093-14, 7095-14,
7096-14, 7098-14

(556708-4883) till ett värde av 1 592 000. Den 28 augusti 2013 genom att ha slutit ett avtal avseende markskötselentreprenad med Svensk Markservice AB (556420-4823) till ett värde av 1 277 750 kr. Den 6 december 2013 genom att ha slutit ett avtal avseende ett konsultuppdrag i form av en pressansvarig med Hammer & Hanborg Sverige AB (556593-2828) till ett värde av 1 085 000 kr. Den 26 augusti 2013 genom att ha slutit ett avtal avseende takarbeten med Eriksdals Plåtslageri AB (556469-7208) till ett värde av 945 000 kr. Samtliga avtal har slutits utan föregående annonsering enligt 15 kap. 4 § LOU och utgör otillåtna direktupphandlingar.

Bolaget bildades år 1993 efter riksdagens beslut om en ny organisation för förvaltning av statens fastigheter och lokaler. Huvuddelen av universitets- och högskolefastigheterna överfördes då till Akademiska Hus. Statens ägandeförvaltning av Akademiska Hus bedrivs av Enheten för statlig bolagsförvaltning i Regeringskansliet (Finansdepartementet).

Enligt bolagets bolagsordning den 28 april 2014 ska föremålet för bolagets verksamhet vara att äga, utveckla och förvalta fastigheter för universitet och högskolor med huvudfokus på utbildnings- och forskningsverksamhet samt bedriva därmed förenlig verksamhet. Verksamheten ska bedrivas på affärsmässig grund och generera marknadsmässig avkastning genom en hyressättning som beaktar verksamhetens risk. Akademiska Hus ska verka för en långsiktigt hållbar utveckling av universitets- och högskoleområden.

Akademiska Hus genomför inte anskaffningar enligt regler i LOU eftersom bolaget inte anser sig vara ett offentligt styrt organ som ska jämföras med en upphandlande myndighet enligt LOU. Frågan om Akademiska Hus ska anses utgöra ett offentligt styrt organ och därmed ska jämföras med en upphandlande myndighet enligt LOU har varit föremål för prövning vid flera tidigare tillfällen. Konkurrensverket och den tidigare tillsynsmyndigheten Nämnden för offentlig upphandling har tidigare bedömt att Akade-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**7088-14, 7091-14,
7093-14, 7095-14,
7096-14, 7098-14

miska Hus var att betrakta som en upphandlande enhet enligt då gällande regelverk.

Bedömningen om ett visst bolag är att anses som ett offentligt styrt organ i LOU:s mening ska genomföras i flera led. Dels krävs det en nära anknytning till staten, en kommun, ett landsting eller en annan upphandlande myndighet. En sådan anknytning anses föreligga om minst ett av de tre alternativa kriterierna offentlig finansiering, offentlig kontroll eller offentlig styrelserepresentation är uppfyllt (2 kap. 12 § 1-3 LOU). Därtill krävs att organet också tillgodoser ett behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär.

Svenska staten äger 100 procent av aktierna i Akademiska Hus. Bolaget står också under kontroll av staten, eftersom staten genom bolagsstämman utser styrelsen och bestämmer bolagets verksamhetsföremål. Två av de tre alternativa rekvisiten i 2 kap 12 § LOU är således uppfyllda mellan staten och Akademiska Hus.

Av EU-domstolens praxis framgår att begreppet behov i det allmännas intresse har tolkats mycket extensivt och att en hel rad olika verksamheter har ansetts rymmas inom detta begrepp. Bolagets verksamhet är i allt väsentligt inriktad mot att erbjuda universitet och högskolor ändamålsenliga lokaler för utbildning och forskning samt att som förvaltare tillvarata de stora ekonomiska och kulturella värden som finns i fastigheterna. Bolaget har en viktig roll för universitetet och högskolor och ska bidra till att utbildnings- och forskningsverksamheten på campusområden kan utvecklas och därmed bidra till målet att stärka Sverige som kunskapsnation. Enligt Konkurrensverkets uppfattning är det mot bakgrund av EU-domstolens praxis uppenbart att den verksamhet som bolaget bedriver tillgodoser ett behov i det allmännas intresse. Fråga uppstår då om detta behov är av kommersiell eller industriell karaktär.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**

Sida 5

7088-14, 7091-14,
7093-14, 7095-14,
7096-14, 7098-14

Samtliga relevanta faktiska och rättsliga omständigheter ska beaktas vid sådan prövning. Det ska bl.a. kontrolleras om det aktuella organets verksamhet är utsatt för konkurrens.

Om organet verkar på normala marknadsmässiga villkor, har ett vinstsyfte och bär de förluster som uppstår i samband med utövandet av sin verksamhet, är det föga sannolikt att de behov som det syftar till att tillgodose inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Om det är troligt att staten i egenskap av ägare av ett bolag skulle vidta samtliga nödvändiga åtgärder för att bolaget inte skulle gå i konkurs är det möjligt att organet kan styras av andra hänsyn än rent ekonomiska. De behov Akademiska Hus tillgodoser för universitet och högskolor är uppenbart inte av industriell eller kommersiell karaktär. Såväl de statliga som de privata lärosätena är till allra största delen finansierade genom anslag från staten. Den stora majoriteten är dessutom statliga förvaltningsmyndigheter och drivs inte med vinstsyfte. Utbildnings- och forskningsverksamheterna är inte heller i sig av industriell eller kommersiell karaktär.

EU-domstolen har varit mycket restriktiv vid sina prövningar av om offentligt ägda eller kontrollerade organ ska anses vara undantagna från skyldigheten att följa upphandlingsdirektiven. Detta synsätt framgår exempelvis av domstolens avgörande i mål C-373/00, Adolf Truley.

Även om endast en mindre, obetydlig del, av ett organs totala verksamhet tillgodoser ett behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär – och resten av verksamheten således tillgodoser behov av kommersiell eller industriell karaktär – är det fråga om ett offentligt styrt organ. Den princip som fastställdes av EU-domstolen i avgörandet C-44/96, Mannesmann, innebär en ”smitta” från LOU som medför

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**7088-14, 7091-14,
7093-14, 7095-14,
7096-14, 7098-14

upphandlingsskyldighet även för eventuella kommersiella delar av verksamheten (den s.k. kontaminationsprincipen).

I samband med bildandet av Akademiska Hus anförde regeringen bl.a. följande i prop. 1997/98:137 s.7-8. Regeringens uppfattning är att gränsen mellan vad som är en ändamålsfastighet och en kommersiell fastighet är mycket svår att dra. Gemensamt för statliga ändamålsfastigheter är att de är starkt förbundna med en viss statlig verksamhet och att de inte kan förvaltas på renodlat kommersiella grunder. Ägarens uppdrag bör utgå från att fastighetsbolaget ska äga och förvalta vissa kategorier av fastigheter, eller fastigheter för vissa hyresgäster, för att tillgodose en primärverksamhets behov av ändamålslokaler. Ett självklart mål bör vara nytta i form av t.ex. funktionella lokaler, hög standard och god service. De ekonomiska målen får här inte samma mening som i en fullt konkurrensutsatt verksamhet där ekonomiska resultatmått fungerar som det viktigaste, och kanske det enda, kriteriet för effektivitet. Målstrukturen för fastighetsbolag och verk med ändamålsfastigheter skiljer sig därför från vinstmaximerande fastighetsbolag och kan många gånger vara mer komplicerat att fastställa.

Regeringen uttalade i 2014 års budgetproposition att de riktlinjer för den statliga fastighetsförvaltningen som fastslagits under 1990-talet är relevanta och fortsatt ska ligga till grund för Akademiska Hus verksamhet.

På uppdrag av ägaren, staten, har ett konsultföretag under våren 2013 utfört en bolagsgenomgång av Akademiska Hus AB. Ett av syftena var att utvärdera om staten skulle fortsätta att äga Akademiska Hus. Vid genomgången var slutsatserna bl.a. att universitetens och högskolornas långsiktiga behov av lokaler och sammanhållna campusmiljöer i världsklass bör säkerställas. Skalfördelar såsom uppbyggnad av kompetens, finansieringsmöjligheter och riskspridning bör tillvaratas. Konkurens bör främjas där marknadsförutsättningarna tillåter det. Inom de områden där Akademiska

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**

Sida 7

7088-14, 7091-14,
7093-14, 7095-14,
7096-14, 7098-14

Hus har en marknadskompletterande roll, utbildnings- och laboratoriefastigheter på angränsade campusområden och i stadscampus, bör bolaget erbjuda långsiktiga hyresförhållanden och ta ett ansvar som marknadskompletterande aktör. 80 procent av Akademiska Hus totala lokalbestånd utgörs av ett sådant kärnbestånd. Bolaget bör bidra till att öka konkurrensen utanför bolagets kärnbestånd. Regeringen har i budgetproposition delat de bedömningar och analyser som redogjordes för i bolagsgenomgången (prop. 2013/14:1, utgiftsområde 24, s. 63-65).

Akademiska Hus är Sveriges näst största fastighetsbolag. Fastighetsbeståndet består till största delen av undervisningslokaler och laboratorielokaler och till en mindre grad administrationslokaler och övriga lokaler. Universitet och högskolor hyr 84 procent av lokalytorna och resterande lokalytor hyrs ut till olika hyresgäster med forskningsrelaterad verksamhet i anknytning till lärosätenas campusområden. Inom fastigheter för högre utbildning och forskning är Akademiska Hus den största aktören med en marknadsandel som uppgår till mellan 62 och 65 procent. Utöver Akademiska Hus är de största aktörerna på marknaden offentligt ägda. Av EU-domstolens avgörande i mål C-393/06, Ing. Aigner, punkt 43, framgår att den marknad som är av betydelse vid prövningen av ett offentligt organs upphandlingsrättsliga status, utgörs av den sektor för vilken det aktuella organet har inrättats, dvs. i Akademiska Hus fall uthyrning av fastigheter för högre utbildning och forskning. Mot bakgrund av bolagets mycket stora marknadsandel samt med beaktande av att mer än hälften av de övriga lokalerna ägs av andra statliga och kommunala aktörer kan bolaget inte anses verka på en marknad med en utvecklad och reell konkurrens.

Utöver bolagets mycket stora marknadsandel är lokalbeståndets karaktär i hög grad specialiserat med inriktning på lokaler för forskning och utbildning och många gånger är byggnaderna placerade på campusområden. Sådana byggnader och lokaler är ofta inte möjliga att använda för andra än-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 8
7088-14, 7091-14,
7093-14, 7095-14,
7096-14, 7098-14

damål utan omfattande ombyggnationer. Dessa faktorer bidrar till att konkurrensen är låg. Detta försvårar också för konkurrenter att ta sig in på marknaden.

Ägaren har gett en uttrycklig instruktion till bolaget att främja konkurrens där det är möjligt genom att sälja fastigheter och därmed frånhända sig marknadsandelar. Detta måste innebära att ägaren anser att bolaget har ett särskilt samhällsuppdrag. Akademiska Hus kan således inte anses drivas med ett huvudsakligt och överordnat vinstsyfte.

Ägaren har också gett en uttrycklig instruktion till bolaget att det ska sätta hyrorna till lärosätena på ett sätt som beaktar verksamhetens risk. Ägaren har därmed instruerat bolaget att inte i varje läge verka för att maximera hyresnivåerna och därmed vinsten utan hyressättningen ska i stället ta hänsyn till de lägre risker statliga hyresgäster utgör jämfört med privata.

Det skulle vidare inte stämma överens med ändamålet bakom bolagets verksamhet om det skulle avveckla universitet och hyresgäster för att i stället hyra ut till kommersiella verksamheter, om detta skulle visa sig vara mer ekonomiskt lönsamt. Tvärtom står det inskrivet i Akademiska Hus bolagsordning att uthyrningen ska ske till universitet och högskolor och att bolaget ska verka för en långsiktigt hållbar utveckling av universitets- och högskoleområden.

Statens krav på ekonomisk avkastning i Akademiska Hus verksamhet är endast ett medel för att bolaget ska uppnå behov i det allmännas intresse. Det framstår som högst osannolikt att staten skulle låta bolaget gå i konkurs. Akademiska Hus kan således inte anses bära den ekonomiska risken i sin verksamhet.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 9
7088-14, 7091-14,
7093-14, 7095-14,
7096-14, 7098-14

Staten har valt att behålla hela ägandet av Akademiska Hus trots den uttalade politiken att sälja ut statliga företag som inte har något särskilt samhällsuppdrag. Ett undantag från regeringens sida att reducera det statliga ägandet av företag gäller för sådana statliga företag som sörjer för vissa allmänna intressen eller har särskilda uppdrag som inte kan förväntas tillgodoses fullt ut av privata företag.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek vid otillåten direktupphandling bör beräknas med utgångspunkt i det ingångna avtalets värde. Därefter bör det prövas om det finns några förmildrande eller försvårande omständigheter i det enskilda fallet.

Akademiska Hus har öppet och i strid med både nuvarande och tidigare tillsynsmyndighetens beslut underlåtit att genomföra upphandlingar enligt LOU. Mot denna bakgrund bör uppholdingsskadeavgiften sättas så pass högt att den kan förmodas avhålla bolaget från att i framtiden underlåta att tillämpa LOU.

Konkurrensverket har beräknat avtalens respektive värde i vart och ett av målen till mellan 945 000 kr och 5 515 000 kr och anser att en upphandlingsskadeavgift om 400 000 kr, 200 000 kr, 125 000 kr, 100 000 kr, 80 000 kr respektive 70 000 kr är en avskräckande och proportionerlig sanktion.

Akademiska Hus bestrider yrkandena men vitsordar de yrkade beloppen och anför i huvudsak följande.

Akademiska Hus är inte ett offentligt styrt organ eftersom dess verksamhet är industriell och kommersiell och därför inte tillgodoser behov i det allmännas intresse på det sätt som avses i LOU.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 10
7088-14, 7091-14,
7093-14, 7095-14,
7096-14, 7098-14

Det finns inte någon särskild lagstiftning för bolagets verksamhet och det finns inte heller någon reglering som gör det möjligt för ägaren att styra över bolagets verksamhet på annat sätt än vad som gäller för andra aktiebolag.

Bolaget bedriver sin verksamhet i hög konkurrens med andra offentliga och privata aktörer och på normala marknadsmässiga villkor. Akademiska Hus har ett vinstsyfte och bär de förluster som uppstår i verksamheten. EU-domstolen har genom flera avgöranden förklarat att det är föga sannolikt att de behov som ett organ syftar till att tillgodose inte är av industriell eller kommersiell karaktär om verksamheten bedrivs i konkurrens, på normala marknadsmässiga villkor, har ett vinstsyfte och om organet självt bär de förluster som uppstår i verksamheten.

Konkurrensverkets påstående att rekvisitet "inte industriell eller inte kommersiell" i LOU skulle hänföra sig till det allmänna intresset som organet tillgodoser och inte till den verksamhet som organet bedriver för att tillgodose intresset är missvisande. EU-domstolen har inte prövat rekvisitet på det begränsade sätt som verket påstår. EU-domstolen har prövat de båda rekvisiten "allmänt intresse" och "inte industriell eller inte kommersiell" var för sig. Båda rekvisiten ska vara uppfyllda för att ett organ ska vara offentligrättsligt i den mening som avses i LOU. Syftet med prövningen av rekvisitet "inte industriell eller inte kommersiell" är att avgöra om organet bedriver verksamhet under sådana marknadsvillkor att det kan antas på eget initiativ genomföra affärsmässiga anskaffningar.

Konkurrensverket bortser från att EU-domstolen förklarat att om ett organ verkar på normala marknadsmässiga villkor, har ett vinstsyfte och bär de förluster som uppstår i samband med utövandet av sin verksamhet är det föga sannolikt att de behov som det syftar till att tillgodose inte är av in-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**

Sida 11

7088-14, 7091-14,
7093-14, 7095-14,
7096-14, 7098-14

dustriell eller kommersiell karaktär. Domstolen förklarade att i sådana fall ska förfarandena vid offentlig upphandling inte tillämpas.

Det finns numera inte något fastighetsbolag som inte konkurrerar med bolaget och andra hyresvärdar om att få hyra ut lokaler till lärosäten. Redogörelsen visar att det är ett felaktigt och otidsenligt synsätt att bolaget skulle bedriva en verksamhet som är förbehållen fastighetsbolag som har lokaler på särskilda campusområden.

Akademiska Hus bedriver sin verksamhet på normala marknadsmässiga villkor. Endast det fastighetsbolag som kan lämna det ekonomiskt mest fördelaktiga erbjudandet får teckna hyresavtal med hyresgästen. Bolaget tillämpar branschorganisationens standardavtal för lokalhyra, vilket innebär att hyrorna är marknadsanpassade och att bolaget i allt väsentligt står restvärdesrisken för normala investeringar i lokalerna.

Akademiska Hus ingår hyresavtal med universitet, högskolor och andra hyresgäster endast under förutsättning att uthyrningen är affärsmässigt motiverad och kan ge den avkastning bolaget vill uppnå.

Akademiska Hus har inte monopol på att få hyra ut lokaler till exempelvis universitet och högskolor. Universitet, högskolor och andra offentliga organ har både en rätt och en skyldighet enligt EU:s statsstödsregler att själva välja hyresvärd på marknadsmässiga villkor.

Akademiska Hus verksamhet är självfinansierad och bedrivs med vinstsyfte. Bolaget anskaffar entreprenadarbeten genom att konkurrensutsätta dem på marknaden för att till lägsta pris få den bästa kvaliteten. Bolagets ägare bestämmer avkastningskraven genom ägardirektiv vid varje tidpunkt. Bolagets ekonomiska mål är närmast identiska med de mål som gäller för konkurrerande fastighetsbolag. Det är varken önskvärt eller rationellt att i

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**

Sida 12

7088-14, 7091-14,
7093-14, 7095-14,
7096-14, 7098-14

varje fall maximera ett vinstutfall. Tvärt emot vad Förvaltningsrätten i Umeå i sin dom den 10 juni 2014 utgår från är det i stället företagsekonomiskt klokt att bedriva verksamheten så att den tryggar en stabil verksamhet enligt det marknadsmässiga avkastningskrav som ägaren har.

Konkurrensverket har inte åberopat något stöd för sitt påstående om att Akademiska Hus inte skulle bära sina egna förluster. Om verkets uppfattning vore riktig skulle ett statligt bolag aldrig kunna vara kommersiellt. De korrekta förhållandena är följande. Akademiska Hus har inte någon statlig förlustgaranti. Staten har inte vid något tillfälle skjutit till kapital till bolaget. Staten har tidigare visat sig beredd att sälja bolag som den anser bör ägas privat. Det finns inte något åtagande av staten om något annat ekonomiskt stöd till bolaget som Konkurrensverket gör gällande. Det finns sammanfattningsvis därför inte något stöd för slutsatsen att Akademiska Hus inte självt skulle bära verksamhetens förluster. Under alla förhållanden kan den omständigheten inte i sig vara avgörande för om bolaget bedriver verksamhet i konkurrens och på marknadsmässiga villkor och om bolaget är ett offentligt styrt organ.

Den relevanta marknaden är inte marknaden för uthyrning av lokaler och fastigheter till universitet och högskolor. Det finns inte något stöd för att fastighetsmarknaden skulle kunna delas in på något annat sätt än genom marknaden för bostadsfastigheter och marknaden för kommersiella fastigheter.

Konkurrensverkets hänvisning till mål C-393/06, Ing. Aigner, saknar betydelse för frågan om relevant marknad. Det är varken rimligt eller korrekt att i ett mål som rör en administrativ sanktionsavgift införa en ny och för bolaget överraskande marknadsbestämning för fastighetsmarknaden som inte tidigare har varit känd.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**

Sida 13

7088-14, 7091-14,
7093-14, 7095-14,
7096-14, 7098-14

Konkurrensverket tillägger i huvudsak följande.

Universitetens och högskolornas utbildnings- och forskningsverksamhet är inte av industriell eller kommersiell karaktär vilket är en stark indikation på att Akademiska Hus är ett offentligt styrt organ. I samband med ändringar år 1998 i dåvarande lag om offentlig upphandling gjordes en ändring av begreppet "offentligt styrt organ" för att tydliggöra att det är just behovets karaktär som inte ska vara industriellt eller kommersiellt. Det stämmer inte såsom Akademiska Hus har anfört att EU-domstolen endast har prövat behovets karaktär avseende rekvisitet "behov i det allmännas intresse".

Konkurrensverket bedömer att Akademiska Hus är ett offentligt styrt organ även om endast bolagets verksamhet prövas oaktat att de behov bolaget tillgodoser inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Även om rätten skulle finna att behovets karaktär inte ska tillmätas denna betydelse utgör Akademiska Hus ett offentligt styrt organ.

I ägarens bolagsgenomgång anges att utgångspunkten för Akademiska Hus strategiska utveckling bör vara de fastigheter där bolaget har en tydlig marknadskompletterande roll. Kartläggningen visar att detta främst gäller utbildnings- och laboratoriefastigheter på avgränsade campusområden och stadscampus. Bolaget är på den marknad som här är av betydelse den överlägset största aktören.

Frågan är inte om vinstmaximering eller vinstsyfte utan om ett huvudsakligt vinstsyfte. Akademiska Hus har inte ens påstått att bolaget skulle drivas med ett sådant huvudsakligt vinstsyfte.

På grund av ägarens tydliga uppdrag och begränsning av bolagets verksamhetsområde till fastigheter för forskning och högre utbildning saknar

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 14
7088-14, 7091-14,
7093-14, 7095-14,
7096-14, 7098-14

bolaget frihet att på rent kommersiella grunder inrikta sig på de hyresgäster som vid varje tidpunkt ger högst avkastning.

Akademiska Hus tillägger i huvudsak följande.

Akademiska Hus verksamhet kan inte sammanblandas med de verksamheter som bolagets hyresgäster bedriver. Att universitet och högskolor uppbär statliga anslag saknar betydelse eftersom Akademiska Hus inte gör det. Bolaget har inte heller någon rätt att hyra ut lokaler utan får endast göra det i konkurrens med andra kommersiella fastighetsbolag.

Marknadsdefinitionen ska bestämmas på samma sätt i upphandlingsrättsliga mål som i t.ex. konkurrensrättsliga mål. Att bolaget av bl.a. historiska skäl har haft en betydande andel hyresgäster inom utbildningsväsendet innebär inte att bolaget inte skulle bedriva kommersiell verksamhet i utvecklad konkurrens med andra fastighetsbolag.

Bolaget bedriver verksamhet med ett huvudsakligt vinstsyfte i den mening som avses med begreppen "icke industriell och icke kommersiell karaktär" i EU-domstolens rättspraxis. Det finns emellertid inte någon skillnad mellan begreppet vinstsyfte och huvudsakligt vinstsyfte.

Kammarrätten i Sundsvall har felaktigt låtit det allmänna intresse, som Akademiska Hus har i uppdrag att tillgodose, påverka bedömningen av om bolagets verksamhet är industriell eller kommersiell. Akademiska Hus bär sina egna förluster på motsvarande sätt som domstolarna funnit att Sveaskog gör. Kammarrätten i Sundsvalls dom är inte förenlig med den s.k. Sveaskogsdomen, mål nr 772-14, från Kammarrätten i Stockholm eller med Förvaltningsrätten i Stockholms dom avseende Systembolaget i mål nr 7265-14. Oavsett vilken som är den relevanta marknaden har Kammarrätten i Sundsvall bortsett från den skyldighet som universitet och högsko-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**

Sida 15
7088-14, 7091-14,
7093-14, 7095-14,
7096-14, 7098-14

lor har enligt svensk lag m.m. att upphandla hyresvärd. Eftersom universitet och högskolor har en lagreglerad skyldighet att upphandla hyresvärd måste det vara självklart att Akademiska Hus bedriver verksamhet i konkurrens.

Regiondirektören vid Akademiska Hus, David Carlsson, har i ett skriftligt utlåtande anfört i huvudsak följande. Akademiska Hus bedriver verksamhet under normala marknadsmässiga villkor, på affärsmässig grund och med krav på marknadsmässig avkastning såsom andra kommersiella fastighetsbolag. Bolaget investerar i och hyr ut fastigheter endast om det är affärsmässigt motiverat. Konkurrenssituationen är sådan som bolaget har redogjort för i målet. Det finns inte någon av fastighetsbranschen vedertagen marknad för uthyrning av lokaler till universitet och högskolor. Den totala mängden lokaler som universiteten och högskolorna hyr utgör ingen definition av en marknad.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE*Tillämpliga bestämmelser m.m.*

Enligt 2 kap. 12 § LOU avses med offentligt styrda organ sådana bolag, föreningar, delägarförvaltningar, särskilt bildade samfällighetsföreningar och stiftelser som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär, och

1. som till största delen är finansierade av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet,
2. vars verksamhet står under kontroll av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet, eller
3. i vars styrelse eller motsvarande ledningsorgan mer än halva antalet ledamöter är utsedda av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**

Sida 16
7088-14, 7091-14,
7093-14, 7095-14,
7096-14, 7098-14

Av 2 kap 19 § LOU framgår att med upphandlande myndighet avses statliga och kommunala myndigheter.

Vid tillämpning av denna lag skall med myndighet jämställas

1. beslutande församlingar i kommuner och landsting, och
2. offentligt styrda organ som avses i 12 §, samt
3. sammanslutningar av en eller flera myndigheter enligt första stycket eller församlingar enligt 1 eller sammanslutningar av ett eller flera organ enligt 2.

Enligt 17 kap 1 § 3 p. LOU får allmän förvaltningsdomstol besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) om myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 eller 2 §, 13 kap. 2 eller 5 §, 14 kap. 5 § eller, 15 kap. 4 eller 6 §.

Av 17 kap. 4 § första stycket LOU framgår att upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Beräkningen av kontraktsvärdet ska ske enligt 3 kap. 3 och 4 §§ eller 15 kap. 3 a § LOU.

Av 17 kap. 5 § LOU framgår att vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges, om det finns synnerliga skäl.

Av förarbetena framgår bl.a. följande (prop. 2009/10:180, del I, s. 197 f. och 369 f). Utgångspunkten är att avgiften bestäms så att myndigheten avhåller sig från överträdelser av lagen. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör alltså sanktionsavgiften fastställas till.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 17
7088-14, 7091-14,
7093-14, 7095-14,
7096-14, 7098-14

Vid bedömningen av sanktionsvärdet bör även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Om det t.ex. är så att rättsläget är oklart bör det påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Otillåtna direktupphandlingar anses vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt. Vidare kan avtalstidens längd och värdet påverka sanktionsvärdet på så sätt att sanktionsvärdet anses högre om en otillåten direktupphandling gjorts och avtalet i fråga avser en förhållandevis lång tid eller högt värde. Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten eller enheten bör tillmätas betydelse vid bedömningen av sanktionsvärdet. Det kan exempelvis från den upphandlande myndighetens eller enhetens sida vara fråga om ett upprepat beteende ifråga om att inte iaktta avtalspärren eller att företa otillåtna direktupphandlingar. Ett sådant upprepat handlande bör ses som en försvårande omständighet. Det förhållande att upphandlande myndighet eller enhet på annat sätt drabbats negativt kan däremot i vissa fall ses som en förmildrande omständighet. I sällsynta fall, när överträdelsen får anses ringa, bör det kunna aktualiseras om någon avgift över huvud taget ska påföras.

Förvaltningsrättens bedömning

Enligt vad som framgår av utredningen i målet äger staten 100 procent av aktierna i Akademiska Hus, vilket betyder att staten genom bolagsstämman utser styrelse och bestämmer föremålet för bolagets verksamhet. Detta betyder att två av de tre rekvisiten i 2 kap. 12 § andra stycket LOU är uppfyllda.

Härefter återstår att bedöma om Akademiska Hus tillgodoser behov i det allmännas intresse. Om detta behov är av industriell eller kommersiell karaktär kan bolaget inte vara en upphandlande myndighet.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 18
7088-14, 7091-14,
7093-14, 7095-14,
7096-14, 7098-14

Kammarrätten i Sundsvall har i dom den 23 januari 2015 i mål nr 1767-14 bedömt aktuell fråga. I kammarrättens dom anges bl.a. följande.

Akademiska Hus uppdrag är och har varit att bl.a. verka för en långsiktig hållbar utveckling av universitets- och högskoleområden genom att erbjuda landets universitet och högskolor ändamålsenliga och sunda lokaler för utbildning och forskning och vidare att som förvaltare tillvarata de stora ekonomiska och kulturella värden som finns i fastigheterna. Mot denna bakgrund anser kammarrätten att Akademiska Hus tillgodoser behov i det allmännas intresse.

Akademiska Hus bildades för att äga och förvalta högskolefastigheter och garantera långsiktigheten och upprätthålla värdet i statens innehav av högskolefastigheter. För huvuddelen av fastighetsinnehavet saknades konkurrens i vanlig mening. Gällande den aktuella konkurrenssituationen för verksamheten anser kammarrätten att den referensmarknad som måste beaktas för att avgöra om en verksamhet bedrivs i konkurrens med andra eller inte är den sektor för vilken det aktuella organet har inrättats. Denna sektor för Akademiska Hus del måste anses utgöras av uthyrning av fastigheter för högre utbildning och forskning. Ett annat synsätt skulle leda till ett resultat som strider mot EU-domstolens rättspraxis att begreppet upphandlande myndighet ska tolkas funktionellt för att ge full verkan åt principen om fri rörlighet. Akademiska hus kan vidare inte i sin helhet anses verka på en marknad med en utvecklad konkurrens. Det är tvärtom troligt att det i vart fall för vissa slag av specialfastigheter saknas verklig konkurrens. I denna del måste också beaktas såväl Akademiska Hus höga andel av innehav på fastighetsmarknaden avseende fastigheter för högre utbildning och forskning, som markens attraktiva läge på campusområden. Akademiska Hus kan därför inte anses verka under normala marknadsmässiga villkor. Visserligen har uppdraget för Akademiska Hus till viss del ändrats genom förtydligande att verksamheten ska bedrivas på affärsmässig grund. Att

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 19
7088-14, 7091-14,
7093-14, 7095-14,
7096-14, 7098-14

uppnå högsta möjliga avkastning kan dock inte anses vara ett syfte med verksamheten som är överordnat Akademiska Hus samhällsuppdrag. Uppdraget vid bildandet var och är alltså att verka för allmänintresset av en långsiktigt hållbar utveckling av universitets- och högskoleområden och universitetens och högskolornas långsiktiga behov av lokaler, förvaltning av specialiserade byggnader samt att sammanhålla campusmiljöer säkerställs genom bolagets verksamhet. Akademiska Hus har alltså inte ett huvudsakligt vinstsyfte.

Det är i och för sig riktigt att verksamheten inte är offentligt finansierad. Men såväl denna omständighet som frågan om bolaget står den ekonomiska risken för verksamheten måste bedömas mot bakgrund av att bolaget inte verkar på normala marknadsmässiga villkor. Bolagets omfattande fastighetsinnehav på vissa orter gör att bolaget lokalt kan ha något av en särställning gentemot hyresgästerna, dvs. lärosätena. Hyresavtalen löper under lång tid och de stabila hyresgästerna, staten, ger en mycket fördelaktig riskprofil. Den omständigheten att Akademiska Hus saknar offentlig finansiering och formellt står den ekonomiska risken för verksamheten kan därför inte ha någon avgörande betydelse.

Sammanfattningsvis finner kammarrätten alltså att Akademiska Hus tillgodoser behov i det allmännas intresse. Verksamheten verkar inte under normala marknadsmässiga villkor och dess huvudsakliga syfte är inte att generera vinster även om den ska bedrivas på affärsmässig grund. Med hänsyn till att verksamheten inte verkar under verklig konkurrens, att dess motpart är staten och att verksamheten har en mycket fördelaktig riskprofil, har det ingen avgörande betydelse att bolaget formellt sett självt står den ekonomiska risken för verksamheten eller att den inte är offentligt finansierad. Vid angivna förhållanden är det behov som Akademiska Hus tillgodoser inte av industriell eller kommersiell karaktär. Vid en sammantagen bedömning finner kammarrätten att Akademiska Hus utgör ett offentligt styrt or-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 20
7088-14, 7091-14,
7093-14, 7095-14,
7096-14, 7098-14

gan och därmed en upphandlande myndighet som har att tillämpa regelverket om offentlig upphandling.

Förvaltningsrätten finner i nu aktuella mål ingen anledning att göra en annan bedömning än den kammarrätten har gjort rörande frågan om Akademiska Hus ska anses vara en upphandlande myndighet.

Akademiska Hus har ostridigt ingått sex stycken avtal och det rör sig om otillåtna direktupphandlingar. Förutsättningar för att påföra upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § 3 LOU föreligger därmed.

En upphandlingsskadeavgifts storlek ska uppgå till mellan 10 000 kr och 10 000 000 kr. Avgiften får dock inte överstiga tio procent av kontraktets värde. I målen är ostridigt att värdena för de i målet sex aktuella kontraktet varierar mellan 945 000 kr och 5 515 000 kr. Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges, om det finns synnerliga skäl.

Avgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet. Beloppsbegränsningen i 17 kap. 4 § första stycket LOU måste innebära att överträdelsens allvarlighetsgrad ska fastställas utifrån en helhetsbedömning där kontraktets värde är en av flera avgörande faktorer och där högsta avgiftsbeloppet bör reserveras för särskilt graverande fall (jfr HFD 2014 ref. 69).

Förvaltningsrätten bedömer att Akademiska Hus överträdelser ska ses som allvarliga eftersom bolaget har underlåtit att tillämpa LOU trots såväl nuvarande som tidigare tillsynsmyndigheters beslut och i stället genomfört flera otillåtna direktupphandlingar. Sanktionsvärdet måste därför anses vara högt.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**

Sida 21
7088-14, 7091-14,
7093-14, 7095-14,
7096-14, 7098-14

Förvaltningsrätten anser att de av Konkurrensverket yrkade beloppen, som också har vitsordats av Akademiska Hus, framstår som väl avvägda. Upphandlingsavgifternas storlek ska därför bestämmas till 400 000 kr i mål nr 7088-14, 200 000 kr i mål nr 7091-14, 125 000 kr i mål nr 7093-14, 100 000 kr i mål nr 7095-14, 80 000 kr i mål nr 7096-14 och 70 000 kr i mål nr 7098-14. Några synnerliga skäl för att efterge avgiften har inte kommit fram. Konkurrensverkets ansökningar ska därför bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV 3109/1B LOU)



Ann Rittri

Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Markus Zander.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns symmetliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet -- och om de fortfarande är aktuella -- behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.