

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS DOM

Mål nr
884-15

meddelad i Stockholm den 29 juni 2016

KLAGANDE

Akademiska Hus AB, 556459-9156

Ombud: Advokat Helena Rosén Andersson och advokat Emanuel Wallin
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

MOTPART

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Kammarrätten i Sundsvalls dom den 23 januari 2015 i mål nr 1767-14

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS AVGÖRANDE

Högsta förvaltningsdomstolen avslår överklagandet.

Högsta förvaltningsdomstolen fastställer vad kammarrätten beslutat om sekretess.

Dok.Id 170414

Postadress
Box 2293
103 17 Stockholm

Besöksadress
Birger Jarls torg 13

Telefon
08-561 676 00

E-post:
hogstaforvaltningsdomstolen@dom.se

Telefax
08-561 678 20

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

BAKGRUND

Vid tillämpningen av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, ska med myndighet jämföras offentligt styrda organ. Med offentligt styrda organ avses bl.a. bolag som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär.

Enligt LOU gäller att om en upphandlande myndighet har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering genom en s.k. otillåten direktupphandling får Konkurrensverket ansöka hos allmän förvaltningsdomstol om att den upphandlande myndigheten ska betala upphandlingsskadeavgift.

Akademiska Hus AB är ett av staten helägt bolag. Föremålet för Akademiska Hus verksamhet är att äga, utveckla och förvalta fastigheter för universitet och högskolor med huvudfokus på utbildnings- och forskningsverksamhet samt bedriva därmed förenlig verksamhet. Bolaget ska också verka för en långsiktig hållbar utveckling av universitets- och högskoleområden.

I oktober 2011 ingick dåvarande dotterbolaget Akademiska Hus Norr AB ett avtal med ett entreprenadföretag om utförande av på- och tillbyggnad av Sveriges Lantbruksuniversitet vid Campus Umeå till ett värde av drygt 39 miljoner kr. Avtalet föregicks inte av annonsering enligt LOU. Dotterbolaget upplöstes senare i och med att det fusionerades med Akademiska Hus.

Konkurrensverket ansökte hos förvaltningsrätten om att Akademiska Hus skulle förpliktas att betala 3 000 000 kr i upphandlingsskadeavgift avseende dotterbolagets avtal med entreprenadföretaget. I förvaltningsrätten anförde Konkurrensverket att ingåendet av avtalet borde ha föregåtts av annonsering, eftersom Akademiska Hus och dotterbolaget var att anse som sådana offentligt styrda organ som skulle jämföras med myndighet vid tillämpningen av LOU. Akademiska Hus motsatte sig bifall till ansökan, bl.a. därför att bolaget inte ansåg att det var ett offentligt styrt organ i den mening som avses i LOU.

Förvaltningsrätten biföll Konkurrensverkets ansökan och beslutade att Akademiska Hus skulle betala en upphandlingsskadeavgift om 3 000 000 kr. Förvaltningsrätten bedömde att Akademiska Hus och dotterbolaget utgjorde offentligt styrda organ, eftersom bolagen tillgodosåg behov i det allmännas intresse som inte var av industriell eller kommersiell karaktär.

Akademiska Hus överklagade till kammarrätten som avslag överklagandet. Även kammarrätten ansåg att Akademiska Hus och dotterbolaget utgjorde offentligt styrda organ med skyldighet att tillämpa regelverket om offentlig upphandling. Kammarrätten fann i likhet med förvaltningsrätten att det förelåg en otillåten direktupphandling och att Akademiska Hus därför skulle betala upphandlingsskadeavgift med av förvaltningsrätten bestämt belopp.

YRKANDEN M.M.

Akademiska Hus yrkar att Högsta förvaltningsdomstolen, med ändring av kammarrättens dom, ska avvisa eller avslå Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift. Bolaget anför i huvudsak följande.

Det är ostridigt att Akademiska Hus tillgodoser ett behov i det allmännas intresse. Prövningen av om verksamheten är industriell eller kommersiell ska ske separat från prövningen av om bolaget tillgodoser ett behov i det allmännas intresse. Kammarrätten har valt att inte skilja på rekvisiten. Vid bedömningen av om rekvisitet industriell eller kommersiell karaktär är uppfyllt är det bolagets verksamhet och marknadsförutsättningar som ska prövas, inte det allmännyttiga behovet.

Det framgår av EU-domstolens praxis att det är föga sannolikt att de behov som det offentliga organet syftar till att tillgodose inte är av industriell eller kommersiell karaktär om organet – i likhet med Akademiska Hus – verkar på normala marknadsmässiga villkor, har ett vinstsyfte och bär de förluster som uppstår i samband med utövandet av verksamheten. Statens förändrade uppdrag för Akademiska Hus innebär att bolagets verksamhet ska bedrivas på affärsmässig

grund och generera marknadsmässig avkastning. Bolagets verksamhet bedrivs med produktions-, effektivitets- och lönsamhetskrav. Bolagets samhällsuppdrag är inte överordnat bolagets vinstsyfte. Om bolaget skulle komma på obestånd är staten på grund av EU:s statsstödsregler förhindrad att agera på ett inte marknadsmässigt sätt i förhållande till bolaget.

Den relevanta marknaden för Akademiska Hus är marknaden för förvaltning av kommersiella fastigheter. Bolagets andel på den marknaden är marginell. Om det skulle finnas någon annan relevant marknad, skulle det vara marknaden för samhällsfastigheter. Även i förhållande till den marknaden är bolagets marknadsandel marginell. Staten tillgodoser inte i egen regi behovet av lokaler och Akademiska Hus har heller inte monopol på att hyra ut lokaler till universitet och högskolor. Såväl staten som Akademiska Hus saknar således avgörande inflytande över universitetens och högskolornas lokaler.

Konkurrensverket bestrider bifall till överklagandet och anför i huvudsak följande.

Den typ av verksamhet som Akademiska Hus bedriver är av betydelse både för bedömningen av om det är ett behov i det allmännas intresse som tillgodoses och för bedömningen av om detta allmännyttiga behov är av industriell eller kommersiell karaktär. Vid den senare bedömningen ska också beaktas under vilka premisser den allmännyttiga verksamheten bedrivs. Att delvis samma omständigheter kan påverka båda dessa bedömningar innebär inte att det rör sig om en sammanblandning av de två rekvisiten. Såväl de statliga som de privata lärosätena är till största delen finansierade genom anslag från staten. Staten har valt att själv tillgodose lärosätenas behov av lokaler i mycket hög utsträckning och avser att fortsätta att ha ett avgörande inflytande ifråga om detta behov. Därmed kan det behov som Akademiska Hus verksamhet tillgodoser inte anses vara av industriell eller kommersiell karaktär.

Vid bedömningen av konkurrensförhållandena ska utgångspunkten vara den sektor för vilken organet inrättats. Akademiska Hus har inrättats för sektorn för fastigheter för högre utbildning och forskning. Akademiska Hus har en sådan

Mål nr
884-15

särställning på marknaden att bolaget inte kan anses vara verksamt på en marknad med utvecklad konkurrens. Bolaget tillhandahåller också vissa fastigheter och lokaler av mycket specialiserat slag, exempelvis forskningslaboratorier, för vilka ett egentligt marknadsutbud saknas och där alternativen för en hyresgäst är obefintliga eller högst begränsade.

En annan omständighet av betydelse är huruvida verksamheten bedrivs med ett huvudsakligt vinstsyfte. I detta fall måste statens krav på att bolaget ska gå med vinst anses vara underordnat bolagets samhällsuppdrag.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Vad målet gäller

Huvudfrågan i målet gäller om Akademiska Hus ska anses utgöra ett offentligt styrt organ som ska jämföras med myndighet vid tillämpningen av LOU.

Rättslig reglering m.m.

Offentligt styrda organ

Av 2 kap. 19 § LOU framgår att vid tillämpning av LOU ska med myndighet jämföras bl.a. offentligt styrda organ.

Med offentligt styrda organ avses enligt 2 kap. 12 § LOU 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 som till största delen är finansierade av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet (1), vars verksamhet står under kontroll av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet (2) eller i vars styrelse eller motsvarande ledningsorgan mer än halva antalet ledamöter är utsedda av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet (3).

Mål nr
884-15

Paragrafen har sin grund i artikel 1.9 i det numera upphävda direktivet om offentlig upphandling (2004/18/EG). I det nya direktivet (2014/24/EU) finns motsvarande reglering i artikel 2.1. I de svenska språkversionerna av direktiven används i stället för ”offentligt styrda organ” termen ”offentligrättsliga organ”. Det fanns motsvarande bestämmelser i de direktiv som föregick 2004 års direktiv. I de svenska språkversionerna användes termen ”organ som lyder under offentlig rätt”.

Det finns flera avgöranden från EU-domstolen som rör tillämpningen av reglerna i direktiven om offentligrättsliga organ och hur dessa ska tolkas. Av EU-domstolens praxis framgår i huvudsak följande.

Syftet med direktiven om offentlig upphandling är bl.a. att undanröja möjligheten att ett organ som finansieras eller kontrolleras av staten, regionala eller lokala myndigheter eller av andra organ som lyder under offentlig rätt låter sig styras av andra hänsyn än ekonomiska. Mot denna bakgrund och med hänsyn till att principen om fri rörlighet ska ges full verkan, ska begreppet offentligrättsligt organ tolkas funktionellt och ges stor räckvidd (se BFI Holding, C-360/96, EU:C:1998:525, punkt 62, Adolf Truley, C-373/00, EU:C:2003:110, punkterna 42 och 43 och där anmärkta rättsfall samt Ing. Aigner, C-393/06, EU:C:2008:213, punkt 37 och där anmärkta rättsfall). Allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär utgörs i allmänhet av behov som staten, av skäl som har samband med allmänintresset, väljer att själv tillgodose eller som den avser att fortsätta att ha ett avgörande inflytande på (se BFI Holding, punkterna 50 och 51).

Bedömningen av om det föreligger ett allmännyttigt behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär ska göras med hänsyn till samtliga relevanta faktiska och rättsliga omständigheter. Detta innefattar de omständigheter som var aktuella vid bildandet av organet och de villkor på vilka organet utövar verksamheten, inklusive om organets verksamhet är utsatt för konkurrens, om det finns ett huvudsakligt vinstsyfte, om organet bär de förluster som uppstår i samband med utövandet av verksamheten och om verksamheten får offentlig

finansiering (se t.ex. Korhonen, C-18/01, EU:C:2003:300, punkterna 48–51 och SIEPSA, C-283/00, EU:C:2003:544, punkt 81). Ett organ som inte har tillkommit i det särskilda syftet att tillgodose allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär, men som senare åtagit sig sådana intressen och numera faktiskt tillgodoser dessa, uppfyller villkoret för att vara ett organ som lyder under offentlig rätt (se *Universale-Bau*, C-470/99, EU:C:2002:746, punkterna 56 och 63).

Om ett organ bedriver verksamhet som tillgodoser allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär spelar det ingen roll om den allmännyttiga delen endast utgör en relativt obetydlig del av den totala verksamheten. Så länge organet i någon omfattning bedriver allmännyttig verksamhet utan industriell eller kommersiell karaktär ska samtliga kontrakt som tilldelas av ett sådant organ ses som upphandlingskontrakt (se *Mannesmann*, C-44/96, EU:C:1998:4, punkterna 25 och 32).

Förekomsten av en utvecklad konkurrens, och i synnerhet den omständigheten att det berörda organet handlar i en konkurrenssituation på marknaden, kan vara ett tecken på att det inte är fråga om ett allmännyttigt behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Förekomsten av en utvecklad konkurrens gör det dock inte i sig möjligt att slå fast att det inte föreligger allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär (se t.ex. *Adolf Truley*, punkterna 60 och 61 och *Korhonen*, punkterna 49 och 50). Vad gäller den referensmarknad som måste beaktas för att avgöra om ett organ bedriver verksamhet i konkurrens med andra eller inte, ska hänsyn tas till den sektor för vilken organet har inrättats (se *Ing. Aigner*, punkt 43).

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 industriell eller kommersiell karaktär (se *Korhonen*, punkt 51). Avsaknaden av ett huvudsakligt vinstsyfte kan vara en faktor som talar för att det är fråga om ett offentligt organ (se t.ex. *SIEPSA*, punkterna 88 och 93, *Ing. Aigner*,

Mål nr
884-15

punkterna 42 och 48 och Hans & Christophorus Oymanns, C-300/07, EU:C:2009:358, punkt 49). EU-domstolen har dock i ett avgörande funnit att ett organ som visserligen saknade vinstsyfte, men som skulle bedrivas med produktivitets-, effektivitets- och lönsamhetskriterier som grund och som bedrev verksamhet på ett konkurrensutsatt område, inte utgjorde ett organ som lyder under offentlig rätt (se Agorà och Excelsior, C-223/99 och C-260/99, EU:C:2001:259, punkt 43).

Upphandlingsskadeavgift

Enligt 17 kap. 1 § 3 LOU får allmän förvaltningsdomstol besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) i fall då myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering. Upphandlingsskadeavgiften ska enligt 4 § uppgå till lägst 10 000 och högst 10 000 000 kr. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet.

Högsta förvaltningsdomstolens bedömning

Är Akademiska Hus ett offentligt styrt organ?

Av EU-domstolens praxis framgår att bedömningen av om t.ex. ett bolag utgör ett offentligt styrt organ på grund av att verksamheten tillgodoser behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär, ska göras med hänsyn till samtliga relevanta faktiska och rättsliga omständigheter. Detta innefattar de omständigheter som var aktuella vid bildandet av organet och de villkor på vilka organet utövar verksamheten, inklusive i vilken mån organets verksamhet är utsatt för konkurrens, om det finns ett huvudsakligt vinstsyfte, om organet bär de förluster som uppstår i samband med utövandet av verksamheten och om verksamheten får offentlig finansiering.

Som har framgått är föremålet för Akademiska Hus verksamhet att äga, utveckla och förvalta fastigheter för universitet och högskolor med huvudfokus på utbildnings- och forskningsverksamhet samt bedriva därmed förenlig verksamhet.

Bolaget ska också verka för en långsiktig hållbar utveckling av universitets- och högskoleområden.

Mot bakgrund av Akademiska Hus uppdrag har kammarrätten funnit – vilket även är ostridigt i målet – att bolaget tillgodoser behov i det allmännas intresse. Högsta förvaltningsdomstolen instämmer i denna bedömning.

Beträffande frågan om behovets industriella eller kommersiella karaktär har kammarrätten uttalat bl.a. följande.

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. För Akademiska Hus del måste denna sektor 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 inte i sin helhet anses verka på en marknad med en utvecklad 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 campusområdena. Akademiska Hus kan därför inte anses verka under normala marknadsmässiga villkor.

Visserligen har uppdraget för Akademiska Hus till viss del ändrats genom ett förtydligande att verksamheten ska bedrivas på affärsmässig grund. Att 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 alltjämt att verka för allmänintresset av en långsiktig hållbar utveckling av universitets- och högskoleområden och universitetens och högskolornas långsiktiga behov av lokaler, förvaltning av specialiserade

byggnader samt att sammanhållna 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 hyresgäster, dvs. lärosätena. Hyresavtalen löper under lång tid och de stabila hyresgästerna ger en mycket fördelaktig riskprofil. Den omständigheten att Akademiska Hus saknar offentlig finansiering och formellt sett står den ekonomiska risken för verksamheten kan därför inte ha någon avgörande betydelse.

Högsta förvaltningsdomstolen gör samma bedömningar som kammarrätten gjort enligt ovan och gör vidare, i linje med vad kammarrätten funnit, följande sammanfattande bedömning. Akademiska Hus verksamhet bedrivs inte på 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 kan anses bedriven på en marknad med utvecklad konkurrens, att bolagets motparter är statliga myndigheter 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. Det behov som Akademiska Hus tillgodoser är därför inte av industriell eller kommersiell karaktär.

Eftersom det är staten som genom bolagsstämman utser styrelsen i Akademiska Hus är minst ett av de kompletterande rekvisiten i 2 kap. 12 § 1–3 LOU uppfyllt.

Av det ovan sagda följer att Högsta förvaltningsdomstolen, i likhet med kammarrätten, finner att Akademiska Hus utgör ett offentligt styrt organ som ska jämföras med myndighet vid tillämpningen av LOU.

Upphandlingsskadeavgift

Beträffande förutsättningarna för att ålägga Akademiska Hus att betala upphandlingsskadeavgift och avgiftens storlek, finns inte skäl att frångå de bedömningar som underinstanserna gjort.

Överklagandet ska avslås.

I avgörandet har deltagit justitieråden Henrik Jermsten, Margit Knutsson, Erik Nymansson, Per Classon och Leif Gäverth.

Föredragande har varit justitiesekreteraren Emilia Franke.

Förvaltningsrätten i Umeås dom den 10 juni 2014 i mål nr 1643-12