



KLAGANDE

Göteborgs Hamn AB, 556008-2553

Ombud: Advokat Helena Rosén Andersson
och biträdande jurist Victoria Gunnerek

MOTPARTER

1. Sandahls Logistik AB, 556358-5156

Ombud: Advokat Einar Wanhainen

2. Gothenburg Ro/Ro Terminal AB, 556785-6314

Ombud: Advokat Johanna Jonsson

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 31 augusti 2023
i mål nr 4639-23, se bilaga A

SAKEN

Upphandling av koncessioner

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Göteborgs Hamn AB (Hamnbolaget) yrkar att kammarrätten avslår yrkandet från Sandahls Logistik AB (Sandahls) om att avtalet den 25 oktober 2022 mellan Hamnbolaget och Gothenburg Ro/Ro Terminal AB (GRT) ska förklaras ogiltigt. Hamnbolaget anför följande.

Hamnbolaget ägs av Göteborgs Stadshus AB, som i sin tur ägs av Göteborgs kommun. För att Hamnbolaget ska kunna omfattas av lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner, LUK, krävs att Göteborgs Stadshus AB är en upphandlande myndighet enligt 1 kap. 21 § LUK. Ett aktiebolag som Göteborgs Stadshus AB likställs med en upphandlande myndighet om det är ett så kallat offentligt styrt organ enligt 1 kap. 17 § LUK. Förvaltningsrättens slutsats att Hamnbolaget är en upphandlande enhet förutsätter alltså en prövning av om Göteborg Stadshus AB uppfyller rekvisiten för offentligt styrt organ. En sådan prövning kan endast göras utifrån omständigheter som den sökande leverantören åberopar till stöd för att rekvisiten är uppfyllda. Sandahls har inte åberopat några omständigheter till stöd för att Göteborgs Stadshus AB är ett offentligt styrt organ. Förvaltningsrättens bedömning att Hamnbolaget är en upphandlande enhet saknar alltså grund.

Förvaltningsrätten har inte heller haft fog för bedömningen att Hamnbolaget bedriver sådan verksamhet som anges i bilaga 2 till LUK. Sandahls har nämligen inte, vare sig inom preklusionsfristen eller efter dess utgång, åberopat omständigheter till stöd för att det är fråga om en koncession som avser drift av sådan verksamhet.

Förvaltningsrätten har omtolkat avtalet och felaktigt bedömt att Hamnbolaget har gett arrendatorn rätt att ta betalt av kunder, trots att en sådan rätt inte anges i arrendeavtalet och trots att Hamnbolaget har förklarat att bolaget inte har gett någon sådan rätt till arrendatorn.

Förvaltningsrätten har bedömt att arrendeavtalet föreskriver en skyldighet för arrendatorn att bedriva verksamhet på uppdrag av bolaget. Detta har inte varit parternas avsikt. Bedömningen har lett till den felaktiga slutsatsen att arrendeavtalet är en koncession.

Förvaltningsrätten har felaktigt påstått att avsaknaden av sanktion vid utebliven leverans av tjänst saknar betydelse för bedömningen. Om Hamnbolaget hade upphandlat driften av en terminal, skulle bolaget ha reglerat konsekvenserna vid koncessionshavarens underlåtenhet att bedriva den upphandlade verksamheten.

GRT anser att förvaltningsrätten har brutit i sin handläggning genom att inte ge bolaget tillfälle att yttra sig över Sandahls ansökan, men överlämnar åt kammarrätten att avgöra om målet därför ska visas åter till förvaltningsrätten. I sak anser GRT att överklagandet ska avslås och hänvisar i allt väsentligt till det som Hamnbolaget har fört fram.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Målet kan prövas av kammarrätten

Förvaltningsrätten biföll Sandahls ansökan och förklarade att avtalet mellan Hamnbolaget och GRT är ogiltigt. GRT fick inte tillfälle att yttra sig över Sandahls ansökan. Frågan är om kammarrätten ändå kan pröva målet.

Högsta förvaltningsdomstolen har inte uttalat sig om vad som gäller i fråga om en vinnande leverantörs talerätt i ett mål om ogiltigförklaring. Men när en förvaltningsrätt beslutar att utesluta en leverantör från en ny anbudsutvärdering ska leverantören få tillfälle att yttra sig över ansökningen (se Högsta förvaltningsdomstolens avgöranden HFD 2011 ref. 29 och HFD 2013 ref. 24).

Ogiltigförklaringen av avtalet innebär ett direkt ingripande i GRT:s rättsförhållanden och kan få långtgående ekonomiska konsekvenser för bolaget. Om GRT inte får möjlighet att träda in i målet riskerar bolaget att stå utan möjlighet till domstolsprövning av frågan.

Kammarrätten anser därför att förvaltningsrätten borde ha gett GRT tillfälle att yttra sig över Sandahls ansökan.

GRT har numera yttrat sig över ansökan. Bolaget har inte påkallat att kammarrätten visar målet åter till förvaltningsrätten och kammarrätten anser inte heller att det behövs, eftersom GRT inte åberopar några omständigheter av betydelse för bedömningen som inte redan har framförts av Hamnbolaget. Målet kan alltså prövas av kammarrätten.

Förvaltningsrättens dom ska inte ändras

Även med beaktande av det som Hamnbolaget och GRT har anfört i kammarrätten gör kammarrätten samma bedömning som förvaltningsrätten. Den överklagade domen ska därför stå fast.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).

Gertrud Forkman

Roger Petersson
referent

Anna Wennberg

/Jennie Wenneberg



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avd. 3

DOM
2023-08-31
Meddelad i Göteborg

Mål nr
4639-23

SÖKANDE

Sandahls Logistik AB, 556358-5156

Ombud: Advokat Einar Wanhainen
Einar Wanhainen Advokatbyrå AB

MOTPART

Göteborgs Hamn AB, 556008-2553

Ombud: Advokat Helena Rosén Andersson och biträdande jurist
Victoria Gunnerek
Advokatfirman Vinge KB

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner, LUK

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att avtalet mellan Göteborgs Hamn AB och Göteborgs RoRo Terminal AB ska förklaras ogiltigt.

BAKGRUND

Göteborgs Hamn AB (Hamnen) har den 25 oktober 2022 ingått ett avtal med Göteborgs RoRo Terminal AB (RoRo) avseende utnyttjande av ett visst markområde. Sandahls Logistik AB (Sandahls) har ansökt om överprövning av avtalets giltighet.

Det som förvaltningsrätten ska pröva i detta mål är om vad Sandahls anfört kan läggas till grund för ett ingripande enligt LUK.

YRKANDEN M.M.**Sandahls**

Sandahls yrkar att avtalet ska förklaras ogiltigt, bestrider de av Hamnen anförda preklusionsinvändningarna och har i huvudsak anfört följande:

Avtalet som har betecknats som ett arrendeavtal är rätteligen ett koncessionsavtal. Eftersom det har upphandlats utan föregående annonsering ska det förklaras ogiltigt.

Avtalet rör RoRo:s nyttjande avseende Arkens kombiterminal som är en terminal för omlastning av containrar och andra lastbärare mellan olika transportmedel. Vid anläggandet av kombiterminalen var Sandahls utsedd till terminaloperatör, så bolaget kom att få visst inflytande över utformningen av densamma. Såvitt Sandahls förstod handlades operatörstjänsten upp i konkurrens 2015/2016 varför Sandahls inte hade skäl att reflektera över om upphandlingen borde följa särskilda regler.

Avtalet mellan Sandahls och Hamnen betecknades som ett arrendeavtal och arrendets storlek var beräknad utifrån den investering som Hamnen gjorde i

terminalen. Under avtalstiden uppkom tvist mellan parterna och avtalet upphörde i december 2022. Sandahls erbjöds aldrig möjlighet till förlängning av avtalet.

Avtalet

Hamnen och RoRo träffade avtal den 25 oktober 2022 om att RoRo ska operera kombiterminalen. RoRo ska enligt avtalet tillhandahålla ”kombiterminaloperativa tjänster” vilket i huvudsak omfattar lyft av lastbärare från ett transportmedel till ett annat. Arrendeavgiften består av en fast och en rörlig del och den rörliga delen är beroende av antalet lyft som görs. Genom avtalet ger Hamnen RoRo i uppdrag att operera kombiterminalen och upplåtelsen avser inte bara markområdet utan även anläggningarna. RoRo betalar ersättning för upplåtelsen av anläggningen och området, vilket är ett ekonomiskt villkor. Del av avgiften är baserad på omfattningen av de tjänster som tillhandahålls till tredje man och genom avtalet överför Hamnen ansvaret för driften av kombiterminalen till RoRo. Ersättningen för övertagande av verksamhetsrisken och driften av kombiterminalen utgörs av att RoRo får tillgång till en marknad som ger RoRo möjlighet att uppbära ersättning från de som utnyttjar terminalen. Rekvisiten för ett avtal med ekonomiska villkor är därmed uppfyllda.

Avtalet innefattar en tjänst enligt LUK och det krävs inte att det är Hamnen som använder de tjänster som tillhandahålls. I de typfall på koncession som nämns i förarbetena, drift av restaurang/café och drift av parkeringsplats, är tjänsten i förhållande till den upphandlande myndigheten att driva en verksamhet som den upphandlande myndigheten skulle ha drivit koncessionsavtalet förutan. Hamnen kunde välja att operera driften av terminalen i egen regi eller lämna uppdraget till en operatör. Den tjänst som RoRo utför enligt avtalet är alltså att i Hamnens ställe tillhandahålla kombiterminaltjänster och övriga tjänster i enlighet med avtalet. Med hänsyn

till att RoRo betalar en betydande avgift för att få operera kombiterminalen finns heller ingen risk att RoRo inte skulle utföra tjänsterna. Eftersom det finns en rörlig avgift ligger det också i Hamnens intresse att tjänsterna säljs och utnyttjas.

För prövningen av avtalet är det inte relevant om avtalet uttryckligen föreskriver en rätt för RoRo att ta betalt av kunder för tjänster som utförs. Det som är avgörande är om avtalet ger RoRo en rätt att utnyttja föremålet för koncessionen och om ett sådant utnyttjande ger intäktsmöjligheter. Av avtalet framgår att RoRo identifierat en affärsmöjlighet i att operera terminalen. En affärsmöjlighet i en vinstgivande verksamhet förutsätter en rätt att ta betalt av kunderna.

Av avtalet framgår också, om inget annat uttryckligen anges, att arrendatorn under avtalstiden påtar sig allt ansvar som sammanhänger med ägande, användning och nyttjande av området och anläggningarna. Hamnen har inte invänt att risken inte överförts till RoRo. Den fasta avgiften innebär också ett överförande av verksamhetsrisken. Det förhållandet att viss del av avgiften är rörlig innebär inte att verksamhetsrisken inte skulle ha överförts. Av vad som anförs framgår att avtalet utgör en koncession.

Vad som är relevant är att avtalet innehåller särskilda villkor som inte förekommer i avtal om arrende och som ger vid handen att den upphandlande myndigheten ger leverantören en möjlighet att bedriva en verksamhet som den upphandlande myndigheten annars skulle bedriva. I det aktuella avtalet finns definitioner av anläggningar och tjänster vilket inte förekommer i markarrendeavtal. I markarrendeavtal förekommer inte heller en beskrivning av bakgrunden till avtalet och de affärsmöjligheter som en arrendator identifierat. Rörliga avgifter baserade på antal lyft och bestämmelser om skyldighet att utföra tjänster och omfattande underhåller förekommer inte heller. Som framgår av skäl (15) i LUK-direktivet gäller undantaget endast för

rena markarrenden där särskilda villkor inte avtalats. Föremålet för arrendet är inte själva marken utan den terminalanläggning som uppförts på området, som finansierats med offentliga medel. Kombiterminalen är en anläggning som är en affärsverksamhet som drivs av ett kommunägt bolag vars verksamhetsföremål är att driva en högteknologisk hamnverksamhet. Avtalet ska ge Hamnen, indirekt staten, avkastning på den investering som Hamnen och staten gjort. De uppräknade omständigheterna medför att avtal som rör upplåtelse av driften av anläggningarna ska upphandlas med iakttagande av principerna om öppenhet och likabehandling. Eftersom Sandahls inte har fått möjlighet att konkurrera om uppdraget har dessa principer åsidosatts.

Konkurrensverkets beslut

Konkurrensverket har i ett beslut 2011 konstaterat att ett arrendeavtal avseende hamnterminaler rättsligt ska kvalificeras som koncessioner. Detta ger stöd för att även det här är ett avtal som ska kvalificeras som ett koncessionsavtal och inte ett markarrende. De skillnader som Hamnen har pekat på är inte sådana att Konkurrensverket vid en granskning skulle ha ansett att avtalet utgör ett markarrende. Av Hamnens pressmeddelande i samband med byte av operatör i hamnen framgår att avtalet innebär skyldigheter att utföra tjänster och ger RoRo rätt att ta betalt. Någon skillnad mot det avtal som Konkurrensverket bedömde föreligger således inte.

Preklusion

Sandahls bestrider preklusionsinvändningarna. Vid ansökan om överprövning hade Sandahls klarlagt Hamnens inställning vilken var den att avtalet inte omfattades av LUK. Det är ostridigt att Hamnen är en upphandlande myndighet, att tjänsterna omfattades av LUK och att Hamnen endast åberopade undantaget för arrendeavtal. Av det skälet saknades anledning att närmare utveckla varför Hamnen är en upphandlande myndighet, att tjänsterna

omfattades av LUK eller att värdet inte var så lågt att det kunde direktupphandlas.

Hamnverksamheten har beskrivits på ett sådant sätt att det klart framgår att den omfattas av LUK och det ankommer på Hamnen att invända och åberopa varför de inte omfattas av regelverket. Hamnen har endast bestritt ansökan på den grund att avtalet är ett arrendeavtal. Om Hamnen inte skulle vara en upphandlande myndighet ska talan avvisas eftersom förvaltningsrätten inte kan göra en sakprövning, en sådan fråga är föremål för officialprövning.

Huvudregeln i LUK är att upphandlingar ska annonseras och att den upphandlande myndigheten ska ange ett kontraktsvärde. Eftersom det inte gjorts ankommer det på Hamnen att ange kontraktsvärdet om det är så lågt att direktupphandling kan ske. Enligt Sandahls uppfattning är kontraktsvärdet ca 30 miljoner kr och alltså 120 miljoner kr under hela avtalstiden. Sandahls har åberopat att felet som gör avtalet ogiltigt är att upphandlingen inte annonserats. Det är tillräckligt att felet i upphandlingen, att den inte annonserats, åberopas till stöd för talan om ogiltighet. Kontraktsvärdet är inte ett påstående om upphandlingsrättsligt fel. Om Hamnen gör gällande att kontraktsvärdet är så lågt att avtalet hade kunnat direktupphandlas ankommer det på Hamnen att göra denna rättsinvändning.

Syftet med preklusionsinvändningen är att begränsa parts möjlighet att åberopa nya fel i upphandlingen. Syftet är alltså inte att begränsa parts möjlighet att åberopa omständigheter som föranleds av upphandlande myndighets invändningar med avseende på det fel som låg till grund för ansökan om överprövning. Att tillämpa regler om processuell preklusion på notoriska ej bestridda omständigheter ligger långt ifrån syftet med preklusionsbestämmelsen och det vore en säregen ordning om förvaltningsrätten skulle avslå en ansökan om överprövning mot Hamnen på den grunden att sökanden inte påstått att Hamnen är en upphandlande

myndighet när detta inte är bestritt och det framgår av avtalet att så är fallet. Detsamma gäller om förvaltningsrätten skulle komma fram till att det inte förekommit fel genom att upphandlingen inte annonserats då Hamnen inte ens har påstått att kontraktsvärdet är så lågt att avtalet kan direktupphandlas. Det måste vara den upphandlande myndigheten som åberopar en undantagsregel i LUK som har att påstå varför det föreligger grund för undantag, och bevisa att så är fallet. Sandahls har under alla förhållanden haft giltig ursäkt för att inte åberopa omständigheterna eftersom Hamnen i den förprocesuella korrespondensen eller i sitt svar på ansökan inte ifrågasatt att den är en upphandlande myndighet.

Hamnen

Hamnen anser att ansökan ska avslås och har i huvudsak anfört följande:

Arrendeavtalet mellan Hamnen och RoRo utgör ett sedvanligt arrendeavtal enligt jordabalken och inte någon koncession enligt LUK. Arrendeavtalet omfattas därför inte av LUK och kan således inte förklaras ogiltigt enligt 16 kap 13 § LUK. För att arrendeavtalet ska förklaras ogiltigt krävs således (i) att arrendeavtalet uppfyller rekvisiten för en koncession enligt LUK, (ii) att Hamnen omfattades av LUK vid ingåendet av arrendeavtalet, samt (iii) att Hamnen ingått arrendeavtalet i strid med annonseringsskyldigheten i LUK.

Preklusion

Sandahls talan ska avslås redan på den grund att Sandahls inte inom preklusionsfristen i 16 kap. 5 b § LUK åberopat omständigheter till stöd för påståendena om att (ii) Hamnen omfattades av LUK vid ingåendet av arrendeavtalet och (iii) att Hamnen har ingått arrendeavtalet i strid med annonseringsskyldigheten i LUK. Sådana omständigheter är därför prekluderade i målet. Undantag från regeln gäller endast om leverantören inte

har kunnat åberopa omständigheten tidigare eller annars haft giltig ursäkt att inte göra det. Undantaget är inte tillämpligt i detta fall. Det är inte, och har aldrig varit, ostridigt mellan parterna att Hamnen omfattades av LUK vid ingåendet av arrendeavtalet. Likaså är det inte heller ostridigt mellan parterna att arrendeavtalet i och för sig omfattades av annonseringsplikt om det utgjorde en koncession.

Arrendeavtalet

Frågan om arrendeavtalet utgör en koncession enligt LUK, d.v.s. förutsättningen (i) för ogiltighet enligt ovan, prövas genom en bedömning av om avtalet uppfyller LUK:s rekvisit för koncession.

Sandahls utgår felaktigt från att ett avtal om utarrendering av mark, med villkor som är sedvanliga för arrendeavtal, ska anses utgöra en upphandlingspliktig koncession. För att LUK ska vara tillämplig krävs att den upphandlande myndigheten eller enheten anskaffar tjänster från arrendatorn, att arrendatorn är skyldig att bedriva viss verksamhet på den arrenderade marken samt att den upphandlande myndigheten eller enheten har gett arrendatorn rätt att ta betalt av kunder som nyttjar sådana tjänster.

Hamnen har tidigare utarrenderat det aktuella markområdet till Sandahls Terminal AB som är ett systerbolag till Sandahls, båda bolagen ingår i Sandahls-koncernen. Det tidigare arrendeavtalet innehöll i allt väsentligt identiska villkor som i det nu aktuella arrendeavtalet. Sandahls-koncernen har aldrig påstått att det tidigare avtalet omfattades av LUK och hade inga invändningar om att ingå arrendeavtalet utan föregående annonsering enligt LUK. Sandahls-koncernen måste således haft uppfattningen att det avtalet var ett sedvanligt arrendeavtal.

Huruvida ett visst avtal mellan en upphandlande myndighet och tredje part utgör en koncession bedöms i det enskilda fallet genom en rättslig kvalificering av villkoren i avtalet. För att arrendeavtalet ska omfattas av LUK krävs att det utgör en koncession enligt 1 kap. 13 § LUK. Konkurrensverkets beslut den 2 november 2011 avsåg en bedömning i det enskilda fallet och innebär inte något allmänt konstaterade om att utarrendering av hamnterminaler i allmänhet utgör koncessioner. Konkurrensverket har inte befogenhet att rent allmänt, och med bindande verkan för andra aktörer fastställa att en viss avtalstyp alltid ska definieras som en koncession.

En koncession enligt LUK förutsätter att kontraktet mellan upphandlande myndighet och koncessionshavare innehåller ”ekonomiska villkor” och EU-domstolen har i flera avgöranden preciserat innebörden av ”ekonomiska villkor”. Av sådan praxis framgår att för att det ska vara fråga om ”kontrakt med ekonomiska villkor” krävs att båda parterna åtar sig att gentemot den andra parten att utföra en prestation i utbyte mot en annan. Förekomsten av ömsesidigt bindande förpliktelser utgör ett väsentligt kännetecken för ett offentligt kontrakt. I en koncession består koncessionshavarens åtagande gentemot den upphandlande myndigheten i att mot ersättning tillhandahålla de tjänster som den upphandlande myndigheten anskaffar. Åtagandet gentemot koncessionshavaren består i att ersätta denne för tillhandahållandet av dessa tjänster. Ersättningen utgörs av att koncessionshavaren får rätt att utnyttja föremålet för koncessionen eller dels sådan rätt, dels betalning från den upphandlande myndigheten. Koncessionshavarens rätt att utnyttja tjänsten innefattar rätten att ta betalt från tredje man som nyttjar tjänsten.

Tjänstekoncession enligt LUK förutsätter en förpliktelse för koncessionshavaren att utföra de anskaffade tjänsterna, utan ett sådant åtagande är det inte fråga om ett ”kontrakt med ekonomiska villkor” enligt LUK.

Hamnen anskaffar inte några tjänster från RoRo genom arrendeavtalet och det föreskrivs ingen skyldighet för RoRo att tillhandahålla några tjänster till

Hamnen. Genom arrendeavtalet tillåts i stället RoRo att nyttja marken för omlastningsändamål och förbjuds att bedriva annan verksamhet.

Att uthyrning av mark inte innebär att den upphandlande myndigheten tilldelar en koncession framgår särskilt tydligt av skäl 15 i direktiv 2014/23/EU ("LUK-direktivet"). Arrendeavtalet innehåller allmänna villkor för arrendatorns nyttjande av marken rörande bl.a. tillträde, nyttjandet av egendomen. Dessa villkor är sedvanliga vid utarrendering av mark och utgör exempel på sådana markupplåtelser i "sektorn för sjöfart" som enligt LUK-direktivet inte utgör koncession. Arrendeavtalet föreskriver inte någon rätt för RoRo att ta betalt av kunder, arrendeavtalet reglerar över huvud taget inte frågan om RoRo har rätt att ta betalt för den verksamhet som den bedriver på den utarrenderade marken.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Med koncession avses ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor som ingås mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en koncessionshavare, där

1. kontraktet utgör antingen en byggkoncession enligt 8 § eller en tjänstekoncession enligt 19 §,
2. ersättningen för arbetet eller tjänsten utgörs antingen av enbart rätten att utnyttja föremålet för koncessionen eller av dels en sådan rätt, dels betalning, och
3. kontraktet innefattar att en sådan verksamhetsrisk som avses i 22 § övertas av koncessionshavaren (1 kap. 13 § LUK).

Med tjänstekoncession avses en koncession genom vilken en upphandlande myndighet eller enhet anförtrot till koncessionshavaren tillhandahållandet och förvaltningen av andra tjänster än de som avses i 8 § (1 kap. 19 § LUK)

Med verksamhetsrisk avses efterfrågerisk, utbudsrisk eller båda (1 kap. 22 § LUK).

Med övertagande av verksamhetsrisk avses att en koncessionshavare genom koncessionen, vid normala verksamhetsförhållanden,

1. inte är garanterad att kompenseras för de investeringar som görs och de kostnader som uppstår vid utnyttjandet av det byggnadsverket eller tillhandahållandet av de tjänster som är föremål för koncessionen, och
2. utsätts för en verklig exponering för förändringar på marknaden på så sätt att eventuella uppskattade förluster för koncessionshavaren inte är endast nominella eller försumbara (1 kap. 23 § LUK).

Rätten ska besluta att ett avtal mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet slutits utan föregående annonsering enligt 8 kap. 1 eller 2 § eller 15 kap. 5 § LUK (16 kap. 13 § LUK).

I mål om överprövning gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart och tydligt sätt anger vilka omständigheter som denne grundar sin talan på, RÅ 2009 ref. 69. Denna princip är även tillämplig vid prövningen av giltigheten av avtal. En omständighet som den sökande leverantören åberopar till grund för sin talan senare än tre veckor från den dag ansökan om överprövning kom in till förvaltningsrätten får beaktas av rätten endast om leverantören gör sannolikt att den inte har kunnat åberopa omständigheten eller annars haft giltig ursäkt att inte göra det (16 kap. 5 b § LUK).

Förvaltningsrättens bedömning

Vad förvaltningsrätten har att pröva i detta mål är således om det på grundval av vad Sandahls anfört är visat att Hamnen brutit mot annonseringsplikten i LUK. Detta förutsätter att Hamnen som avtalsslutande part är att anse som en

upphandlande myndighet och att avtalet uppfyller rekvisiten för en koncession enligt LUK. Inledningsvis har förvaltningsrätten att ta ställning till frågan om preklusion.

Har preklusion inträtt?

Det aktuella avtalet ingicks den 25 oktober 2022. Bestämmelsen om preklusion i 16 kap 5 b § LUK är därför tillämplig i målet. I den nämnda bestämmelsen anges att en omständighet som den sökande leverantören åberopar till grund för sin talan senare än tre veckor från den dag då ansökan om överprövning kom in till förvaltningsrätten endast får beaktas om leverantören gör sannolikt att den inte har kunnat åberopa omständigheten tidigare eller annars har haft giltig ursäkt att inte göra det. Bestämmelsen är en handlingsregel för domstolen som innebär att rättens prövning normalt kommer begränsas till sådana fel och brister i upphandlingen som leverantören åberopar inom den angivna tiden. Med omständigheter avses rättsfakta och kan exempelvis avse sådana konkreta fel i upphandlingen som skulle kunna läggas till grund för ogiltighet, prop. 2021/2022:120 s 85.

Med hänsyn till upphandlingsmålens komplexitet bör det finnas ett relativt stort utrymme för leverantören att efter tidsfristens utgång utveckla och förtydliga sin talan. Även om parterna har ålagts ett stort ansvar för utredningen i målet och officialprincipen ska tillämpas med försiktighet, finns det fortfarande ett intresse av att avgörandena i upphandlingsmålen blir materiellt riktiga i förhållande till vad parterna har åberopat. Utgångspunkten är därför att regleringen inte bör vara mer ingripande än vad som är motiverat med hänsyn till behoven av förutsebarhet och skyndsamhet, prop. 2021/2022:120 s 51. Om sökanden inledningsvis endast har åberopat att upphandlingen strider mot en viss regel, och först efter det att fristen gått ut beskriver vad felet består, bör dock kompletteringen inte beaktas.

Sandahls har ansökt om överprövning den 20 april 2023 varför förvaltningsrätten som huvudregel är förhindrad att beakta omständigheter som åberopats senare än den 11 maj 2023. Hamnen har anfört att omständigheter hänförliga till huruvida Hamnen omfattas av LUK samt att värdet på avtalet överstiger direktupphandlingsgränsen är prekluderade. Förvaltningsrätten kan i detta avseende konstatera att Sandahls inte före utgången av 11 maj 2023 uttryckligen angett att Hamnen utgör ett sådant offentligt styrt organ som avses i 1 kap. 17 § LUK eller på någon annan grund omfattas av LUK. Sandahls har inte heller redogjort för att värdet överstiger direktupphandlingsgränsen. Sandahls har i detta avseende bland annat anfört att själva ansökan om överprövning är ett påstående om att Hamnen är en upphandlande myndighet eller enhet och att det är omständigheten att avtalet inte annonserats som utgör felet, inte huruvida kontraktsvärdet överstiger direktupphandlingsgränsen.

Hamnen har först den 26 maj 2023 invänt att Hamnen inte omfattas av LUK och att Sandahls inte påstått eller visat att värdet överstiger direktupphandlingsgränsen. Frågan är om detta utgör omständigheter som Sandahls behövt åberopa, och i sådant fall om Sandahls har haft giltig ursäkt att inte åberopa dessa omständigheter tidigare. Vid en avvägning beträffande skälen för införandet av preklusionsbestämmelsen i den upphandlingsrättsliga lagstiftningen, och att den inte ska vara mer ingripande än vad som motiverat med hänsyn till behoven av förutsebarhet och skyndsamhet, gör förvaltningsrätten följande bedömning:

Av ansökan om överprövning följer att Sandahls anser att Hamnen är en upphandlande myndighet eller enhet och att värdet på avtalet överstiger gränsen för direktupphandling, varför upphandlingen borde ha annonserats. Sandahls har genom att framställa ett yrkande om att avtalet ska förklaras ogiltigt och redogjort för grunden och omständigheterna härför – att avtalet rätteligen borde annonserats – anfört vad som erfordras för att få till stånd en prövning av avtalets giltighet. Förvaltningsrätten anser således inte att en

leverantör uttryckligen måste ange att motparten är en upphandlande myndighet eller enhet och att värdet överstiger direktupphandlingsgränsen, när detta utgör grundförutsättningar för att ansöka om överprövning av en upphandling. Dessa omständigheter får anses rymma inom leverantörens utrymme att efter tidsfristens utgång utveckla och förtydliga sin talan.

Sandahls har således inte åberopat nya omständigheter genom att först när Hamnen invänt att dessa omständigheter inte är uppfyllda, utveckla argumentationen i detta avseende. I målet föreligger därför inte några prekluderade omständigheter.

Är Hamnen en upphandlande myndighet/enhet?

Förvaltningsrätten har att härefter ta ställning till om Hamnen kan jämföras med en upphandlande myndighet eller enhet. Hamnen har i detta avseende framhållit att Hamnen inte uppfyller förutsättningarna för offentligt styrt organ i 1 kap. 17 § LUK och att Sandahls inte heller har visat att RoRo tillgodoser ett behov i det allmännas intresse och inte heller att behovet är av icke industriell eller kommersiell karaktär.

Enligt 1 kap 20 § LUK avses med upphandlande enhet även en enhet som bedriver någon av de verksamheter som anges i bilaga 2 till LUK och tilldelar en koncession för bedrivande av sådan verksamhet och som är (1) en statlig eller kommunal myndighet, beslutande församling i en kommun eller en region, ett offentligt styrt organ som avses i 17 § eller en sammanslutning av en eller flera myndigheter eller församlingar eller en sammanslutning av ett eller flera offentligt styrda organ, (2) ett företag som en upphandlande myndighet kan utöva ett bestämmande inflytande över på det sätt som anges i andra stycket, eller (3) en annan enhet än de som anges i 1 och 2, om den bedriver sin verksamhet med stöd av en sådan ensamrätt enligt 12 § eller en särskild

rättighet enligt 18 § som beviljats för bedrivande av någon av de verksamheter som anges i bilaga 2.

Ett bestämmande inflytande anses finnas om en upphandlande myndighet, direkt eller indirekt, innehar mer än hälften av andelarna i företaget eller kontrollerar majoriteten av röstetalet på grund av aktieäggande eller motsvarande eller kan utse mer än halva antalet ledamöter i företagets styrelse eller motsvarande ledningsorgan.

Av bilaga 2 punkt 3 följer att verksamhet som avser utnyttjande av ett geografiskt område i syfte att tillhandahålla flygplats, hamn eller annan terminal för transporter i luften eller till havs eller på inre vattenvägar. Annat är inte visat än att den verksamhet som omfattas av avtalet är sådan att det utgör en verksamhet som avses i bilaga 2 till LUK.

Förvaltningsrätten kan i detta avseende konstatera att det av avtalet framgår att Hamnen är ett av Göteborgs kommun helägt bolag som ansvarar för förvaltningen av Hamnen. Hamnen är således ett företag som en upphandlande myndighet kan utöva ett bestämmande inflytande över. Vad Hamnen anfört beträffande ägarförhållandena, d.v.s. bland annat att Hamnen rätteligen ägs av Göteborgs Stadshus AB som i sin tur ägs av Göteborgs stad, ändrar inte denna bedömning. Förutsättningarna i 1 kap. 20 § är således uppfyllda och Hamnen är att anse som en upphandlande enhet.

Är avtalet en tjänstekoncession eller ett arrendeavtal?

Hamnen har hävdad att det är fråga om ett arrendeavtal som faller utanför tillämpningen av upphandlingslagstiftningen. Enligt förvaltningsrätten har Sandahls visat att det aktuella avtalet är att betrakta som avtal om tjänstekoncession och till grund för den slutsatsen lagt följande omständigheter.

Genom avtalet har Hamnen givit RoRo rätt att nyttja ett visst område vilket bland annat innefattar kombiterminalen och de anläggningar som finns på området. Av punkt 2.4 i avtalet framgår att RoRo identifierat en affärsmöjlighet bestående i att bedriva terminal där hamnens användare kan omlasta modulariserade lastbärare mellan de olika transportsätten och således önskar bedriva kombiterminaloperativa tjänster på området. Punkt 6.2 i avtalet talar om RoRo:s förbindelse att tillhandahålla tjänsterna till alla som vill nyttja dem och att avstå från orättvis eller kränkande behandling. I punkt 6.3 anges även att RoRo ska ansluta sig till den s.k. Railway Consulting Board som Hamnen driver tillsammans med andra järnvägsanslutna terminaloperatörer för att säkerställa en fungerande drift i hamnen.

Det är ostridigt att RoRo får bedriva den aktuella verksamheten. Hamnen hävdar dock att det inte föreligger en skyldighet att göra det, vilket är en förutsättning för att avtalet ska anses vara en koncession. Förvaltningsrätten anser att bestämmelsen i punkt 6.2 motsäger en sådan tolkning. Härutöver anges i punkt 8.2.3 att ansvar för avlopp m.m. som härrör bland annat från kunder ska RoRo ensamt ansvara för, vilket indikerar att området ska nyttjas av kunder. Framför allt är avgiftens rörliga del, som är beroende av antalet lyft och vars redovisning särskilt ska kunna granskas enligt punkten 5.2 något som starkt talar för att avsikten med avtalet är att verksamheten på området ska upprätthållas. Förvaltningsrätten anser att avtalet innebär en skyldighet för RoRo att bedriva den aktuella verksamheten och att Hamnen anförtrott RoRo tillhandahållandet och förvaltningen av de tjänster som omfattas av avtalet på det sätt som avses i 1 kap. 19 1 LUK. Det faktum att det saknas en uttrycklig sanktion härom förändrar inte denna bedömning.

De kombiterminaloperativa tjänsterna m.m. som RoRo tar över genom avtalet består i att bedriva en terminal där användarna av hamnen kan omlasta mellan de olika transportsätten utan att själva godset berörs. Hamnen anser att avtalet inte reglerar en rätt för RoRo att ta betalt av sina kunder medan Sandahls å

andra sidan anfört att eftersom RoRo betalar en betydande avgift för att få operera kombiterminalen så finns det inte någon risk att RoRo skulle avstå från att utföra tjänsterna och ta betalt för dem. Förvaltningsrätten kan konstatera att frågan om RoRo:s möjligheter att ta betalt från kunder inte uttryckligen har reglerats i avtalet. Förvaltningsrätten anser dock att RoRo:s åtaganden genom avtalet går utöver ett sedvanligt arrendavtal då RoRo har ett åtagande att bedriva terminalverksamhet med insyn och kontroll av Göteborgs hamn, och får trots att detta inte uttryckligen har reglerats i avtalet anses tillhandahålla denna tjänst mot ersättning. Ersättningen för det arbete som RoRo utför utgörs av rätten att utnyttja föremålet för avtalet. Att RoRo skulle utföra dessa tjänster utan anspråk på ersättning förefaller osannolikt och har inte heller påståtts av Hamnen.

Av punkt 8.1.2 i avtalet framgår att RoRo är ensamt ansvarig och skyldig att hålla det upplåtta området i ett välfungerande skick vilket bland annat innebär en skyldighet att på egen bekostnad utföra samtliga nödvändiga reparationer och underhållsarbeten. För detta erläggs en avgift. Förvaltningsrätten anser att det är visat att verksamhetsrisken genom avtalet har övergått till RoRo varför samtliga förutsättningar i 1 kap 13 § LUK är uppfyllda.

Är tjänstekoncessionen undantagen annonseringsplikten?

En upphandlande myndighet som avser att tilldela en koncession ska informera om sin avsikt genom en förhandsannons. En koncession får dock tilldelas utan sådan annonsering, direktupphandling, om värdet av koncessionen understiger fem procent av tröskelvärdet (15 kap. 5 och 6 §§ LUK). Värdet av koncessionen ska enligt 5 kap. 2 § LUK uppskattas till koncessionsinnehavarens sammanlagda omsättning till följd av koncessionen under dess löptid. Värdet på koncessionen ska avse en uppskattning av värdet eftersom det faktiska värdet i regel inte är möjligt att fastställa förrän koncessionen är slutförd (prop. 2015/16:195 s. 1 339 f).

Förvaltningsrätten anser att koncessionens värde överstiger tröskelvärdet och skälen för detta är följande. En uppgift om ett uppskattat värde ska framgå av koncessionsdokumenten. I avtalet anges inte vad RoRo äger rätt att ta betalt från de kunder som nyttjar kombiterminaloperativa tjänster. Det är Sandahls uppfattning att kontraktsvärdet är 120 miljoner kr. Hamnen har invänt att det är Sandahls som har bevisbördan för de omständigheter som åberopas och att anförda omständigheter är prekluderade. Hamnen har inte bestridit påståendet om att värdet på kontraktet uppgår till 120 miljoner kr.

Det är Hamnen som har att visa att förutsättningarna för ett undantag från huvudregeln om annonsering, är tillämplig. Endast den omständighet att avtalet inte innehåller en uppgift avgifter eller omsättning kan inte utgöra hinder från att beräkna ett uppskattat värde på koncessionen. Koncessionen innebär att kunder bland annat får tillgång till kombiterminaloperativa tjänster varför det finns skäl att beakta omsättningen från dessa tjänster vid beräkningen av koncessionens värde. Mot bakgrund av att Hamnen inte lämnat ett uppskattat värde har domstolen att utgå från de övriga uppgifter som föreligger i målet. Sandahls har i detta avseende lämnat uppgift om att värdet på avtalet uppskattas till 120 miljoner kr. Detta värde har inte bestridits av Hamnen. Domstolen finner inte skäl att ifrågasätta att kontraktsvärdet med råge överstiger direktupphandlingsgränsen. Eftersom värdet av upphandlingen överstiger den tillämpliga direktupphandlingsgränsen ska upphandlingen annonseras. Så har inte skett. Eftersom det inte har anförts att avtalet av någon anledning ska få bestå, ska det ogiltigförklaras (16 kap. 13 och 14 §§ LUK). Ansökan ska följaktligen bifallas

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (FR-05)

Susanne Nilsson

Chefsrådman

Målet har föredragits av Emma Rosenström



Hur man överklagar

FR-05

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

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

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

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

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

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

Vilken dag går tiden ut?

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

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

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

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

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

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

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

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

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

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

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

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

Vill ni veta mer?

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

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

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

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

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

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter:

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.