



SÖKANDE

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

MOTPART

Akademiska hus AB, 556459-9156
Box 483
401 27 Göteborg

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

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och beslutar att
Akademiska Hus AB ska betala en upphandlingsskadeavgift om
3 000 000 (tre miljoner) kr.

Sekretess enligt 36 kap. 2 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400)
ska bestå för uppgifter om Akademiska Hus AB:s affärs- och driftsförhål-
landen i ”Bolagsgenomgång av Akademiska Hus” som förebringats vid
rättens förhandling inom stängda dörrar och som inte tagits in i denna dom.

Innehållsförteckning

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE	1
BAKGRUND	3
YRKANDEN	3
GRUNDER.....	3
AKTUELLA BESTÄMMELSER.....	4
UTREDNINGEN I MÅLET	6
När har upphandlingen påbörjats?	6
Konkurrensverket	6
Akademiska Hus AB	7
Utgör fusionen hinder för prövning av ansökan?	10
Konkurrensverket	10
Akademiska Hus AB	13
Var AHN att anse som en upphandlande myndighet?	15
Konkurrensverket	15
Akademiska Hus AB	28
Var avtalet en otillåten direktupphandling?.....	37
Konkurrensverket	37
Akademiska Hus AB	38
Upphandlingsskadeavgiftens storlek	38
Konkurrensverket	38
SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET	40
När har upphandlingen påbörjats?	40
Utgör fusionen hinder för prövning av ansökan?	42
Var AHN att anse som en upphandlande myndighet?	43
Var avtalet en otillåten direktupphandling?.....	48
Upphandlingsskadeavgiften och dess storlek.....	49
HUR MAN ÖVERKLAGAR.....	49

BAKGRUND

Akademiska Hus Norr AB (AHN) var ett av sex dotterbolag till Akademiska Hus AB.

AHN ingick den 7 oktober 2011 ett generalentreprenadavtal med Rekab Entreprenad AB (Rekab). Avtalet avsåg utförande av på- och tillbyggnad av Sveriges lantbruksuniversitet (SLU) vid Campus Umeå till ett värde av 39 130 000 kr.

I ansökan som kom in till förvaltningsrätten den 11 september 2012 har Konkurrensverket yrkat att rätten ska besluta att AHN förpliktas att betala 3 000 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

Genom fusion som registrerades i aktiebolagsregistret den 11 december 2012 har AHN och övriga dotterbolag uppgått i Akademiska Hus AB.

YRKANDEN

Konkurrensverket yrkar såsom verket slutligen utformat sin talan att förvaltningsrätten ska besluta att Akademiska Hus AB ska förpliktas betala 3 000 000 kr i upphandlingsskadeavgift med anledning av dotterbolaget AHN:s avtal med Rekab.

Akademiska Hus AB bestrider bifall till ansökan, men vitsordar upphandlingsavgiftens storlek i och för sig.

GRUNDER

Konkurrensverket anför sammanfattningsvis följande grunder. AHN var en upphandlande myndighet som var skyldig att genomföra upphandlingar i enlighet med bestämmelserna i LOU. Avtalet med Rekab 2011 ingicks utan föregående annonsering och utgör därför en otillåten direktupphand-

ling. AHN har uppgått i Akademiska Hus AB och det är därför Akademiska Hus AB som ska ansvara för den otillåtna direktupphandlingen som skett. Upphandlingsskadeavgiftens storlek är beräknad med utgångspunkt i det ingångna avtalets värde.

Akademiska Hus AB anför sammanfattningsvis följande grunder. AHN påbörjade upphandlingen av generalentreprenaden före den 15 juli 2010 och således före bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift trätt i kraft. Till följd av genomförd fusion föreligger hinder mot prövning av målet och mot att påföra Akademiska Hus AB upphandlingsskadeavgift. AHN var inte ett offentligt styrt organ och därmed inte en upphandlande myndighet.

Förvaltningsrätten har hållit muntlig förhandling i målet. Vid förhandlingen har David Carlsson, regiondirektör vid Akademiska Hus AB hörts som vittne.

AKTUELLA BESTÄMMELSER

Med *offentligt styrda organ* avses sådana bolag, föreningar, delägarförvaltningar, särskilt bildade samhällighetsföreningar 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. (2 kap. 12 § LOU)

Med *upphandlande myndighet* avses statliga och kommunala myndigheter. Vid tillämpning av denna lag ska 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. (2 kap. 19 § LOU)

Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) om

3. 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 §. (17 kap. 1 § punkten 3 LOU)

Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. (17 kap. 4 § första stycket LOU)

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. (17 kap. 5 § LOU)

Bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift i LOU infördes genom SFS 2010:571 som lyder enligt följande:

1. Denna lag träder i kraft den 15 juli 2010.
2. Äldre bestämmelser gäller för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

UTREDNINGEN I MÅLET

När har upphandlingen påbörjats?

Konkurrensverket

Avtalet mellan AHN och Rekab avsåg en på- och tillbyggnad av SLU i form av en generalentreprenad. Avtalet med Rekab avsåg däremot inte en projektering av denna på- och tillbyggnad.

Vid generalentreprenad är det beställaren som upphandlar och tar fram projekteringen till entreprenaden. Ett annat vanligt begrepp för denna typ av entreprenad är utförandeentreprenad. I AB04 och ABT06 anges att utförandeentreprenad är en entreprenad där beställaren svarar för projektering och entreprenören svarar för utförandet. Genomförandet av en generalentreprenad skiljer sig därmed fundamentalt från utförandet av en totalentreprenad vid vilken den upphandlade entreprenören ansvarar gentemot beställaren för både projektering och utförande. Vid entreprenadformen generalentreprenad måste man hålla isär projekteringen från själva utförandet av byggnationen. Eftersom det är beställaren som svarar för projekteringen ska denna särskilda fas av byggentreprenaden upphandlas för sig. Den färdiga projekteringen ligger sedan till grund för den därpå kommande upphandlingen av en generalentreprenör, vilken ska utföra själva byggnationen i enlighet med projekteringen. Projektering och utförande rör två olika faser och två olika upphandlingar när en byggentreprenad utförs som en generalentreprenad. Att knyta en extern kontakt för projektering innebär därmed inte att nästkommande upphandling, av en generalentreprenör för utförandet, ännu påbörjats.

Gemensamt för samtliga av de av Akademiska Hus AB uppräknade åtgärderna är att de avser insatser och förberedelser samt kontakter med olika

leverantörer inför en projektering. Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift omfattar dock inte några av de avtal som ingåtts under projekteringsfasen av det aktuella på- och tillbyggnadsprojektet. Det otillåtet direktupphandlade avtal som är föremål för ansökan om upphandlingsskadeavgift avser i stället det generalentreprenadavtal – i form av en utförandeentreprenad – som utan föregående annonsering ingåtts med Rekab den 7 oktober 2011. Förfrågningsunderlaget till denna otillåtna direktupphandling är daterat den 19 augusti 2011. Det var således vid denna tidpunkt det kom till kännedom utåt att man hade för syfte att tilldela ett kontrakt avseende utförandet av entreprenaden, jfr HFD 2013 ref. 31.

HFD har i ovan nämnt avgörande uttalat att den tidpunkt när en upphandling har påbörjats bör sammanfalla med tidpunkten för när en upphandlande myndighets beslut kan bli föremål för prövning. Vidare har HFD hänvisat till EU-domstolens avgörande i mål C-26/03 där det anges att denna tidpunkt inträffar när det stadium har passerats då rent interna överväganden och förberedelser görs inom en myndighet inför en upphandling. Ett upphandlingsförfarande får därmed enligt HFD:s avgörande anses ha påbörjats när den upphandlande myndigheten beslutat att inleda ett upphandlingsförfarande och detta beslut kommit till kännedom utåt genom att myndigheten tagit någon form av extern kontakt i syfte att anskaffa det som beslutet avser.

Akademiska Hus AB har inte förmått tillföra utredningen några uppgifter som visar att upphandlingen av utförandeentreprenaden påbörjats före den 15 juli 2010.

Akademiska Hus AB

AHN påbörjade upphandlingen av generalentreprenaden i samverkan före den 15 juli 2010. Bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift är därför

inte tillämpliga på upphandlingen, jfr EU-domstolens dom i mål C-26/03 och HFD 2013 ref. 31.

HFD har i det nämnda avgörandet bestämt att avtalstidpunkten inte är relevant utan att ett upphandlingsförfarande i stället får anses ha påbörjats när den upphandlande myndigheten har vidtagit faktiska åtgärder för att möjliggöra avtalet. Inledande av avtalsförhandlingar med en extern part får anses vara en sådan utåtriktad åtgärd som innebär att ett upphandlingsförfarande har påbörjats. Akademiska Hus AB anmärker att den faktiska åtgärd som HFD ansåg tillräcklig för att Migrationsverket skulle anses ha påbörjat anskaffningen av en byggentreprenad var att en av parterna hade upprättat ett utkast till ett ”letter of intent”, dvs. ett utkast till en icke-bindande avsiktsförklaring.

Vad Konkurrensverket anför om olika entreprenadformer saknar betydelse för frågan om AHN har påbörjat anskaffningen av entreprenaden före den 15 juli 2010. Förvaltningsrätten ska enligt HFD 2013 ref. 31 i stället endast pröva om AHN:s beslut att inleda ett förfarande för anskaffning av entreprenadarbetena före den 15 juli 2010 på något sätt har kommit till kännedom utåt genom AHN:s eller annans åtgärd.

Att anskaffningen har påbörjats före den 15 juli 2010 följer av att

- AHN har före den 15 juli 2010 genomfört en studie om påbyggnad av SLU,
- AHN har före den 15 juli 2010 avropat en byggprojekteringstjänst från WSP Byggprojektering AB,
- SLU har sent 2009 eller tidigt 2010 tagit kontakt med AHN för att utreda förutsättningarna för att genomföra de arbeten som omfattas av entreprenaden eftersom SLU hade ett stort behov av att förändra och utöka de befintliga lokalerna,

- SLU har i mars 2010 fattat ett formellt beslut om att beställa en utredning av förutsättningarna och kostnaderna för arbetena som omfattas av entreprenaden,
- AHN har under mars 2010 tagit extern kontakt med Link Arkitektur genom att beställa förarbetet för de arbeten som omfattas av entreprenaden i form av lokalutredning och inredningsprojektering,
- AHN och SLU har under april/maj 2010 tagit extern kontakt med White Arkitekter genom att beställa programutredning och ritningar för de lokaler som omfattas av entreprenaden,
- AHN och SLU har under april/maj 2010 tagit extern kontakt med WSP för att genomföra beräkningar av bygglaster för arbetena som omfattas av entreprenaden,
- AHN har i juni 2010 upprättat en kostnadskalkyl för arbetena som omfattas av entreprenaden,
- Link Arkitektur har löpande under mars-juni 2010 levererat förarbetet för de arbeten som omfattas av entreprenaden i form av lokalutredning och inredningsprojektering,
- White Arkitekter har i juni 2010 levererat programutredning och ritningar för de lokaler som omfattas av entreprenaden till SLU och AHN,
- WSP har under april-maj 2010 levererat beräkningarna av bygglaster för arbetena som omfattas av entreprenaden,
- AHN har före sommaren 2010 publicerat information om de arbeten som omfattas av entreprenaden på AHN:s hemsida,
- SLU har i september 2010 i sin Lokalförsörjningsplan för 2010 redogjort för den lokalutredning och inredningsprojektering och programutredning med ritningar som Link Arkitektur och White Arkitekter hade levererat före sommaren 2010 och för den kostnadskalkyl för arbetena som omfattas av entreprenaden som AHN hade upprättat i juni 2010,
- AHN, SLU, Link Arkitektur, White Arkitekter och WSP har före sommaren 2010 sammanträffat för att diskutera förutsättningarna för att genomföra de arbeten som omfattas av entreprenaden.

Sedan Link Arkitektur, White Arkitekter och WSP hade levererat sina arbeten uppdrog AHN i slutet av juni 2010 till White Arkitekter att upprätta rumsfunktionsprogram och senare också systemhandlingar för om- och påbyggnaden. De handlingarna, som upprättades först under hösten 2010 och våren 2011, har utgjort del av det förfrågningsunderlag, tillika avtalsunderlag, som sedermera tillställdes Rekab.

AHN har således, efter att interna överväganden och förberedelser hade slutförts inom AHN respektive SLU, före den 15 juli 2010 inlett konkreta avtalsförhandlingar med SLU och andra externa parter och har dessutom beställt och fått leverans av arbeten som har varit nödvändiga delar i anskaffningen.

Flera av ovan nämnda åtgärder framgår av offentliga handlingar. Informationen på hemsidan har dessutom publicerats offentligt och skickats ut till ett stort antal personer och nyhetsbyråer som ett nyhetsbrev. Det har därmed varit möjligt för intresserade personer att före den 15 juli 2010 få kännedom om de arbeten som omfattas av entreprenaden. Akademiska Hus AB gör dessutom gällande att Rekab och Rekabs konkurrenter före den 15 juli 2010 har haft sådan kännedom.

Utgör fusionen hinder för prövning av ansökan?

Konkurrensverket

Konkurrensverket anser att det numera är det bolag AHN gått upp i, Akademiska Hus AB, som ska ansvara för den otillåtna direktupphandling som skett.

Enligt 23 kap. 1 § första punkten aktiebolagslagen är situationen när ett bolag övertar ett eller flera andra bolag en fusion i form av absorption. Enligt 23 kap. 34 § samma lag är en sådan fusions rättsverkningar att dotterbolagets tillgångar och skulder övergår till moderbolaget.

En fusion där ett dotterbolag uppgår i moderbolaget genom absorption kan liknas vid en form av universalsuccession. Det innebär att det övertagande bolaget normalt ikläder sig samtliga rättigheter och skyldigheter som dotterbolaget haft. Detta torde ofta i praktiken innebära att dotterbolagets ingångna avtal med tredje man övergår oförändrade till det övertagande bolaget, som därmed blir ny part i dessa avtalsförhållanden.

Konkurrensverket noterar att Akademiska Hus AB inte påstått att avtalsförhållandet med Rekab upphört i och med fusionen. Konkurrensverket utgår därför i det följande från att det generalentreprenadavtal som slöts mellan AHN och Rekab den 7 oktober 2011 kvarstår samt att den aktuella entreprenaden genomförs med Akademiska Hus AB och Rekab som avtalsparter.

Det skulle stå i strid med upphandlingsskadeavgiftens syfte om ansvaret för en otillåten direktupphandling upphörde endast av den anledningen att den myndighet som ingått avtalet hunnit upplösas genom en fusion, innan en förvaltningsdomstol haft möjlighet att påföra en upphandlingsskadeavgift. Detta gäller i synnerhet i situationer där det aktuella avtalet kvarstår och genomförs för en upphandlande myndighets räkning, som visserligen inte i strikt formell mening men i praktiken är samma myndighet som genomfört den otillåtna kontraktstilldelningen.

Utifrån vad som anges i Akademiska Hus årsredovisning för 2011 kan den genomförda fusionen liknas vid en renodlat intern omorganisation, vilken i sig inte bör befria Akademiska Hus AB från ansvar för direktupphandling-

ar som genomförts av dess dotterbolag och i vars ställe bolaget sedan träder.

Konkurrensverket har vidare noterat att det tidigare moderbolagets koncernchef även hade rollen som styrelseordförande i samtliga sex dotterbolag i Akademiska Hus-koncernen. Det kan därför inte ha varit obekant för moderbolaget att dess dotterbolag ingick avtal med leverantörer utan att följa LOU. Dessutom skulle alla större investeringar, efter godkännande av respektive dotterbolagsstyrelse, beslutas av koncernstyrelsen.

Det kan således konstateras att det vid tidpunkten för entreprenadavtalets ingående uppenbart förelegat ett mycket nära samband mellan Akademiska Hus AB och dess helägda dotterbolag AHN. Det avtal med Rekab som ingåtts av AHN avsåg en på- och tillbyggnad av Sveriges lantbruksuniversitet i Umeå, vilket måste anses ha varit ett avtal i hela Akademiska Hus-koncernens intresse. Entreprenaden utförs nu istället för Akademiska Hus AB:s räkning i dess fusionerade form varför själva ”bolagsnyttan” av entreprenaden kvarstår oförändrad.

Utifrån avtalsparten Rekabs perspektiv torde den genomförda fusionen inte heller ha inneburit någon reell förändring för entreprenadens utförande och villkor. Vidare kvarstår naturligtvis den skada som vidlåtits Rekabs konkurrenter – vilka inte beretts tillfälle att lämna anbud – oförändrad.

På konkurrensrättens område torde i liknande situationer gälla att ansvaret för överträdelse övergår på den nye ägaren av rörelsen, om det bolag som gjort sig skyldigt till överträdelsen sedermera upphört att existera. Vidare kan ett moderbolag hållas ansvarigt för ett dotterbolags handlingar, under förutsättning att man inte kan bevisa att dotterbolaget i allt väsentligt inte tillämpat moderbolagets riktlinjer utan agerat självständigt på marknaden. Marknadsdomstolen har i avgörandet MD 2001:30 funnit att Telia AB

skulle svara för en viss överträdelse av konkurrenslagen som ett av dess dotterbolag gjort sig skyldigt till. Vidare hänvisas till Marknadsdomstolens avgörande MD 2009:7 i vilket domstolen uttalade att efter en fusion övergår rättigheter och skyldigheter till det övertagande bolaget, varför ett krav som riktas mot det upplösta bolaget kan göras gällande mot det övertagande bolaget.

Konkurrensverkets ansökan har utgått från det faktum att hela Akademiska Hus-koncernen har bedrivit sin verksamhet på samma villkor och med exakt samma syfte. En dom med innebörd att det aktuella avtalet med Rekab ingåtts genom en otillåten direktupphandling blir därför i allra högsta grad vägledande för frågan om Akademiska Hus AB är ett offentligt styrt organ. Därigenom uppnås även upphandlingsskadeavgiftens syfte att vara effektiv och avskräckande. Konkurrensverket vill även påpeka att en förutsättning för att AHN skulle kunna anses vara en upphandlande myndighet var att även dess ägare, Akademiska Hus AB, är en upphandlande myndighet. Frågan huruvida Akademiska Hus AB omfattas av regelverket i LOU måste således prövas i målet oavsett om en fusion genomförts eller ej.

EU-domstolen har beträffande ett bötesmål inom konkurrensrätten (mål C-125/07) accepterat ansvarsövergång vid fusion och detta dessutom avseende ett enskilt rättssubjekt.

Akademiska Hus AB

Akademiska Hus AB har inte accepterat att vara part i målet och har inte heller övertagit någon skyldighet från AHN att betala upphandlingsskadeavgift. Det finns rättegångshinder mot Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift. Det är inte korrekt eller lämpligt att i ett mål mellan andra parter fastställa att AHN tidigare var ett offentligt styrt organ.

Upphandlingsskadeavgift är en administrativ straffsanktion och motsvarar EU-direktivets begrepp böter. En sådan straffsanktion kan inte övergå på en annan juridisk person på grund av fusion såvida inte straffsanktionen vid tidpunkten för fusionen har bestämts genom lagakraftvunnen dom eller beslut.

Konkurrensverkets talan mot AHN på grund av AHN:s påstått felaktiga agerande har endast kunnat få betydelse för frågan om AHN är ett offentligt styrt organ. Det förhållandet att AHN har fusionerats med Akademiska Hus AB ändrar inte det förhållandet. AHN har genomfört anskaffningen självständigt och Akademiska Hus AB har inte utfärdat riktlinjer för eller på annat sätt medverkat vid anskaffningen.

Det huvudsakliga avskräckande syftet med bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift kan inte uppnås i ett mål som rör ett upplöst bolags tidigare verksamhet. Det kan inte heller uppnås genom en dom mot ett annat bolag, som inte självt har gjort den ifrågasatta anskaffningen och vars verksamhet och agerande överhuvudtaget inte ska vara föremål för bedömning i målet.

En dom mot Akademiska Hus AB som rör AHN:s tidigare verksamhet kommer inte att ha rättskraft eller vara vägledande i frågan om Akademiska Hus AB är ett offentligt styrt organ.

Det krävs lagstöd för att ålägga ett bolag en sanktionsavgift som rör ett annat bolags tidigare åtgärder. Konkurrensverkets redogörelse för MD 2009:7 är felaktig och missvisande.

Det strider mot ordalydelsen i 17 kap. 1 § LOU att ålägga Akademiska Hus AB en upphandlingsskadeavgift eftersom bolaget inte har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt LOU.

Det åligger Konkurrensverket – som påstår att en administrativ straffsaktion, som inte har bestämts genom lagakraftvunnen dom eller beslut, har övertagits på grund av fusion – att bevisa att ett sådant övertagande har skett. Det är alltså inte Akademiska Hus AB som ska bevisa att övertagandet inte har skett.

Upphandlingsskadeavgift motsvarar böter, detta anser också Konkurrensverket och det framgår av verkets pressmeddelanden.

Var AHN att anse som en upphandlande myndighet?

Konkurrensverket

Organisation

Fram till december 2012 bestod Akademiska Hus-koncernen av moderbolaget Akademiska Hus AB samt de sex helägda regionala dotterbolagen. Samtliga dotterbolag i koncernen hade samma uppdrag och inriktning, dvs. att hyra ut lokaler och fastigheter för högre utbildning och forskning i Sverige. Det forna moderbolagets verksamhet utgjordes så gott som uteslutande av dess dotterbolags samlade verksamheter.

Konkurrensverket kan konstatera att de tidigare dotterbolagens verksamhet i dagsläget uppenbarligen bedrivs på samma sätt som innan fusionen, men i en modifierad organisationsstruktur med en uppdelning på sex olika regioner som motsvarar den tidigare indelningen av koncernen i sex olika dotterbolag. Akademiska Hus AB:s nuvarande verksamhet består således, såsom tidigare, i allt väsentligt av den samlade verksamhet som bedrivs i de olika regionerna.

Det är därför Konkurrensverkets bestämda uppfattning att en dom med innebörden att AHN var ett offentligt styrt organ, och att AHN därmed gjort sig skyldigt till en otillåten direktupphandling, i allra högsta grad är vägledande även i frågan om Akademiska Hus AB är ett offentligt styrt organ. Eftersom verksamheten bedrivs oförändrad och då Akademiska Hus AB i dess nuvarande form lika lite som de forna dotterbolagen synes ha ambitionen att följa upphandlingsregelverket kommer också avgiftens avskräckande syfte att kunna uppnås vid ett bifall till Konkurrensverkets talan.

Tidigare ärenden

Konkurrensverket har i tillsynsbeslut den 17 december 2008 i ärende 247/2008 funnit att moderbolaget är en upphandlande myndighet enligt LOU. Moderbolaget, som inte delade Konkurrensverkets bedömning, begärde omprövning av Konkurrensverkets beslut. I omprövningsbeslut den 11 mars 2009 avslog Konkurrensverket begäran om omprövning. Även den tidigare tillsynsmyndigheten Nämnden för offentlig upphandling har vid två olika tillfällen bedömt att Akademiska Hus AB var att betrakta som en upphandlande enhet enligt då gällande regelverk.

Krav på finansiering, kontroll eller styrelserepresentation

Staten äger 100 procent av aktierna i moderbolaget. Moderbolaget 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 § 1-3 p LOU (kontroll och utseende av styrelse) är således uppfyllda mellan staten och moderbolaget, vilket också vitsordades av Akademiska Hus AB vid Konkurrensverkets tillsynsärende 247/2008.

Moderbolaget är av skäl som framgår av ansökan en upphandlande myndighet, eftersom det tillgodoser behov i det allmännas intresse som inte är av kommersiell eller industriell karaktär.

Moderbolaget äger 100 procent av aktierna i AHN. AHN står under kontroll av moderbolaget, eftersom moderbolaget genom bolagsstämman utser styrelsen i AHN och bestämmer dess verksamhetsföremål. Moderbolagets verkställande direktör är ordförande i samtliga styrelser i koncernens dotterbolag. Vid större investeringar ska ärendet, sedan det tillstyrkts av dotterbolagets styrelse, beslutas av koncernstyrelsen. Två av de tre alternativa rekvisiten i 2 kap. 12 § 1-3 p LOU (kontroll och utseende av styrelse) är således uppfyllda mellan moderbolaget och AHN. I målet synes också vara ostridigt att åtminstone två av de tre alternativa punkterna i 2 kap. 12 § 1-3 p LOU är uppfyllda.

Akademiska Hus AB menar att det vid bedömningen av om AHN var ett offentligt styrt organ saknar betydelse huruvida även Akademiska Hus AB är ett offentligt styrt organ. Enligt Konkurrensverket är detta ett felaktigt påstående. Såsom framgår av 2 kap. 12 § 1-3 p LOU avses med offentligt styrt organ bl.a. sådana bolag som *finansieras, kontrolleras eller vars styrelse till mer än hälften utses av en upphandlande myndighet*. Eftersom AHN var ett helägt dotterbolag till Akademiska Hus AB ska det alltså vid prövningen av om något av dessa alternativa rekvisit föreligger bl.a. prövas om moderbolaget var en upphandlande myndighet (dvs. ett offentligt styrt organ). Att något av dessa rekvisit hypotetiskt kan bedömas vara uppfyllda även indirekt, via moderbolagets ägare, torde sakna relevans i förevarande mål.

Behov i det allmännas intresse

Av EU-domstolens praxis framgår att begreppet behov i det allmännas intresse har tolkats mycket extensivt och att en rad olika verksamheter har ansetts rymmas inom detta begrepp.

AHN:s 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.

Enligt Konkurrensverkets uppfattning är det mot bakgrund av EU-domstolens praxis uppenbart att den verksamhet som AHN bedriver tillgodoser ett behov i det allmännas intresse. Det ska vidare noteras att Akademiska Hus AB vid Konkurrensverkets tillsynsärende 247/2008 vitsordade förhållandet att koncernen tillgodoser behov i det allmännas intresse.

Vad som är tvistigt är om detta behov i det allmännas intresse som AHN tillgodoser är av kommersiell eller industriell karaktär.

Behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär

Samtliga relevanta faktiska och rättsliga omständigheter ska beaktas vid sådan prövning. Det ska bl.a. kontrolleras huruvida det aktuella organets verksamhet är utsatt för konkurrens. Förekomst av en utvecklad konkurrens kan vara ett tecken på att det är fråga om ett behov i det allmännas intresse som är av industriell eller kommersiell karaktär.

Om organet verkar på normala marknadsmässiga villkor, har ett vinstsyfte och bär de förluster som uppstår i samband med utövandet av sin verksam-

het, är det föga sannolikt att de behov som det syftar till att tillgodose inte är 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 Mannesmann, C-44/96, innebär en ”smitta” från LOU som medför upphandlingsskyldighet även för eventuella kommersiella delar av verksamheten (den s.k. kontaminationsprincipen).

I Regeringens skrivelse Skr. 2011/12:140 s. 43 beskrivs Akademiska Hus på följande sätt: ”Akademiska Hus AB bildades 1993 i samband med ombyggnaden av Byggnadsstyrelsen. Företagets huvuduppgift är att erbjuda landets universitet och högskolor ändamålsenliga och sunda lokaler för utbildning och forskning. Företaget har också ett ansvar att som förvaltare tillvarata de stora ekonomiska och kulturella värden som finns i fastigheterna. Företaget verkar på marknadsmässiga villkor och i öppen konkurrens.”

Det skulle inte överensstämma med ändamålet bakom Akademiska Hus verksamhet om koncernen skulle avveckla universitet och högskolor som hyresgäster för att istället hyra ut lokalerna till kommersiella verksamheter, om detta skulle visa sig vara mer ekonomiskt lönsamt. Förhållandet att Akademiska Hus absoluta huvuduppgift är att tillhandahålla sunda och

ändamålsenliga lokaler till universitet och högskolor begränsar koncernens möjlighet att agera på kommersiella grunder.

Denna avsaknad av kommersiell frihet innebär i sin tur en viss garanterad stabilitet och kontinuitet för landets universitet och högskolor vad gäller tillgången till ändamålsenliga lokaler, något som naturligtvis ligger i den offentlige ägarens, statens, intresse. Akademiska Hus AB:s argumentation, vilken syftar till att framställa Akademiska Hus AB som ett helt igenom kommersiellt fastighetsbolag i mängden, framstår därmed inte som trovärdig.

I målet har hänvisats till AHN:s bolagsordning och att verksamheten inte är begränsad till att tillhandahålla lokaler till universitet och högskolor. Detta kan dock inte i sig innebära att syftet med koncernens verksamhet inte skulle vara det som regeringen angett i ovan nämnda skrivelse. Bolagsordningen i fråga är dessutom mycket allmänt hållen och kortfattad, vilket generellt ofta kännetecknar bolagsordningar, varför den inte är ägnad att ge närmare upplysningar om verksamhetens inriktning.

Regeringen har i den senaste budgetpropositionen (prop. 2013/14:1) gjort vissa uttalanden avseende Akademiska Hus AB:s uppdrag som är av stort intresse och betydelse för bedömningen av målet. En bolagsgenomgång av Akademiska hus AB har ägt rum, bl.a. med anledning av att bolagets uppdrag uppfattas som oklart vad gäller dess roll, ansvar och hyressättningsprinciper. Regeringen har därvid fastslagit att Akademiska Hus AB även fortsättningsvis ska vara ett statligt helägt bolag.

I propositionen uttalar regeringen bl.a. att Akademiska Hus AB har en viktig roll för universitet och högskolor och att bolaget ska bidra till att utbildnings- och forskningsverksamheten utvecklas, och därmed bidra till målet att stärka Sverige som kunskapsnation. Vidare anges att Akademiska

Hus AB:s fokus och kärninnehav finns i universitets- och högskoleområdena och att dessa lärosätens långsiktiga behov av lokaler, förvaltning av specialiserade byggnader samt sammanhållna campusmiljöer bör säkerställas.

Regeringen uttalar vidare att de tidigare riktlinjer för statens fastighetsförvaltning som angetts i bl.a. prop. 1992/93:37, prop. 1997/98:137 och SOU 2011:31 alltså är relevanta och fortsatt ska ligga till grund för Akademiska Hus AB:s verksamhet. Av dessa riktlinjer framgår bl.a. att Akademiska Hus AB ska garantera långsiktigheten och upprätthålla värdet i statens innehav av högskolefastigheter och svara för att förvaltningen genomförs effektivt.

Uttalandena i budgetpropositionen om att Akademiska Hus AB:s verksamhet ska bedrivas på marknadsmässig grund kan inte tolkas på annat sätt än att avsikten med detta är att förvaltningen ska ske så effektivt som möjligt för att säkerställa lärosätenas långsiktiga behov av ändamålsenliga lokaler.

Syftet med Akademiska Hus AB:s verksamhet är inte att maximera koncernens avkastning och vinst. Avkastnings- och affärsmässighetskravet har istället en uttrycklig koppling till statens riktlinjer för fastighetsförvaltningen som lades fast i början av 1990-talet och som varit oförändrade sedan dess. Lagstiftaren bedömde att fastighetsförvaltningen skulle bedrivas i aktiebolagsform och att det – för att dessa förvaltande bolag hela tiden skulle sträva efter en ekonomiskt rationell förvaltning där fastigheternas förmögenhetsvärde bevaras – skulle föreligga ett visst krav på avkastning. Statens krav på ekonomisk avkastning i Akademiska Hus verksamhet är följaktligen endast ett medel för att koncernen ska uppnå behov i det allmännas intresse.

Enligt Konkurrensverkets uppfattning kan vinstkravet från ägarhåll inte ses som ett överordnat syfte med verksamheten på samma sätt som gäller för privata företag.

I prop. 1991/92:44 s. 3 ff angavs som riktlinjer för den statliga fastighetsförvaltningen bl.a. att denna bör bedrivas med ett marknadsmässigt avkastningskrav, detta med avsikten att skapa uppbyggnad av eget kapital för återinvesteringar m.m. så att förmögensvärdet bevarades under fastighetens ekonomiska livslängd.

Ägardirektivens krav på avkastning är rimligen utformade med hänsyn till de förutsättningar för den statliga fastighetsförvaltningen som angetts i nämnda förarbeten. Detta stöds även av vad en representant för ägaren uppgett, nämligen att det utöver bolagsordningen, bolagets ekonomiska mål och statens generella ägarpolicy för bolag med statligt ägande inte finns några ytterligare direktiv från ägaren. Övrig grund för bolagets inriktning finns i den proposition som berör bolagets bildande och efterföljande propositioner angående statlig fastighetsförvaltning. De omständigheter rörande Akademiska Hus AB:s verksamhet som Konkurrensverket beskrivit i ansökan och som främst bygger på tidigare förarbetsuttalanden är således alltså giltiga.

Konkurrensverket vidhåller därför sin uppfattning att avkastningskravet för offentliga fastighetsföretag huvudsakligen har det viktiga syftet att trygga en fortsatt stabil verksamhet som gagnar det allmänna intresset, och inte primärt är uppställt för att till varje pris generera maximal avkastning till ägarna.

Ytterligare en förutsättning för att ett offentligt ägt eller kontrollerat organ ska anses tillgodose ett behov av kommersiell eller industriell karaktär är

att det bär de förluster som kan uppstå i samband med utövandet av dess verksamhet.

Även om offentliga företag juridiskt sett uppvisar likheter med privata företag i så måtto att de formellt står samma risker som privata aktörer och även kan försättas i konkurs, torde det vara mycket sällsynt förekommande att den offentlige ägaren tillåter att detta sker.

Akademiska Hus verksamhet har ett tydligt och påtagligt samband med de nationella utbildningspolitiska ändamål som landets universitet och högskolor har i uppdrag att bidra till. Detta följer av att koncernens huvuduppgift är att tillhandahålla ändamålsenliga lokaler för utbildning och forskning.

EU-domstolen har vid upprepade tillfällen fastställt att allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär utgörs dels av intressen som tillgodoses på annat sätt än genom ett utbud av varor eller tjänster på marknaden, dels av intressen som staten, av skäl som har samband med det allmänna intresset, väljer att själv tillgodose eller som den avser att fortsätta att ha ett avgörande inflytande på.

Akademiska Hus har en mycket stark ställning på marknaden som hyresvärd åt universitet och högskolor. Genom sitt ägande av koncernen visar den svenska staten att man avser att fortsatt ha ett avgörande inflytande på den marknad som erbjuder sådana lokaler och fastigheter, något som enligt praxis kännetecknar ett behov av allmänt intresse som inte har kommersiell eller industriell karaktär.

Med hänvisning till den betydelse Akademiska Hus har, det får nämligen anses vara ett viktigt intresse för den svenska staten att lärosätenas behov av lokaler tillgodoses för att nå de nationella utbildningsmålen, och statens

därmed förknippade avsikt att fortsatt ha ett avgörande inflytande på den aktuella marknaden, är det inte sannolikt att koncernen själv måste bära de ekonomiska riskerna av verksamheten. Akademiska Hus torde i praktiken inte bära den ekonomiska risken för sin verksamhet på ett sätt som affärsdrivande företag typiskt sett gör.

I likhet med omständigheterna för SIEPSA i målet C-283/00 Kommissionen mot Spanien är det högst osannolikt att den svenska staten skulle låta Akademiska Hus AB gå i konkurs. Det saknar härvid enligt EU-domstolen betydelse att det inte finns några i förväg uttryckta formella garantier för detta. Akademiska Hus AB kan av dessa skäl mycket väl komma att styras av andra hänsyn är rent ekonomiska, beroende på omständigheterna.

Vad gäller konkurrenssituationen på det område där AHN primärt bedriver sin verksamhet, dvs. marknaden för uthyrning av lokaler och fastigheter till universitet och högskolor, framgår av Akademiska Hus årsredovisning 2011 att koncernen har en mycket stark ställning med en marknadsandel om 63 procent. AHN har i Region Norr en marknadsandel om 69 procent. Akademiska Hus har en inriktning mot lärosäten med statlig huvudman, vilka utgör 92 procent av marknaden för lärosäten. Om Akademiska Hus marknadsandelar räknas om till att omfatta enbart lärosäten med statlig huvudman (vilket är koncernens inriktning) uppgår dess marknadsandel till 65 procent.

I ovan angiven årsredovisning uttrycks att ”Akademiska Hus fastighetsbestånd består av kunskapsmiljöer. Graden av renodling till typ av fastighet är mycket hög. Universitet och högskolor utgör 91 procent av hyresvärdet”. I årsredovisningen uttalas vidare, redan på den första sidan, att man tillsammans med universitet och högskolor vill stärka Sverige som kunskapsnation. Detta sker genom att bygga, utveckla och underhålla moderna miljöer för forskning, utbildning och innovation. Koncernens viktiga sam-

hällsroll framhålls vidare, dess uppdrag sägs inte enbart bestå av att lösa lokalfrågor utan även av att utveckla campusområden tillsammans med forskare och lärare m.fl.

Av bl.a. ovanstående framgår att Akademiska Hus verksamhet avser en tydligt avgränsad del av fastighetsmarknaden. Akademiska Hus AB anför dock att den ”relevanta marknaden” i detta sammanhang är marknaden för uthyrning av kommersiella fastigheter, inte marknaden för uthyrning av fastigheter för högre utbildning och forskning.

Eftersom Akademiska Hus verksamhet i allt väsentligt är begränsad till uthyrning av fastigheter avsedda för högre utbildning och forskning bör marknaden, i den bemärkelse som har betydelse för bedömningen i förevarande mål, bestämmas utifrån Akademiska Hus specifika inriktning. Denna bedömning finner även stöd i tidigare nämnd årsredovisning, där Akademiska Hus uppger sin marknad vara landets 25 universitets- och högskolorter och anger sin marknadsandel till 63 procent.

Påståendet att Fabege, Kungsleden, Castellum, Hufvudstaden och Wihlborgs är koncernens största konkurrenter är missvisande. Det faktaunderlag som föreligger i form av årsredovisningen för 2011 visar att konkurrensen från de angivna privata fastighetsbolagen inte kan anses vara annat än försumbar. I stället synes den konkurrens som föreligger till stor del komma från andra offentliga fastighetsägare. Som exempel kan nämnas Statens fastighetsverk, Landstinget i Östergötland, Stiftelsen Clara, Videum AB, SLU Egendomsförvaltning och HIGAB/KIGAB Göteborg. Merparten, om inte alla, av dessa fastighetsägare torde för övrigt vara offentligt styrda organ med skyldighet att tillämpa LOU vid sina upphandlingar.

Det ska i sammanhanget understrykas att när EU-domstolen beaktat konkurrenssituationen vid sina bedömningar har det uttalats att det ska röra sig

om en *utvecklad konkurrens* för att organet ifråga ska kunna anses tillgodose ett behov av kommersiell eller industriell karaktär.

Enligt Konkurrensverkets uppfattning måste det mot bakgrund av vad som ovan angetts avseende marknadssituationen starkt ifrågasättas om det på marknaden för lokaler och fastigheter för högre utbildning verkligen råder en utvecklad konkurrens i den bemärkelse som avses i EU-domstolens praxis.

Även vid ett hypotetiskt antagande att AHN verkar på en marknad där det finns en fullt utvecklad konkurrens, så är detta endast en *indikation* på att det kan vara fråga om att behovet är av kommersiell eller industriell karaktär. Detta förhållande är således i sig inte tillräckligt för att kunna konstatera att ett offentligt företag som verkar på en sådan marknad är undantaget från skyldigheten att följa LOU. Detta följer av uttalanden från EU-domstolen, se bl.a. mål C-373/00 Adolf Truley i vilket angetts ” att, utan att helt sakna relevans, förekomsten av en utvecklad konkurrens inte i sig gör det möjligt att slå fast att det inte föreligger allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär”.

Akademiska Hus förfogar över ett inte obetydligt antal lokaler och fastigheter som inte kan bedömas vara av generell karaktär. För detta talar såväl rena lägesfaktorer som behov av avancerad specialanpassning. Det gäller exempelvis större komplexa specialbyggnader för laboratorie- och forskningsverksamhet där det kan vara svårt att finna alternativa användningsområden.

De specialanpassade lokalerna utgör uppskattningsvis mellan fem och tio procent av verksamheten i Akademiska Hus. Som anförts ovan följer av EU-domstolens rättspraxis att upphandlingsreglerna ska tillämpas fullt ut på en organisations hela verksamhet, även om endast en mindre del av

verksamheten tillgodoser behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär.

Även om rätten skulle finna att Akademiska Hus verksamhet till större delen avser byggnader och lokaler som saknar tillräcklig grad av specialanpassning eller att betydande delar av koncernens verksamhet inte är tillräckligt sammankopplad med statens utbildningsmål, tillgodoser Akademiska Hus i vart fall till viss del behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Akademiska Hus tillhandahåller och förvaltar lokaler som är specialanpassade i detalj, såsom avancerade laboratorier m.m.

Konkurrensverket har redovisat den bolagsgenomgång som på uppdrag av regeringen gjorts av McKinsey & Company beträffande Akademiska Hus.

Efter ovan nämnda rapport har regeringen har i prop. 2013/14:1 bedömt följande;

- Akademiska Hus ska vara ett statligt helägt bolag,
- Akademiska Hus har en viktig roll för universitet/högskolor vars långsiktiga behov av specialiserade byggnader och campus bör säkerställas,
- Akademiska Hus ska bidra till målet att stärka Sverige som kunskapsnation,
- Det finns tydliga mervärden i att beståndet till stor del ägs och förvaltas av Akademiska Hus,
- Konkurrens bör främjas där detta är möjligt.

Relevant marknad vid bedömning av konkurrenssituationen är den specifika sektor för vilken bolaget skapats, se EU-domstolens avgörande i mål C-393/06 Ing. Aigner. Akademiska Hus bildades för att förvalta lokaler för statliga universitet och högskolor, marknaden är den för forsknings- och utbildningslokaler. Det rör sig inte om en utvecklad konkurrens. Akade-

miska Hus är nästan dubbelt så stora som alla andra aktörer tillsammans. Akademiska Hus har en marknadskompletterande roll, man tillhandahåller lokaler som marknaden inte själv kan tillhandahålla. Om det funnits en utvecklad konkurrens hade lärosätena kunnat förlita sig på marknaden. Akademiska Hus befinner sig inte under ett så kommersiellt tryck som krävs för att de inte ska omfattas av LOU, jfr Telia, Nordea, SAS.

Vad gäller det av Akademiska Hus åberopade avgörandet angående Sveaskog Förvaltning AB är det avgörandet inte konstigt. Sveaskog producerar timmer och pappersmassa och tillgodoser behov av kommersiell karaktär. Sveaskog har 15 procent av markinnehavet och exponeras för konkurrens. Det behövs inte något statligt företag för att komplettera marknaden. Vidare har delar av Sveaskog övergått till Ersättningsmark i Sverige AB.

Sammanfattning

Det behov som Akademiska Hus tillgodoser, dvs. universitetens och högskolornas behov av lokaler för att kunna fullgöra sina uppgifter, är således inte av kommersiell eller industriell karaktär. I kombination med att koncernen är statligt ägd, tillgodoser ett allmänt intresse samt inte är exponerad för villkoren på en utvecklad marknad, är LOU:s rekvisit för att samtliga bolag i koncernen ska anses vara offentligt styrda organ, med därav följande skyldighet att följa LOU vid sina upphandlingar, uppfyllda.

Akademiska Hus AB

Krav på finansiering, kontroll eller styrelserepresentation

Det är ostridigt att AHN har varit indirekt ägt av staten och att AHN stått under kontroll av staten i den mening som avses i 2 kap. 12 § p. 2 LOU. Det är därför inte nödvändigt att också pröva om Akademiska Hus AB är

en upphandlande myndighet och om AHN har stått under kontroll av Akademiska Hus AB i den egenskapen.

Behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär

Ansökan innehåller flera felaktiga utgångspunkter och oklarheter. Konkurrensverket gör felaktigt gällande att den relevanta marknaden är marknaden för uthyrning av lokaler och fastigheter till universitet och högskolor. Den relevanta marknaden är istället marknaden för förvaltning av kommersiella fastigheter. Akademiska Hus bedriver kommersiell verksamhet inom fastighetsbranschen i konkurrens med och på samma villkor som andra privata och offentligt ägda fastighetsbolag.

Föremålet för AHN:s verksamhet är enligt dess bolagsordning att äga och förvalta fast egendom, att bedriva byggnadsverksamhet och byggadministration och därmed förenlig verksamhet och att äga och förvalta lös egendom. AHN:s verksamhet överensstämmer med föremålet för Akademiska Hus AB:s verksamhet enligt dess bolagsordning.

Av bolagsordningen framgår inte att Akademiska Hus AB:s primära uppgift är att tillhandahålla ändamålsenliga lokaler för utbildning och forskning. Tvärtemot vad Konkurrensverket påstår är Akademiska Hus AB:s verksamhet alltså inte begränsad till att tillhandahålla lokaler till universitet och högskolor.

Konkurrensverket gör felaktigt gällande att Akademiska Hus förvaltar och hyr ut fastigheter på annat än kommersiella grunder. Konkurrensverkets talan utgår felaktigt från att den omständigheten att Akademiska Hus är offentligt ägt i sig innebär att Akademiska Hus verksamhet inte är kommersiell och industriell.

Konkurrensverket bortser från att universitet, högskolor och andra offentliga organ har en rätt att själva välja hyresvärd och, när det gäller ny-, till- och ombyggnationer, även en skyldighet att konkurrensutsätta dem.

Regeringen har i budgetpropositionen (prop. 2013/14:1) tydliggjort det kommersiella uppdrag som Akademiska Hus sedan länge har haft. Där framgår att Akademiska Hus verksamhet ska bedrivas på affärsmässig grund och generera marknadsmässig avkastning genom en hyressättning som beaktar verksamhetens risk.

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, och därför inte ska omfattas av upphandlingsdirektiven.

Det följer av EU-domstolens rättspraxis och ledande doktrin att det som ska prövas är om organet bedriver verksamhet som inte är av industriell eller kommersiell karaktär – och inte om behovet av allmänt intresse inte är industriellt eller inte kommersiellt.

Det som är avgörande för den bedömningen är de marknadsmässiga förutsättningar under vilka organet bedriver sin verksamhet. Är de marknadsmässiga förutsättningarna inte kommersiella kan organet vara ett offentligt styrt organ enligt 2 kap. 12 § LOU. Är de marknadsmässiga förutsättningarna däremot kommersiella är organet inte ett sådant offentligt styrt organ. Det är alltså en följd av att upphandlingsdirektiven inte tar sikte på konkurrensutsatt verksamhet.

För att rekvisitet ”inte industriell eller inte kommersiell” ska vara uppfyllt krävs enligt samma upprepade EU-rättspraxis (a) att verksamheten inte är utsatt för konkurrens, (b) att verksamheten inte bedrivs på normala mark-

nadmässiga villkor, (c) att verksamheten inte har ett vinstsyfte och (d) att verksamheten inte bär de förluster som uppstår i den.

Rekvisitet är inte uppfyllt för Akademiska Hus verksamhet. Akademiska Hus verksamhet är nämligen industriell och kommersiell eftersom

- (a) verksamheten är utsatt för konkurrens
- (b) verksamheten bedrivs på normala marknadsmässiga villkor,
- (c) verksamheten har ett vinstsyfte och eftersom
- (d) Akademiska Hus självt bär de förluster som uppstår i verksamheten.

(a)

EU-kommissionen har konstaterat att fastighetsmarknaden kan delas upp i två delmarknader: marknaden för kommersiella fastigheter (kontor, affärer och industrifastigheter) och marknaden för bostadsfastigheter. Det finns inte något stöd för Konkurrensverkets påstående att marknaden skulle vara den för uthyrning av lokaler och fastigheter för högre utbildning och forskning. Den relevanta marknaden är istället marknaden för förvaltning av kommersiella fastigheter.

Angående marknaden för uthyrning av kommersiella lokaler och fastigheter för högre utbildning och forskning anføres ändå följande. Under den senaste tioårsperioden har konkurrensen på den marknaden ökat kraftigt. Ett större antal fastighetsbolag än tidigare konkurrerar nu om att få hyra ut lokaler till universitet och högskolor. Ett skäl till förändringen är att universitet och högskolor numera flyttar till nyetablerade universitetsområden från områden som tidigare har ansetts vara de enda tänkbara och möjliga universitetsområdena. Universitet och högskolor är vidare attraktiva hyresgäster. De har en god betalningsförmåga och behov av stora lokalytor under lång tid. Akademiska Hus konkurrerar om universitet och högskolor som hyresgäster med samtliga privata och offentliga fastighetsbolag och andra fastighetsförvaltande organisationer.

Konkurrensverket gör felaktigt gällande att det är Akademiska Hus verksamhetsinriktning och den nationella marknaden för Akademiska Hus som är avgörande för bedömningen av den relevanta marknaden och konkurrenssituationen och därmed för frågan om AHN har bedrivit icke-kommersiell och icke-industriell verksamhet och varit ett offentligt styrt organ.

Uppgifterna om konkurrens- och marknadssituationen som finns i Akademiska Hus årsredovisning är endast Akademiska Hus egen beskrivning av inriktningen av verksamheten. Prövningen av AHN:s konkurrens- och marknadssituation är inte – som Konkurrensverket felaktigt utgår från – begränsad till uppgifterna i Akademiska Hus årsredovisning. Den konkurrens- och marknadssituation som är relevant för prövningen av om AHN har bedrivit en icke-kommersiell och icke-industriell verksamhet måste istället bestämmas objektivt och utifrån en verklig geografisk marknad och en verklig produktmarknad. Någon sådan objektivt bestämd konkurrens- och marknadssituation har Konkurrensverket inte redovisat.

(b)

Konkurrensverket tar inte hänsyn till att Akademiska Hus och ett mycket stort antal andra fastighetsbolag konkurrerar om att få hyra ut lokaler till universitet och högskolor, att samtliga fastighetsbolag träffar avtal med universitet och högskolor på kommersiella villkor som innebär att specialanpassningar finansieras genom hyresintäkterna och att universitet och högskolor är rörliga på fastighetsmarknaden och väljer lokal med utgångspunkt i de krav som de vid varje given tidpunkt ställer på sitt lokalbehov för verksamheten och kostnaden för att hyra lokalen. Högskolor och universitet har varken någon skyldighet eller någon rättighet att hyra lokaler av Akademiska Hus.

(c)

Akademiska Hus bedriver verksamhet med vinstsyfte.

Konkurrensverket gör felaktigt gällande att Akademiska Hus vinstkrav är ett medel för att kunna trygga en fortsatt stabil verksamhet som gagnar det allmänna intresset och inte att generera en absolut avkastning till ägaren.

Akademiska Hus bedriver istället sin verksamhet med ekonomiska mål (avkastning, soliditet och utdelning) jämförbara med konkurrerande fastighetsbolag som Vasakronan, Fabege och Klöver.

De ekonomiska målen för Akademiska Hus innebär bl.a. att utdelningen ska uppgå till 50 procent av resultatet. Akademiska Hus har också under de senaste sex åren delat ut 1 245 000 000 kr (2011), 1 207 000 000 kr (2010), 1 219 000 000 kr (2009), 978 000 000 kr (2008), 967 000 000 kr (2007) och 1 400 000 000 kr (2006).

Avkastningskravet är bestämt i de ägardirektiv som vid varje tidpunkt gäller för bolaget och inte genom den proposition som Konkurrensverket hänvisar till och som riksdagen beslutade om för 20 år sedan (prop. 1991/92:44).

(d)

Akademiska Hus bär självt de eventuella förluster som kan uppkomma i verksamheten.

Det finns inte några statliga garantier eller något annat åtagande från staten att ge sådant ekonomiskt stöd till Akademiska Hus som Konkurrensverket gör gällande. Något sådant stöd har staten inte heller tidigare lämnat till Akademiska Hus.

Det saknas redan därför grund för Konkurrensverkets generella antagande att staten skulle lämna ekonomiskt stöd i syfte att undvika att Akademiska Hus försätts i konkurs och därmed för slutsatsen att bolagets verksamhet av det skälet skulle komma att styras av andra hänsyn än rent ekonomiska. Om staten genom aktieägartillskott eller på annat sätt skulle understödja Akademiska Hus olönsamma verksamhet utgör det dessutom ett ekonomiskt stöd i strid mot förbudet mot statsstöd i artikel 107 i EUF-fördraget.

Vad gäller EU-domstolens mål C-283/00 (SIEPSA) avsåg det målet verksamhet hänförlig till statens yttersta maktanvändning i form av kriminalvård och EU-domstolens prövning omfattade överhuvudtaget inte frågan om eventuellt stöd skulle vara tillåtet enligt EU:s statsstödsegler.

Konkurrensverket blandar också felaktigt ihop Akademiska Hus verksamhet med utbildningsmålen för universiteten och högskolorna och statens finansiering av verksamheten vid universitet och högskolor. Fastighetsförvaltning är inte en del av de nationella utbildningsmålen. Det är dessutom lärosätena – och inte Akademiska Hus – som ansvarar för att de nationella utbildningsmålen nås. Fastighetsförvaltning är inte heller en del av finansieringen av verksamheten vid universitet och högskolor.

Kommersiella grunder

Enligt Akademiska Hus AB:s uppfattning är ändamålsfastigheter – fängelser och motsvarande – präglade av att de är så starkt förbundna med och begränsade till viss verksamhet att de inte kan förvaltas på kommersiella grunder. Akademiska Hus har inte några fastigheter som genom specialanpassningar för hyresgästen är så begränsade till viss verksamhet att de inte kan förvaltas på kommersiella grunder. Akademiska Hus har inte heller några fastigheter som är så starkt förbundna med universitet och högskolor och annan statlig verksamhet att de inte kan hyras ut till andra hyresgäster.

Det kan anmärkas att endast ett mycket litet antal fastigheter och lokaler skulle kunna anses vara så specialiserade att de inte kan förvaltas på kommersiella grunder. Inte ens domstolar är sådana fastigheter och lokaler.

Det är i och för sig riktigt att Akademiska Hus tillvaratar stora ekonomiska värden som är investerade i koncernens fastighetsbestånd. Det är också riktigt att Akademiska Hus tillvaratar kulturella värden som kan finnas i vissa fastigheter. Det innebär inte att Akademiska Hus verksamhet skiljer sig från andra fastighetsbolags verksamheter. För alla fastighetsbolag är det av konkurrensskäl nödvändigt att tillvarata ekonomiska och kulturella värden i fastighetsbestånd.

Konkurrensverkets påstående att Akademiska Hus har ändamålsfastigheter strider mot de slutsatser som utredningen om en översyn av statens fastighetsförvaltning dragit i betänkandet Staten som fastighetsägare och hyresgäst (SOU 2011:31). Utredningen föreslår dessutom att statens ägande av fastigheter begränsas till fastigheter som är kulturellt särskilt betydelsefulla, som har ett särskilt betydelsefullt symbolvärde och som har central betydelse för rikets säkerhet och att de fastigheterna ska ägas i myndighetsform. Akademiska Hus innehar inte några sådana fastigheter. Akademiska Hus har inte heller någon monopolliknande ställning.

Uppgifterna i rapporten från McKinsey & Company är det företags uppfattning. Det är ett yttrande från ett konsultföretag. Staten uttrycker sin uppfattning i propositioner och andra offentliga handlingar.

Akademiska Hus har inte något monopol på att få hyra ut lokaler till universitet och högskolor. Man har varken någon rätt eller skyldighet att hyra ut lokaler.

Den relevanta marknaden är marknaden för kommersiella fastigheter.
AHN:s marknadsandel avseende kommersiella fastigheter var marginell.

Akademiska Hus bedriver sin verksamhet i full konkurrens med både privata och andra offentligt ägda fastighetsbolag. Uthyrning sker endast när marknadsmässig avkastning kan erhållas. Akademiska Hus hyr ut lokaler till universitet och högskolor oberoende av vem som är huvudman för verksamheten. Universitet och högskolor är skyldiga att upphandla ombyggnationer. Akademiska Hus tävlar med andra fastighetsbolag. Det finns ett stort antal konkurrenter. Under den senaste tioårsperioden har konkurrensen avseende uthyrning till universitet och högskolor ökat kraftigt. Detta beror bl.a. på att universitet och högskolor flyttar till nyetablerade områden. Eftersom det platsbeständiga nästan upphört är det ett felaktigt och otidsenligt synsätt att säga att det finns höga inträdesbarriärer. Det finns också många exempel på fall där universitet och högskolor valt att byta hyresvärd. Konkurrenssituationen har förändrats.

Kammarrätten i Stockholm har i avgörande den 14 mars 2014 (mål nr 772-14) bedömt att Sveaskog Förvaltning AB på grund av ändrat uppdrag inte var ett offentligt styrt organ. Akademiska Hus uppdrag har ändrats på samma sätt som Sveaskogs.

Vittnesförhör

David Carlsson uppger i vittnesförhör bl.a. följande. Han har arbetat inom Akademiska Hus i tio år och har god insyn i företaget. Det finns absolut ingen skillnad mellan hur de arbetar med hyressättning jämfört med hur andra fastighetsbolag gör. De arbetar med bas i kalkylränta och direktavkastningskrav. Det finns inte ett enda projekt som dras igenom om det inte är marknadsmässigt och lönsamt. De har en gedigen investeringsprocess.

På fråga av Konkurrensverket om att Akademiska Hus ska främja konkurrensen då detta är möjligt och om detta är vanligt för aktiebolag uppger David Carlsson att det inte finns något självändamål i att bli hur stora som helst. Det gör inget om det är flera aktörer som är intresserade i den här typen av fastigheter. Det är ingen framgångsrik strategi att trycka ut konkurrenterna.

Var avtalet en otillåten direktupphandling?

Konkurrensverket

Tröskelvärdet vid upphandling av byggtreprenader uppgick vid tidpunkten för det aktuella avtalets ingående till 48 193 215 kr. Eftersom avtalets värde uppgår till 39 130 000 kr är det bestämmelserna om annonsering i 15 kap. LOU som är tillämpliga på den aktuella anskaffningen.

Av 15 kap. 3 § LOU följer att en upphandlande myndighet som avser att tilldela ett kontrakt där värdet överstiger ca 287 000 kr (detta belopp gällde under 2011), ska annonsera upphandlingen såvida inte förutsättningar enligt 4 kap. 5-9 §§ LOU föreligger eller om det finns synnerliga skäl. Detta innebär att alla presumtiva leverantörer ska beredas möjlighet att lämna anbud respektive ansöka om att få lämna anbud. Upphandlande myndigheter får endast tilldela kontrakt genom direktupphandling under vissa särskilt föreskrivna omständigheter.

Enligt 15 kap. 4 § LOU gäller att den upphandlande myndigheten vid för-
enklade förfaranden ska begära anbud genom annons i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig, eller genom annons i annan form som möjliggör effektiv konkurrens. Vid urvalsförfarande ska den upphandlande myndigheten publicera en ansökningsinbjudan i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig.

AHN har av Konkurrensverket anmodats redogöra för huruvida den aktuella anskaffningen konkurrensutsatts, och om så skett, på vilket sätt och i vilken omfattning. AHN har därvid uppgett att den aktuella byggtreprenaden inte har annonserats enligt LOU.

AHN:s ingående av avtalet med Rekab skulle ha föregåtts av en annonsering av upphandlingen enligt LOU. Så har emellertid inte skett. Någon omständighet som kunnat utgöra skäl för att anskaffa den aktuella byggtreprenaden utan föregående annonsering enligt LOU har inte förelegat. AHN:s agerande utgör därför en otillåten direktupphandling.

Akademiska Hus AB

AHN är inte ett offentligt styrt organ och därför inte heller en upphandlande myndighet. AHN har inte varit skyldigt att annonsera anskaffningen av generalentreprenaden.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek

Konkurrensverket

Vid otillåten direktupphandling får allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift. Sådan kan påföras oberoende av uppsåt eller oaktsamhet hos den upphandlande myndigheten. Strikt ansvar gäller således.

Av förarbetena framgår att ett av syftena med upphandlingsskadeavgift är att säkerställa att upphandlingsreglerna iakttas och att skattemedlen används på ett korrekt sätt. Utgångspunkten är att avgiften bestäms så att den upphandlande myndigheten, samt även andra upphandlande myndigheter,

avhåller sig från överträdelser av lagen. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften fastställas till. I förarbetena erinras om att det i ändringsdirektivet föreskrivs att sanktionerna ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande.

Enligt Konkurrensverkets mening bör upphandlingsskadeavgiftens storlek vid otillåten direktupphandling beräknas med utgångspunkt i det ingångna avtalets värde. Därefter bör det prövas om det föreligger några förmildrande eller försvårande omständigheter i det enskilda fallet som kan inverka sänkande eller höjande på avgiften. Denna metod bidrar till en enhetlighet och förutsebarhet vid beräkningen av upphandlingsskadeavgiftens storlek. Avtalets värde är också ett adekvat mått på hur allvarlig överträdelse en otillåten direktupphandling typiskt sett är – ju högre avtalsbelopp desto allvarligare överträdelse. Att ha avtalets värde som utgångspunkt vid beräkningen av avgiftens storlek ligger också i linje med allmänna principer för system med offentligrättsliga sanktionsavgifter i svensk rätt, där lagstiftaren har framhållit att avgiftsbelopp så långt som möjligt bör kunna utgå från ett mätbart moment i överträdelsen som gör det möjligt att förutse och fastställa hur stor avgiften ska bli i det enskilda fallet. I förarbetena till reglerna om upphandlingsskadeavgift har lagstiftaren också hänvisat till dessa allmänna riktlinjer.

Otillåten direktupphandling anses av både unionslagstiftaren och den svenska lagstiftaren vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt. En upphandlingsskadeavgift vid otillåten direktupphandling bör således ligga i den övre delen av skalan. Avgiften bör enligt Konkurrensverkets mening i allmänhet kunna bestämmas till mellan fem och tio procent av avtalets värde. Vid otillåtna direktupphandlingar av normalgraden, bör avgiften kunna ligga i mitten av den övre delen av skalan, dvs. 7-8 procent av avtalets värde.

I flera avgöranden från kammarrätt och förvaltningsrätter har Konkurrensverket fått fullt gehör för sin beräkning av upphandlingsskadeavgiften, vilken således bedömts vara väl avvägd.

Akademiska Hus har öppet och i strid mot både den nuvarande och den tidigare tillsynsmyndighetens beslut underlåtit att genomföra upphandlingar enligt LOU. Avgiften bör därför sättas så pass högt att den kan förmodas avhålla Akademiska Hus AB från att i framtiden underlåta att tillämpa LOU vid sina inköp.

Avtalets värde uppgår till 39 130 000 kr. En upphandlingsskadeavgift om 3 000 000 kr utgör cirka 7,7 procent av kontraktsvärdet och är en sanktion som står i rimlig proportion till den aktuella överträdelsen. Beloppet är även att anse som väl avvägt med hänsyn till allmänpreventionen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förvaltningsrätten noterar inledningsvis att ansökan om upphandlingsskadeavgift ursprungligen riktades mot AHN som hade hemvist inom Förvaltningsrätten i Umeås domkrets. Förvaltningsrätten har inte ansett sig förhindrad att fortsätta handläggningen i målet såsom varande behörig domstol (jfr 7 § förvaltningsprocesslagen).

För prövningen av om Akademiska Hus AB ska påföras upphandlingsskadeavgift för det aktuella avtalet med Rekab gör förvaltningsrätten följande bedömning i de olika delfrågorna.

När har upphandlingen påbörjats?

Om upphandlingen påbörjats före den 15 juli 2010 blir bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift inte är tillämpliga.

Högsta förvaltningsdomstolen har i avgörandet HFD 2013 ref. 31 uttalat att den tidpunkt när en upphandling har påbörjats bör sammanfalla med tidpunkten för när en upphandlande myndighets beslut kan bli föremål för överprövning. Domstolen uttalar vidare att ett upphandlingsförfarande får anses ha påbörjats när den upphandlande myndigheten beslutat att inleda ett upphandlingsförfarande och detta beslut kommit till kännedom utåt genom att myndigheten tagit någon form av extern kontakt i syfte att anskaffa det som beslutet avser.

Avtalet mellan AHN och Rekab den 7 oktober 2011 avsåg på- och tillbyggnad av SLU i form av en generalentreprenad. Avtalet avsåg inte en projektering av denna på- och tillbyggnad. Generalentreprenad innebär att beställaren (eller entreprenören) utför projekteringen och att annan entreprenör (generalentreprenören) utför arbetet.

De handlingar och omständigheter i övrigt som åberopas av Akademiska Hus AB måste enligt förvaltningsrättens mening anses hänföra sig till projekteringen. De avser således inte utförande av entreprenaden ifråga.

För att upphandlingen av generalentreprenaden, dvs. utförandet av entreprenaden, ska kunna anses påbörjad krävs att någon form av externa kontakter tagits i syfte att anskaffa just den. Det har inte framkommit att AHN före den 15 juli 2010 vidtagit några sådana åtgärder. Akademiska Hus AB har visserligen anfört att AHN före sommaren 2010 publicerat information om de arbeten som omfattas av entreprenaden på sin hemsida. Detta påstående har dock inte styrkts. Även om informationen faktiskt har publicerats är det oklart hur man uttryckt sin vilja avseende anskaffningen på ett sådant sätt att upphandlingen skulle kunna anses påbörjad och även bli föremål för överprövning.

På grund av det anförda kan upphandlingen inte anses ha påbörjats före den 15 juli 2010 varför det inte finns hinder mot att pröva målet av den anledningen.

Utgör fusionen hinder för prövning av ansökan?

Frågan är om den fusion som genomförts under målets handläggning medför att det föreligger hinder mot prövning av ansökan eller hinder mot att påföra Akademiska Hus AB upphandlingsskadeavgift.

Akademiska Hus AB har gjort invändning om rättegångshinder under målets handläggning, och vid förvaltningsrättens muntliga förhandling vidhållit att det finns hinder för förvaltningsrätten att uppta målet till avgörande.

Akademiska Hus AB har invänt att förvaltningsrätten inte kan fastställa om AHN var ett offentligt styrt organ i ett mål mellan andra parter. Vidare anför Akademiska Hus AB att det krävs lagstöd för att ålägga ett bolag en administrativ sanktionsavgift samt att upphandlingsskadeavgift snarast motsvarar böter. Konkurrensverket hänvisar härvid till vad som gäller inom konkurrensrätten. EU-domstolen har i mål C-125/07 P m.fl. Erste accepterat ansvarsövergång i bötesmål och det dessutom avseende ett enskilt rättssubjekt.

Enligt 23 kap. 34 § aktiebolagslagen är rättsverkningarna av en fusion genom absorption att dotterbolagets tillgångar och skulder övergår till moderbolaget. Detta innebär att det övertagande bolaget normalt ikläder sig dotterbolagets samtliga rättigheter och skyldigheter.

Då det övertagande bolaget normalt övertar dotterbolagets förpliktelser och med beaktande av ovan nämnt avgörande från EU-domstolen och Marknadsdomstolens uttalande i MD 2009:7 finner förvaltningsrätten inte något

hinder i sig mot att Akademiska Hus AB åläggs ansvar i form av upphandlingsskadeavgift för eventuell överträdelse av LOU från AHN:s sida. Detta särskilt som den genomförda fusionen, i enlighet med vad Konkurrensverket anfört, kan liknas vid en renodlat intern omorganisation. Det förelåg också ett mycket nära samband mellan moderbolaget och dess dotterbolag, det tidigare moderbolagets koncernchef hade t.ex. även rollen som styrelseordförande i samtliga sex dotterbolag och alla större investeringar skulle beslutas av koncernstyrelsen. Vidare har inte framkommit annat än att det aktuella avtalet med Rekab efter fusionen har fortsatt att genomföras för Akademiska Hus AB:s räkning.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten inte att fusionen medför hinder mot prövning av målet eller hinder mot att påföra Akademiska Hus AB upphandlingsskadeavgift. Förvaltningsrätten kan vidare inte finna att ordalydelsen av 17 kap. 1 § 3 p. LOU utgör hinder för en upphandlingsskadeavgift mot Akademiska Hus AB med anledning av det fusionerade dotterbolagets åtgärder. Eventuella upphandlingsrättsliga förpliktelser till följd av AHN:s avtal med Rekab har till följd av fusionen flyttats över till Akademiska Hus AB.

Var AHN att anse som en upphandlande myndighet?

Enligt 2 kap. 12 och 19 §§ LOU ska med upphandlande myndighet jämföras sådant offentligt styrt organ som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Vidare krävs att organet till största delen är finansierat av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet, att dess verksamhet står under kontroll av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet *eller* att mer än halva antalet ledamöter i dess styrelse utses av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet.

Vad gäller de sistnämnda tre alternativa rekvisiten kan konstateras att AHN ägdes till 100 procent av Akademiska Hus AB som vid AHN:s årsstämma utsåg styrelseledamöter i AHN. Det har i målet också framkommit att moderbolaget haft kontroll över AHN:s verksamhet. Då det således är moderbolaget som haft kontroll över AHN:s verksamhet och utsett dess styrelseledamöter krävs att det även utreds huruvida moderbolaget Akademiska Hus AB var en upphandlande myndighet. Akademiska Hus AB ägdes till 100 procent av staten som vid årsstämman utsåg merparten av styrelseledamöterna. I vart fall ett av de alternativa rekvisiten är således uppfyllt för Akademiska Hus AB.

För att AHN ska kunna ses som ett offentligt styrt organ måste övriga rekvisit således vara uppfyllda såväl för AHN som för moderbolaget Akademiska Hus AB.

Behov i det allmännas intresse

Akademiska Hus bildades i syfte att tillgodose behov i det allmännas intresse. Såväl i Akademiska Hus årsredovisningar för 2011 och 2012 som i regeringens skrivelse Skr. 2011/12:140 uttalas att Akademiska Hus huvuduppgift är att erbjuda landets universitet och högskolor ändamålsenliga och sunda lokaler för utbildning och forskning samt att det också har ett ansvar att som förvaltare tillvarata de stora ekonomiska och kulturella värden som finns i fastigheterna.

Mot bakgrund härav måste såväl AHN som Akademiska Hus AB anses tillgodose behov i det allmännas intresse.

Industriell eller kommersiell karaktär

Enligt fast rättspraxis från EU-domstolen utgörs generellt sett allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär dels av behov som tillgodoses på annat sätt än genom utbud av varor eller tjänster på marknaden, dels av behov som staten, av skäl som har samband med allmänintresset, väljer att själv tillgodose eller som den avser att fortsätta ha ett avgörande inflytande på.

Vid bedömningen av om aktuellt rekvisit är uppfyllt ska hänsyn tas till samtliga relevanta faktiska och rättsliga omständigheter, såsom de omständigheter som var aktuella vid bildandet av det berörda organet och de villkor på vilka organet utövar verksamheten. Förekomsten av en utvecklad konkurrens kan vara ett tecken på att det inte är ett offentligt styrt organ. Det uttrycks bl.a. i EU-domstolens avgörande i mål C-360/96, BFI Holding, så att förekomsten av en utvecklad konkurrens kan vara ett tecken på att det inte är fråga om ett allmännyttigt behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär. I målet C-373/00, Adolf Truley, förtydligas att förekomsten av en utvecklad konkurrens inte helt saknar relevans men inte gör det möjligt i sig att slå fast att det inte föreligger allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär. I EU-domstolens avgörande i mål C-18/01, Korhonen uttalas att 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. Även om endast en relativt obetydlig del av ett organs totala verksamhet tillgodoser ett behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär är det fråga om ett offentligt styrt organ (se EU-domstolens avgörande i mål C-44/96, Mannesmann).

Akademiska Hus AB anför att man bedriver sin verksamhet med vinstsyfte och menar bl.a. att man har ekonomiska mål jämförbara med konkurrerande fastighetsbolag. Vad som härvid är väsentligt måste enligt förvaltningsrättens mening vara om det finns ett huvudsakligt vinstsyfte, som går utöver den vinstpresumtion som följer av vald associationsform, för verksamheten. Konkurrensverket har hänvisat till tidigare riktlinjer för statens fastighetsförvaltning som angetts bl.a. i prop. 1992/93:37, prop. 1997/98:137 och SOU 2011:31 och av vilka framgår att Akademiska Hus ska garantera långsiktigheten och upprätthålla värdet i statens innehav av högskolefastigheter och svara för att förvaltningen genomförs effektivt.

Vidare angavs i prop. 1991/92:44 s. 3 ff som riktlinjer för den statliga fastighetsförvaltningen bl.a. att den bör bedrivas med ett marknadsmässigt avkastningskrav, detta med avsikten att skapa uppbyggnad av eget kapital för återinvesteringar m.m. så att förmögenhetsvärdet bevarades under fastigheternas ekonomiska livslängd. På grund av det anförda instämmer förvaltningsrätten i Konkurrensverkets uppfattning att avkastningskravet huvudsakligen måste anses syfta till att trygga en fortsatt stabil verksamhet. Det är således inte fråga om ett syfte att maximera vinsten utan om att garantera en stabil fastighetsförvaltning.

Vad gäller frågan om Akademiska Hus själv bär eventuella förluster som kan uppkomma i verksamheten kan konstateras att det inte finns några statliga garantier eller något annat åtagande från staten om att ge ekonomiskt stöd. Med hänsyn till det viktiga intresset för staten att behovet av lokaler för landets universitet och högskolor tillgodoses är det enligt förvaltningsrättens mening dock inte sannolikt att Akademiska Hus själv måste bära de ekonomiska riskerna för verksamheten. Det är föga troligt att den svenska staten skulle låta Akademiska Hus gå i konkurs. Det saknas härvid betydelse att det inte finns några i förväg formella garantier för detta (jfr EU-domstolens avgörande i mål C-283/00, Kommissionen mot Spanien).

Akademiska Hus AB menar att verksamheten bedrivs på normala marknadsmässiga villkor bl.a. på grund av att universitet och högskolor varken har någon skyldighet eller rättighet att hyra lokaler av Akademiska Hus. Mot bakgrund av att Akademiska Hus huvuduppgift är att erbjuda landets universitet och högskolor ändamålsenliga och sunda lokaler bedömer förvaltningsrätten dock att man svårigen kan avveckla dessa som hyresgäster för att istället hyra ut lokalerna till kommersiella verksamheter, om detta skulle vara mer ekonomiskt lönsamt. Akademiska Hus möjligheter att agera på kommersiella grunder begränsas härmed.

För att kunna ta ställning till om en utvecklad konkurrens föreligger är det viktigt att först definiera vad som utgör den relevanta marknaden. Akademiska Hus AB menar att fastighetsmarknaden endast kan delas upp i två delmarknader; marknaden för kommersiella fastigheter och marknaden för bostadsfastigheter. Enligt förvaltningsrättens mening måste man dock återkoppla till vad som i det aktuella fallet utgör ett allmänintresse. Mot bakgrund av att det i förevarande mål är att tillhandahålla lokaler för landets högskolor och universitet måste den relevanta marknaden därmed ses som den för uthyrning av lokaler och fastigheter till universitet och högskolor. Detta överensstämmer också med vad som uttalas av EU-domstolen i avgörandet C-393/06 Ing. Aigner.

Det har i målet framkommit att konkurrensen inom den aktuella marknaden ökat de senaste åren och universitet och högskolor har inte någon skyldighet att hyra lokaler av Akademiska Hus. Det finns förvisso viss konkurrens inom marknaden ifråga. Bl.a. utifrån Akademiska Hus egen årsredovisning framgår dock att man täcker en stor del av marknaden. I dess årsredovisning 2011 anges att koncernen har en marknadsandel om 63 procent av den totala arean och att den uppgår till 65 procent om den räknas om till att enbart omfatta lärosäten med statlig huvudman. Vidare framgår av årsredovisningen att marknadsandelen för AHN i Region Norr

är högre än så. När ett organ är så pass dominerande kan man enligt förvaltningsrättens mening inte tala om en *utvecklad* konkurrens. Detta gäller såväl beträffande AHN som dess moderbolag, som måste anses omfatta koncernens samlade verksamhet.

Vid en sammantagen bedömning av ovan angivna omständigheter tillgodosåg och tillgodoser såväl AHN som Akademiska Hus AB i vart fall till viss del behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär.

Det av Akademiska Hus AB åberopade avgörandet från Kammarrätten i Stockholm (mål nr 772-14) beträffande Sveaskog Förvaltning AB föranleder inte någon annan bedömning, bl.a. på grund av att det förändrade uppdraget innebar att tillhandahållande av ersättningsmark till staten upphörde.

Sammanfattning

På grund av det anförda kan konstateras att Akademiska Hus AB utgjort ett offentligt styrt organ och därmed jämföras med upphandlande myndighet. Härigenom uppfylls minst ett av de tre alternativa rekvisiten i 2 kap. 12 § LOU även för AHN och då även övriga rekvisit i nämnda paragraf är uppfyllda utgjorde även AHN ett offentligt styrt organ som jämföras med upphandlande myndighet.

Var avtalet en otillåten direktupphandling?

Eftersom AHN enligt vad som anförts ovan var att betrakta som en upphandlande myndighet omfattades deras inköp av bestämmelserna i LOU. I enlighet med vad som anförts av Konkurrensverket skulle upphandlingen av den i målet aktuella byggtreprenaden därmed ha annonserats enligt bestämmelserna i 15 kap. LOU. Det är i målet ostridigt att upphandlingen inte har annonserats enligt bestämmelserna i LOU. Då någon undantagssi-

tuation eller förutsättningar för direktupphandling inte låg för handen var det fråga om en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgiften och dess storlek

Eftersom AHN slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering finns förutsättningar för att med stöd av 17 kap. 1 § punkten 3 LOU besluta om upphandlingsskadeavgift.

När det gäller upphandlingsskadeavgiftens storlek bedömer förvaltningsrätten AHN:s överträdelse som allvarlig eftersom man underlåtit att tillämpa LOU och istället genomfört en otillåten direktupphandling. Sanktionsvärdet måste därför anses vara högt.

Förvaltningsrätten anser att det av Konkurrensverket yrkade beloppet, som uppgår till 7,7 procent av kontraktsvärdet, framstår som väl avvägt. Upphandlingsskadeavgiften bör därför bestämmas till 3 000 000 kr. Några synnerliga skäl för att efterge avgiften har inte framkommit. Konkurrensverkets ansökan ska således bifallas.

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



Karin Grånholm
Tf. lagman

Målet har föredragits av Christina Röckner.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

För att kammarrätten ska kunna ta upp Ert överklagande måste Er skrivelse ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då Ni fick del av domen/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. Om sista dagen för överklagande infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att besvärshandlingen kommer in nästa vardag.

Om klaganden är en part som företräder det allmänna, ska överklagandet alltid ha kommit in inom tre veckor från den dag beslut meddelades.

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 synnerliga 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.