

**LÄNSRÄTTEN I  
STOCKHOLMS LÄN**

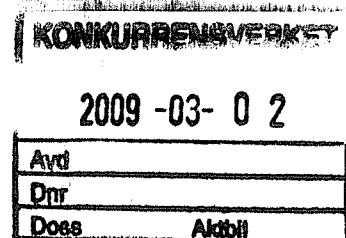
**BESLUT**  
2009-02-27  
Meddelat i  
Stockholm

Mål nr  
24751-08  
Rotel 221

**SÖKANDE**

Auto-Boks-Service A/S, 910358243

Ombud:  
Advokat Torgny Wetterberg  
Jur.kand. Carl Norén  
Advokatfirman Södermark HB  
Box 14055  
104 40 Stockholm



**MOTPART**

Jernhusen AB, 556584-2027

Ombud:  
Jens Haneklint  
Advokatfirman Törngren Magnell KB  
Regeringsgatan 38  
111 56 Stockholm

**SAKEN**

Ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU; fråga om avvisning

**BESLUT**

Länsrätten avslår Auto-Boks ansökan om överprövning enligt LOU.

Dok.Id 405029

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: lansrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00

## BAKGRUND

**Jernhusen AB** ("Jernhusen") genomförde en upphandling avseende driften av samtliga förvaringsboxar i Sverige hos Jernhusen ("tjänsteupphandlingen") alternativt köp av förvaringsboxar ("köpeupphandlingen") utan att bjuda in Auto-Boks-Service A/S ("Auto-Boks/bolaget"). Bolaget bjöds in att lämna offert först senare i förfarandet. I meddelande daterat den 6 november 2008 informerades Auto-Boks om att deras anbud inte gått vidare.

## YRKANDEN M.M.

**Auto-Boks** yrkar att länsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om med rättelse av de överträdelser av LOU som skett. Till stöd för sin talan anför bolaget huvudsakligen följande. Auto-Boks har sedan 1999 ett avtal med SJ Fastigheter, senare Jernhusen, angående ensamrätt till förvaring av handbagage och därmed jämförbart i elektroniska förvaringsboxar på Stockholms central. Senare utökades avtalet till att även omfatta Gävle station. Sedan 1997 har Auto-Boks även haft hand om driften av förvaringsboxar på City-terminalen som till 40 % ägs av Jernhusen. Ingåendet av avtalet med SJ Fastigheter föregicks av en offentlig upphandling enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling. I augusti 2008 fick Auto-Boks, genom Einar Johan Holst, av en tillfällighet reda på att Jernhusen planerade en upphandling av driften av samtliga förvaringsboxar hos Jernhusen i Sverige alternativt köp av förvaringsboxar utan att ha bjudit in Auto-Boks att delta i anbudsgivningen.

Jernhusen hade anlitat Driftspartner Sverige AB ("Driftspartner") för genomförandet av upphandlingen. Jernhusen avsåg att efter utvärderingen av anbuderna avgöra om det var förmånligast att ha driften för effektförvaring på entreprenad eller om det var mer förmånligt att Jernhusen drev effektförvaringen i egen regi efter inköp av förvaringsboxar. Upphandlingen

byggde således på att alternativa utföranden var möjliga. Upphandlingen delades dock upp i två parallella förfaranden med ett underlag för effektförvaring och ett underlag för köp av förvaringsboxar. Särskilt utvalda leverantörer hade den 24 juni 2008 beretts tillgång till underlagen för upphandlingen på Driftspartners hemsida. Auto-Boks ingick inte bland de utvalda leverantörerna. Enligt det första underlaget för tjänsteupphandlingen skulle anbudsgivares offert vara Driftspartner tillhanda senast den 15 augusti 2008.

Efter e-postkontakt med Jernhusens vice VD Anders Bäck fick den administrativa direktören hos Auto-Boks, Einar Johan Holst, i e-postmeddelande den 28 augusti 2008, besked om att om Auto-Boks sänder ett affärsförslag till Jernhusen så kommer detta att behandlas på ett professionellt sätt av Jernhusen men att Jernhusen däremot inte kommer att sända ut något formellt upphandlingsunderlag till Auto-Boks. Den 29 augusti 2008 skickade ansvarig person för upphandlingen hos Driftspartner, Henrik Svensson, ett e-postmeddelande till Auto-Boks vari det informerades om tio ”anbudsgrundande uppgifter”. I ett e-postmeddelande den 1 september 2008 informerades om att Jernhusen behöver ett anbud senast den 12 september 2008 kl. 15.00. Einar Johan Holst och Henrik Svensson möttes den 10 september 2008 för att diskutera villkoren för upphandlingen. Vid mötet framförde Einar Johan Holst protester mot att Auto-Boks inte behandlades lika med övriga anbudsgivare. Den 11 september 2008 återkom Henrik Svensson i ett e-postmeddelande med beskedet att Jernhusen ville att Auto-Boks ”endast offererar avtalsförlängning” för de stationer som Auto-Boks redan hade avtal med Jernhusen om. Dagen efter, den 12 september 2008, skickade Henrik Svensson ett e-postmeddelande i vilket Driftspartner uppgav att man ”parallellt med upphandlingen av förvaringsboxar också kommer att begära in offerter för köp av boxar”. Vidare påstod Driftspartner att ”eftersom (Auto-Boks) affärsidé är drift av förvaringsboxar har (Auto-Boks) tackat nej till denna del”. I svar på detta

e-postmeddelande samma dag protesterar bolaget mot att man har tackat nej till någon del av upphandlingen och begär ånyo att bli behandlat som övriga leverantörer. Detta föranledde att Driftspartner den 16 september 2008 gav Auto-Boks tillgång till ett underlag avseende tjänsteupphandlingen med vissa ändringar. Det nya underlaget var speciellt formulerat för Auto-Boks och övriga leverantörer bereddes inte tillgång till det. Bolaget bereddes dock inte tillgång till underlaget avseende köpeupphandlingen. Av det nya underlaget (s. 3) framgår att Jernhusens mål är följande:

”Resenären skall på de största stationerna (Malmö C, Göteborg C samt Stockholm C) på sikt kunna erbjudas dels manuellt alternativ för att lämna sitt bagage, dels sedvanliga förvaringsboxar.

Förvaringsboxarna skall hålla en hög kvalitet och resenären skall känna trygghet att boxarna är funktionella.

Förvaringsboxarna skall i sin utformning vara användarvänliga, stilistiska (anpassningsbara efter Jernhusens önskemål) samt erbjuda hög säkerhet.

Jernhusens mål är att resenärerna skall få en snabb inställetid vid eventuella fel.

Leverantören skall ansvara för felanmälan och att erforderlig uppskyllning finns.

Jernhusen önskar hålla en hög flexibilitet på var boxarna är placerade samt total volym.

Jernhusens mål är att endast erbjuda kontantlösa betalningsalternativ.

Vald leverantör skall vara Jernhusen behjälplig med regelbundna förbättringsåtgärder i syfte att uppfylla Jernhusens uppdrag.

Leverantören skall vara certifierad enligt ISO 9002 och ISO 14001 eller motsvarande.

Leverantören skall ansvara för att det finns tydlig information om felanmälan samt driftsinstruktioner på respektive ort.”

Av den uppdragsspecifika informationen i underlaget (s. 6) framgår följande angående leverantörens åtagande i upphandlingen:

”Leverantören skall ombesörja erforderlig skyltning på boxarna.

Leverantören skall svara för inköp och installation/montage av erforderlig betalningsutrustning.

Leverantören skall svara för underhåll och reparation av installerad utrustning inkl. skyltar oavsett om det är på grund av förslitning eller åverkan.

Leverantören skall svara för handläggning av kundkontakter. Handläggningen skall ske på ett för resenären tillfredsställande sätt gällande god tillgänglighet, tekniskt kunnig personal och trevligt bemötande.

Leverantören skall svara för bortforsling av trasiga boxar.

När avtalet upphör svarar leverantören för nedmontering och bortforsling av uppställd utrustning.

Leverantören svarar för tömning och redovisning av intäkter. Leverantören träffar erforderliga avtal med t ex kontokortsföretag.”

Vidare anges i underlaget (s. 3) att Jernhusen kommer att tillämpa följande utvärderingskriterier:

”1. Prisbild

2. Leverantörens förmåga att leverera i enlighet med högt ställda krav på kvalitet och flexibilitet

3. Miljö

4. Referenser

Jernhusen förbehåller sig fri prövningsrätt”

Av punkten 3.2.3 i) i underlaget till Auto-Boks framgår att leverantören ska vara momspliktig i Sverige. Bruttointäkten för samtliga förvaringsboxar i upphandlingen är ca 20,8 Mkr exkl. moms per år. Tänktt avtalstid är

enligt underlaget fem år från startdatum. Med hänsyn till prisutvecklingen under kontraktets löptid kan värdet av kontraktet antas uppgå till minst 110 Mkr. Av underlaget framgår även att Auto-Boks offert ska vara Driftspartner tillhanda senast den 15 oktober 2008 och att utvärderingen av inkomna offerter ska vara färdig den 20 oktober 2008. Vidare framgår att Jernhusen avser att teckna avtal med en samarbetspartner under september 2008. Den 15 oktober 2008 lämnade Auto-Boks ett anbud i upphandlingen. Den 6 november 2008 meddelade Jernhusen i ett brev till Auto-Boks att man valt att inte gå vidare med Auto-Boks anbud och att Jernhusen har för avsikt att träffa avtal med en annan part för kommande avtalsperiod. Av brevet framgår även att Jernhusen parallellt har utvärderat möjligheten att driva effektförvaringen i egen regi men att inkomna anbud har påvisat ett förmånligare alternativ att fortsätta med outsourcing.

Bolaget anför skäl för att Jernhusen ska anses vara en upphandlande enhet samt anför vidare bl.a. följande.

Enligt 1 kap. 2 § LOU är bestämmelserna i LOU tillämpliga på offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster samt av byggkoncessioner. Med offentlig upphandling avses enligt 2 kap. 13 § LOU de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster, eller byggtreprenader. Eftersom Jernhusen är att jämställa med en upphandlande myndighet har bestämmelserna i LOU varit tillämpliga på Jernhusens tjänste- och köpeupphandling. Föremålet för upphandlingen har innefattat två alternativa utföranden, tjänst eller köp. Även om Jernhusen eventuellt inte avsett att teckna kontrakt avseende både tjänst och köp har båda dessa delar varit en del av upphandlingen eftersom de utvärderats och jämförts mot varandra när Jernhusen fattat beslut om vilket av alternativen som ska väljas.

Köpekontraktet borde ha upprättats i enlighet med de i 4 kap. LOU angivna upphandlingsförfarandena. Enligt 4 kap. 1 § LOU är huvudregeln att öppet förfarande eller selektivt förfarande ska tillämpas. I vissa undantagsfall får dock förhandlat förfarande, med eller utan föregående annonsering, tillämpas. Förutsättningarna för undantag har inte varit uppfyllda i den nu aktuella upphandlingen.

Tjänstekontraktet borde ha upphandlats i enlighet med de i 15 kap. LOU angivna upphandlingsförfarandena. Enligt 15 kap. 3 § LOU ska en upphandling enligt detta kapitel göras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande. Direktupphandling får dock användas om kontraktets värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl. I den nu aktuella upphandlingen har kontraktets värde inte varit lågt och det har heller inte funnits synnerliga skäl för direktupphandling. Inte heller har det funnits förutsättningar för Jernhusen att använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5 § LOU eller att begära anbud utan föregående annonsering enligt 15 kap. 5 § LOU. Några lagliga skäl för Jernhusens förfarande har inte förelegat. Även för det fall tjänstedelen av kontraktet skulle vara att bedöma som en tjänstekoncession omfattas upphandlingen av LOU. Upphandlingens alternativa utföranden, köp och tjänst, ska ses som en helhet eftersom de båda alternativa utförandena har efterfrågats och utvärderats av Jernhusen. Något undantag från LOU får inte göras för upphandlingssituationer där endast en del av en upphandling omfattas av reglerna och en del faller utanför (EG-domstolens mål nr C-44/96). I denna situation ska således hela upphandlingen anses omfattas av LOU.

Upphandlingen har inte handlagts i enlighet med de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Jernhusen har behandlat leverantörerna olika och gett dem skilda möjligheter att lämna in anbud.

Till ansökan har bl.a. fogats anbudsfrågan rörande upphandlingen 1999, underlag för upphandling avseende effektförvaring daterat den 24 juni 2008, e-postmeddelande daterat den 28 augusti 2008, e-postmeddelande daterat den 29 augusti 2008, e-postmeddelande daterat den 1 september 2008, e-postmeddelande daterat den 11 september 2008, e-postmeddelanden daterade den 12 september 2008, underlag för upphandlingen avseende driftsförvaring med vissa ändringar daterat den 16 september 2008, ett brev daterat den 6 november 2008 från Jernhusen till Auto-Boks, NOU:s yttrande i länsrättens mål nr 2044-03, förteckning över svenska Central Government Authorities, Konkurrensverkets beslut avseende Akademiska Hus AB och LOU (dnr 247/2008) samt protokoll från extra bolagsstämma i Swed-carrier och Jernhusen med tillhörande handlingar.

**Jernhusen** bestrider bifall till ansökan om överprövning och yrkar att ansökan i dess helhet ska avvisas. Till stöd för sin talan anför Jernhusen huvudsakligen följande. Jernhusen har utfört två separata upphandlingar rörande förvaringsboxar; en syftande till köp av boxar och drift i egen regi, en syftande till outsourcing av hela funktionen. För de två upphandlingarna upprättades skilda förfrågningsunderlag som av Driftspartner gjordes tillgängliga för utvalda anbudsgivare för Jernhusens räkning. De olika förfrågningsunderlagen har varit tillgängliga för nedladdning via Driftspartners hemsida, varifrån anbudsgivarna kunnat logga in. Olika lösenord användes för tjänsteupphandlingen respektive köpeupphandlingen. Respektive förfrågningsunderlag hade olika inlämningsdatum för anbuden. Avseende tjänsteupphandlingen var sista dag för inlämnande av anbud den 15 augusti 2008, medan anbudsgivarna i köpeupphandlingen fick fram till den 30 augusti 2008 att lämna anbud. Auto-Boks har i sin ansökan korrekt angett att man medgavs tid till den 15 oktober 2008 för att lämna anbud avseende tjänsteupphandlingen.



Tjänsteupphandlingen resulterade i att Jernhusen valde att gå vidare med en av anbudsgivarna, vilket meddelades samtliga anbudsgivare per brev den 6 november 2008. Tjänsteupphandlingen avser en tjänstekoncession, varmed avses ett kontrakt enligt vilket ett företag åtar sig att ansvara för en verksamhet och där ersättning för detta utgår i form av rätten att ta betalt av allmänheten för att utnyttja tjänsterna som produceras i denna verksamhet eller en sådan rätt i kombination med betalningar från den upphandlande myndigheten (2 kap. 17 § LOU). Reglerna i LOU är inte tillämpliga på tjänstekoncessioner (1 kap. 2 § fjärde stycket LOU). I förevarande fall lämnas uppdrag åt en operatör att i egen regi och med egen utrustning bedriva boxverksamheten. Operatörens ersättning utgörs av en procentuell andel av de intäkter som boxarna inbringar i form av betalning från resenärer och allmänhet. Om ingen nyttjar boxarna utgår däremot ingen ersättning och ingen ersättning betalas från Jernhusen till operatören. Hela den kommersiella risken för verksamheten vilar således på operatören.

Av det ovan anförda följer att tjänsteupphandlingen i förevarande fall är en tjänstekoncession. Reglerna om överprövning av offentlig upphandling i LOU är inte tillämpliga på tjänstekoncessioner. Ansökan om överprövning ska därför avvisas.

Härvid ska även noteras att oavsett om tjänsteupphandlingen är att betrakta som en tjänstekoncession eller inte så har Auto-Boks inkommit med ett anbud som prövats och utvärderats på samma sätt som övriga anbud och som därvid befunnits vara väsentligen sämre, främst prismässigt, än det anbud som Jernhusen valde att gå vidare med. Auto-Boks har således inte lidit någon skada.

Parallellt med tjänsteupphandlingen genomfördes även en upphandling avseende köp av förvaringsboxar. Detta var en från tjänsteupphandlingen helt skild process med annat förfrågningsunderlag, annan anbudstid och

andra utvärderingskriterier. Efter att Jernhusen utvärderat inkomna anbud i köpeupphandlingen valde Jernhusen att dra tillbaka denna upphandling, vilket meddelades anbudsgivarna i oktober 2008.

Sammanfattningsvis är det helt klart att det rör sig om två skilda upphandlingsprocesser. Den ena, avseende köp, har resulterat i ett beslut att dra tillbaka upphandlingen. Den andra upphandlingen rör en tjänstekoncession som inte kan överprövas med stöd av LOU.

Oavsett vad länsrätten kommer fram till rörande frågan om tjänsteupphandlingen är en tjänstekoncession eller inte ska ansökan om överprövning avvisas på den grunden att Jernhusen inte är en upphandlande myndighet i den mening som avses i LOU. I 2 kap. 19 § LOU anges att med upphandlande myndighet avses statliga och kommunala myndigheter. Vidare stadgas att med myndighet ska jämföras bland annat offentligt styrda organ. Med detta ska enligt 2 kap. 12 § LOU förstås vara 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.

Det kan ifrågasättas om Jernhusen kan anses bedriva verksamhet som tillgodoser behov i det allmännas intresse. Den verksamhet som Jernhusen bedriver skulle lika väl kunna bedrivas av vilken privat aktör som helst och det förekommer flera andra, såväl offentlighetsrättsliga som privaträttsliga, aktörer som äger stationsfastigheter. Oavsett om Jernhusen skulle anses bedriva verksamhet som tillgodoser ett behov i det allmännas intresse så är detta behov av industriell och kommersiell karaktär. Jernhusen är därför inte ett offentligt styrt organ i LOU:s mening och därmed ingen upphandlande myndighet. En ytterligare omständighet som ska framhållas i detta sammanhang är att det i Bilaga III till Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena

vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster upptagits en förteckning, land för land, över offentlighetsliga organ. Jernhusen finns inte upptaget i nämnda förteckning och har således inte bedömts vara en upphandlande enhet.

Regeringen har framhållit att Jernhusen har en betydande transportpolitisk roll genom sin förvaltning av stationer och den strategiska betydelse som stationerna har för järnvägstrafik och övrig kollektivtrafik (prop. 2005/06:160 s. 214). Vidare framhåller regeringen att stationer bör erbjuda service av hög kvalitet, vara öppna för alla och vara trygga. Vid utformningen av stationer och service är det viktigt att ta hänsyn till behov och förutsättningar hos olika grupper av män och kvinnor, barn och gamla. Funktionshinderade behov ska särskilt beaktas och ägarna av stationerna har ett särskilt ansvar för handikappanpassningen. I Redogörelsen för bolagiseringen av affärsverket Statens järnvägar (trafikutskottets betänkande 2001/02:TU 14 s. 8) framhålls dessutom att, oavsett vem som i framtiden äger själva fastigheterna, så behöver trafikföretagen i stationsbyggnaderna bli tillförsäkrade fortsatt tillgång till nödvändiga utrymmen och områden, förutsägbar och rimlig avgifts- och kostnadsutveckling samt påverkbar och kontrollerbar servicenivå inom de definierade områdena. Av dessa uttalanden i propositionen och Trafikutskottets betänkande framgår att det inte alls förutsatts att stationsfastigheterna skulle kvarstå i statens indirekta ägande. Tvärtom öppnas det upp för andra aktörer. Det är en helt annan sak att staten även fortsättningsvis kommer att ställa krav på ägare av stationsfastigheter (servicenivå, handikappanpassning, etc.) men detta förhållande är inte särskilt anmärkningsvärt och är på intet sätt unikt för ägare av just stationsfastigheter.

Av EG-rättspraxis (mål C-18/01 Korhonen) följer att frånvaron av den industriella eller kommersiella karaktären bedöms genom att hänsyn tas till de omständigheter som var aktuella vid bildandet av den berörda organisa-

tionen och de villkor på vilka organisationen utövar verksamheten. Dessa villkor innefattar en granskning av i) om det saknas ett huvudsakligt vinstsyfte, ii) om organisationen inte står risken för den verksamhet som utövas, samt iii) om den aktuella verksamheten åtnjuter offentlig finansiering. Konkurrensutsättningen för verksamheten kan vara en annan indikator att ta med i bedömningen, liksom om organisationen verkar på normala marknadsmässiga villkor.

I det s.k. Agora-fallet (förenade målen C-223/99 och C-260/99) kom EG-domstolen fram till att det italienska bolaget Ente Autonomo Fiera di Milano inte var ett offentlighetsorgan trots att bolaget saknade vinstsyfte eftersom bolaget skulle drivas med produktivitets-, effektivitets- och lönsamhetskriterier som grund eftersom det saknades bestämmelser om ett system för kompensation för eventuell ekonomisk förlust och bolaget därmed själv bar den ekonomiska risken för sin verksamhet. Situationen jämfört med Jernhusen är snarlik utöver att Jernhusens verksamhet faktiskt har ett vinstsyfte.

Att grunduppdraget för Jernhusen alltsedan bolagets tillblivelse varit att förvalta fastigheter som ska användas för järnvägs- och transportändamål är förvisso riktigt (prop. 2008/09:35 s. 179). Utgångspunkten vid bolagets bildande var dock att skapa en enhet som på ett ändamålsenligt sätt skulle kunna effektivisera och förädla de kommersiella fastigheter som fanns i Affärsverket Statens Järnvägars bestånd. Det ska noteras att regeringen i nämnd proposition betonade att man även fortsatt anser att bolaget ska bedriva sin verksamhet på ett affärsmässigt sätt. Vidare skulle en ändring av Jernhusens bolagsordning syfta till att formellt klargöra vad som tidigare ansetts gälla – att bolagets fastighetsinnehav, inom ramen för en förvaltning på affärsmässig grund, ska användas för att främja effektiviteten i järnvägs- och transportsektorn. Av detta framgår att Jernhusen redan vid bildandet avsågs, och alltjämt avses, bedriva affärsmässig verksamhet och

att bolaget, genom sin verksamhet, tillgodoser ett behov som är kommersiellt.

Jernhusen ska enligt sin nuvarande bolagsordning ”äga, förvalta och utveckla fastigheter, tillhandahålla fastighetsrelaterade tjänster samt därmed förenlig verksamhet”. Verksamheten bedrivs uteslutande från kommersiell utgångspunkt med syfte att leverera avkastning till ägaren. De förändringar som till följd av prop. 2008/09:35 föreslås göras i bolagsordningen förändrar inte detta förhållande. För att ett aktiebolag ska kunna bedriva sin verksamhet i annat än vinstsyfte fordras vidare att detta uttryckligen anges i bolagsordningen (se t.ex. Rodhe, Aktiebolagsrätt, 20 u, 2002, s. 241).

Jernhusen tar den fulla ekonomiska risken för sin verksamhet och finansieras genom egen intjäning och extern marknadsmässig upplåning. Jernhusen uppbär inga statliga eller andra offentliga anslag för sin verksamhet.

Ombildningen av affärsverket Statens Järnvägar till aktiebolag syftade till att skapa enheter och verksamheter som, genom att verka under samma förutsättningar som övriga konkurrenter på marknaden, bättre skulle kunna tillgodose bl.a. kundernas krav på service och underlätta effektivisering och rationalisering (regeringens skrivelse 2001/02:141 s. 3). Bolagiseringen banade således väg för en mer konkurrensutsatt marknad, på vilken Jernhusen verkar. Det finns, som ovan framhållits, flera andra aktörer, bl.a. kommunala men även privata, som äger och driver stationsfastigheter. Åre station är ett exempel. Sedan bolagiseringen har Jernhusen utvecklats till en professionell förvaltare av fastigheter som driver sin verksamhet på kommersiella och marknadsmässiga grunder. Sammanfattningsvis anförs i denna del att Jernhusen alltsedan bolagets bildande bedrivit, och alltjämt bedriver, sin verksamhet uteslutande på kommersiella grunder med effektivitets- och avkastningskrav från ägaren. Bolagets verksamhet bedrivs i vinstsyfte. Någon skrivning av motsatt innehåll finns inte i bolagsordning-

en, vilket annars hade varit erforderligt. Jernhusen har inget stöd från och finansieras inte av staten utan bär själv hela den ekonomiska risken för verksamheten. Bolaget finansieras av externa långgivare på enbart kommersiella och marknadsmässiga villkor.

Med förfrågningsunderlag avses sådant underlag för anbud som en upphandlande myndighet tillhandahåller en leverantör, 2 kap. 8 § LOU. Enligt motiven till LOU är den väsentligaste uppgiften i förfrågningsunderlaget föremålet för upphandlingen, som ska anges preciserat och begripligt. Som nämnts ovan har Jernhusen genomfört två olika upphandlingsprocesser och därvid utarbetat två olika förfrågningsunderlag syftande till två helt disparata kontrakt, dels ett kontrakt avseende köp av boxar vilket medfört drift i egen regi, dels ett tjänstekontrakt avseende outsourcing av en hel funktion. Vart och ett av förfrågningsunderlagen utgör självständigt ett fullständigt underlag för respektive upphandling. Ingen information i det ena underlaget utgör förutsättning för anbuden som infordrades enligt det andra underlaget. När Jernhusen utvärderade anbuden avseende köpeupphandlingen och fattade beslut om att dra tillbaka denna upphandling meddelades berörda anbudsgivare. Anbudsgivarna avseende tjänsteupphandlingen meddelades per brev den 6 november 2008 om att Jernhusen valt att gå vidare med viss leverantör.

Till bestridandet har bl.a. fogats förfrågningsunderlaget avseende köpeupphandlingen.

Ytterligare skriftväxling har förevarit i målet.

## SKÄL FÖR BESLUTET

### *Tillämpliga bestämmelser*

Då förfarandet inleddes efter den 1 januari 2008 ska LOU i dess lydelse från den 1 januari 2008 tillämpas.

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 1 § LOU framgår bl.a. att en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår bl.a. att om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Av 1 kap. 2 § LOU första och fjärde styckena framgår följande. Denna lag gäller för offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster samt av byggkoncessioner. Lagen gäller även när upphandlande myndigheter anordnar projekttävlingar. Vad som avses med offentlig upphandling och upphandlande myndighet anges i 2 kap. 13 § respektive 19 §. I fråga om tjänstekoncessioner gäller endast 1 kap. 12 §.

Av 2 kap. 19 § LOU framgår följande. Med upphandlande myndighet avses statliga och kommunala myndigheter.

Vid tillämpning av denna lag skall med myndighet jämföras

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

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

1. som till största delen är finansierade av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet,

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

I 2 kap. 17 § LOU stadgas att med tjänstekoncession avses ett kontrakt av samma slag som ett tjänstekontrakt men som innebär att ersättningen för tjänsterna helt eller delvis utgörs av rätt att utnyttja tjänsten.

#### *Länsrättens bedömning*

Den första frågan i målet är om Jernhusen är en upphandlande myndighet eller inte. Av utredningen i målet framgår följande.

Jernhusen är ett helägt dotterbolag till holdingbolaget Swedcarrier som i sin tur är helägt av den svenska staten. Jernhusen har tagit över den verksamhet som tidigare bedrevs av SJ Fastigheter.

En fusionsplan har den 10 november 2008 upprättats varigenom Jernhusen ska överta Swedcarriers samtliga tillgångar och skulder samt rättigheter och skyldigheter. Det anges i fusionsplanen att "målsättningen från ägaren (staten) är att tydliggöra Jernhusens roll som kan försvåras om Swedcarrier finns kvar som ett holdingbolag för Jernhusen".

Jernhusens huvudsakliga uppgift är att äga och förvalta ett stort antal järnvägsanknutna fastigheter, såsom stationer och verkstäder. Av Jernhusens bolagsordning 2 § (verksamhet) framgår följande: "Bolaget skall, inom ramen för kravet på affärsmässighet, vara ett ledande företag i utvecklingen av den svenska transportsektorn med anknytning till järnväg i syfte att främja och stödja kollektivt resande och godstransporter på järnväg. Bolaget skall direkt eller indirekt genom dotter- och intressebolag utveckla, förvalta och äga fastigheter, tillhandahålla fastighetsrelaterade tjänster och



andra tjänster med anknytning till kollektivt resande och godstransporter på järnväg samt därmed förenlig verksamhet”.

Regeringen har i proposition 2005/06:160 (”Moderna transporter”) uttalat bl.a. följande om Jernhusens verksamhet: ”En huvuduppgift för det statliga Jernhusen AB är att äga och förvalta statens stationsbyggnader. Jernhusen har i kraft av det stora antalet stationer man förvaltar och den strategiska betydelse som stationerna har för järnvägstrafiken specifikt och kollektivtrafiken generellt, en betydande transportpolitisk roll. Den del av Jernhusens verksamhet som omfattar stationernas allmänna utrymmen skall täcka sina kostnader utan att generera vinst. Jernhusen tar ut avgifter från bl.a. operatörer och trafikhuvudmän för användningen av de allmänna utrymmena ” (a.a. s. 216).

Regeringen har vidare i proposition 2008/09:35 (”Framtidens resor och transporter - infrastruktur för hållbar tillväxt”) förtydligat Jernhusens uppdrag och anfört bl.a. följande. ”Regeringen vill förbättra förutsättningarna för Jernhusen AB att agera långsiktigt och i bättre samklang med Banverket och de lokala och regionala kommunala organ som är verksamma med att driva och utveckla järnvägens stationer och därmed även kollektivtrafikens viktigare bytespunkter. Jernhusen AB:s uppdrag ska i detta syfte förtydligas genom en ändring av bolagsordningen. En viktig utgångspunkt för regeringen i denna del är att grunduppdraget för Jernhusen AB alltsedan bolagets tillblivelse varit att förvalta fastigheter som ska användas för järnvägs- och transportändamål. Denna grundförutsättning har redan sedan tidigare ansetts ställa särskilda krav på bolaget, som t.ex. att bolagets verksamhet inte enbart syftar till att nå ekonomiska mål utan även syftar till ökad effektivitet i järnvägs- och kollektivtrafiksystemen. Det bör betonas att regeringen även fortsatt anser att bolaget ska bedriva sin verksamhet på ett affärsmässigt sätt. Ändringen av Jernhusen AB:s bolagsordning syftar endast till att formellt klargöra vad som tidigare ansetts gälla – att bolagets

fastighetsinnehav, inom ramen för en förvaltning på affärsmässig grund, ska användas för att främja effektiviteten i järnvägs- och transportsektorn” (a.a. s. 179).

Med upphandlande myndighet avses statliga och kommunala myndigheter. Med myndighet ska jämföras bland annat offentligt styrda organ. Enligt 2 kap. 12 § LOU avses med offentligt styrda organ bl.a. sådana bolag 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.

Länsrätten vill påpeka att den omständigheten att Jernhusen inte finns upptaget i den förteckning som upprättats enligt Bilaga III till Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG inte i sig har betydelse vid bedömningen av om bolaget är en upphandlande myndighet då det uttryckligen anges i direktivet att denna förteckning inte är uttömmande.

Begreppet upphandlande enhet har av EG domstolen getts stor räckvidd. Av domstolens praxis följer att bestämmelserna ska tillämpas fullt ut på företagets hela verksamhet även om endast en mindre del av företagets verksamhet omfattas av bestämmelserna i upphandlingsdirektiven, och större delen av verksamheten är ren affärsverksamhet av kommersiell eller industriell karaktär (se mål C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria AG m.fl. mot Strohal Rotationsdruck GsmBH).

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har bedömt att följande bolag som inte följer LOU:s regler är att anse som upphandlande myndigheter och därvid skyldiga att tillämpa LOU: Akademiska Hus AB, Posten AB (se även länsrättens dom i mål nr 8991-04E), SJ AB, Sveaskog AB, AB Svenska Spel, SP Sveriges Provnings- och Forskningsinstitut AB och Systembolaget AB. Enligt Riksrevisionen är det sannolikt betydligt fler än dessa bolag som inte delar NOU:s bedömning att de ska följa upphandlingsreglerna (se Riksrevisionens styrelses framställning angående statliga bolag och offentlig upphandling, 2006/07:RRS6).

Akademiska Hus bedriver liksom Jernhusen verksamhet bl.a. genom att äga och förvalta fast egendom. Båda NOU och Konkurrensverket har ansett att Akademiska Hus är att anse som en upphandlande myndighet.

Konkurrensverket har i beslut den 17 december 2008 vid granskning av Akademiska Hus (Dnr 247/2008) anfört bl.a. följande. ”Det faktum att Akademiska Hus tillhandahåller och förvaltar specialanpassade ändamålsfastigheter samt att dess verksamhet är nära sammankopplad med riksdagens utbildningsmål medför att bolaget tillgodoser ett allmännyttigt behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Enligt Konkurrensverkets uppfattning är därför Akademiska Hus en upphandlande myndighet i LOU:s mening.”

Länsrätten finner mot bakgrund av den verksamhet Jernhusen bedriver och den betydande transportpolitiska roll bolaget har att Jernhusen, i likhet med Akademiska Hus, får anses tillgodose ett allmännyttigt behov. Det framgår vidare av regeringens uttalande i prop. 2008/03:35 att Jernhusens verksamhet inte enbart syftar till att nå ekonomiska mål och det får därför anses att i vart fall en del av Jernhusens verksamhet inte är av industriell eller kommersiell karaktär.

Länsrätten konstaterar att ledamöterna i Jernhusens styrelse är utsedda av staten, i vart fall indirekt (jfr kammarrättens dom i mål nr 2588-04 s. 9 där domstolen förklarade att Sveriges Television, där en del av styrelsen utsågs indirekt av staten, är en upphandlande enhet som har att tillämpa LOU).

Länsrätten finner mot bakgrund av det nu anförda att Jernhusen är ett sådant offentligt styrt organ som jämförs med en upphandlande myndighet. Jernhusen är därmed skyldig att tillämpa LOU.

Den andra frågan för länsrätten att pröva är om upphandlingen rör en tjänstekoncession och därmed inte omfattats av reglerna i LOU.

I målet är ostridigt att Jernhusen, genom Driftpartners, har utfört upphandling genom två separata förfaranden med ett underlag för effektförvaring (tjänsteupphandlingen) och ett underlag för köp av förvaringsboxar (köpeupphandlingen). Skilda förfrågningsunderlag har upprättats som gjorts tillgängliga för utvalda anbudsgivare för Jernhusens räkning. De olika förfrågningsunderlagen har varit tillgängliga för nedladdning via Driftpartners hemsida med olika login-lösenord. Avseende tjänsteupphandlingen var sista dag för inlämnande av anbud den 15 augusti 2008. Sista dag för anbudsgivarna i köpeupphandlingen var den 30 augusti 2008.

Auto-Boks bjöds in att lämna offert till tjänsteupphandlingen först senare i förfarandet och medgavs tid till den 15 oktober 2008 för att lämna anbud. Auto-Boks blev inte inbjudet till köpeupphandlingen. Tjänsteupphandlingen resulterade i att Jernhusen valde att gå vidare med en av anbudsgivarna, vilket meddelades samtliga anbudsgivare per brev den 6 november 2008. Jernhusen valde att inte gå vidare med köpeupphandlingen.

Av det uppdaterade förfrågningsunderlaget för tjänsteupphandlingen daterat den 16 september 2008, som Auto-Boks tog del av, framgår bl.a. följande om leverantörens åtaganden.

”Leverantören skall ombesörja erforderlig skyltning på boxarna. Leverantören skall svara för inköp och installation/montage av erforderlig betalningsutrustning. Leverantören skall svara för underhåll och reparation av installerad utrustning inklusive skyltar oavsett om det är på grund av förslitning eller åverkan. Leverantören skall svara för handläggning av kundkontakter. Handläggningen skall ske på ett för resenären tillfredsställande sätt gällande god tillgänglighet, tekniskt kunnig personal och trevligt bemötande. Leverantören skall svara för bortforsling av trasiga boxar. När avtalet upphör svarar leverantören för nedmontering och bortforsling av uppställd utrustning. Leverantören svarar för tömning och redovisning av intäkter. Leverantören träffar erforderliga avtal med t ex kontokortsföretag. Leverantören ansvarar för städning inuti samt ovanpå förvaringsboxarna”.

Följande anges om Jernhusens åtaganden.

”Jernhusen skall tillhandahålla att området runt förvaringsboxarna är rena och snygga. Jernhusen skall framdraga och bekosta elektrisk ström till förvaringsboxar samt svara för erforderlig allmänbelysning vid förvaringsboxarna. Jernhusen skall svara för renhållning, snöröjning och halkbekämpning (gäller för de orter där boxarna placeras utomhus). Jernhusen upplåter yta för manuell förvaring utan avgift samt bekostar eventuell ombyggnation”.

Jernhusen har alltså utfört två separata förfaranden avseende köp av boxar och drift i egen regi och avseende outsourcing av hela funktionen. Auto-Boks har anfört att detta är att se som ett upphandlingsförfarande där två olika alternativ utvärderats mot varandra.

Enligt länsrättens mening har det inte rör sig om ett upphandlingsförfaranden med alternativa utförfaranden enligt 6 kap. 9 och 10 §§ LOU. Länsrätten finner, mot bakgrund av att det upprättats skilda förfrågningsunderlag med olika anbudsdatum, att köpedelen och tjänstedelen är att se som två separata upphandlingsförfaranden. Då upphandlingen avseende köp avbrutits av Jernhusen är det endast tjänsteupphandlingen som är föremål för prövning i det nu aktuella målet.

Frågan är alltså om denna tjänsteupphandling avsett en tjänstekoncession som faller utanför LOU:s tillämpningsområde.

Tjänstekoncessioner undantas från LOU:s tillämpningsområde (se 1 kap. 2 § LOU samt EG-domstolens dom i mål C-324/98 Telaustria). En upphandlande enhet som väljer att tilldela en tjänstekoncession ska dock följa de grundläggande principerna i EG-fördraget avseende icke-diskriminering, likabehandling, transparens, ömsesidigt erkännande och proportionalitet (se EG-domstolens dom i mål C-324/98 Telaustria p. 60 – 63).

Av Kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten (EGT nr C121, 29/04/2000 s 0002-0013) framgår bl.a. följande. Tjänstekoncessioner gäller normalt sett verksamhet som, på grund av sin karaktär, sitt ändamål och de regler verksamheten omfattas av, kan falla inom det allmännas ansvarsområde och som kan vara föremål för särskilda eller exklusiva rättigheter. Nyttjanderättskriteriet är avgörande när det gäller att fastställa om ett avtal är en tjänstekoncession eller inte. Enligt detta kriterium rör det sig om en koncession, om tjänsteleverantören tar riskerna i samband med den tillhandahållna tjänsten (etablering och nyttjande) och tar ut ersättning av användare, t.ex. via avgifter i vilken form det än vara må. Sättet på vilket tjänsteleverantören får ersättning är en faktor som gör det möjligt att fastställa vem som tar på sig risken i samband med nyttjan-

det. Tjänstekoncession kännetecknas av att ansvaret för nyttjandet överförs på koncessionsinnehavaren.

Kammarrätten i Sundsvall fann i ett mål som gällde upphandling avseende sotningstjänst att det varit frågan om tjänstekoncession då ersättningen för tjänsterna betalades av tredje man och tjänsteleverantören tog verksamhetsrisken i samband med tjänsten. Tjänsten omfattades därmed inte av bestämmelserna i LOU (se kammarrättens beslut den 25 juni 2007 i mål nr 721-07 s. 2-3, ej prövningstillstånd i Regeringsrätten).

Kammarrätten i Stockholm kom till en liknande slutsats i ett mål som gällde parkeringsövervakning där ersättning för de utförda tjänsterna endast bestod av rätten att tillgodogöra sig parkerings – och kontrollavgifterna (se kammarrättens beslut den 4 juli 2005 i mål nr 4374-05, ej prövningstillstånd i Regeringsrätten).

Generaladvokat Kokott har i förslag till avgörande i mål C-458/03 Parking Brixen GmbH, ansett att ”..det inte är ett offentligt tjänsteavtal i den mening som avses i direktiv 92/50, utan en tjänstekoncession som inte omfattas av detta direktiv, när en upphandlande myndighet överför driften av en offentlig parkeringsplats till ett företag, företaget erhåller rätt att ta ut en avgift av dem som använder parkeringsplatsen och företaget i gengäld åtar sig att betala den upphandlande myndigheten en årlig ersättning.”

Länsrätten konstaterar att den i målet aktuella avtalskonstruktionen innebär att leverantören bl.a. åtar sig att svara för inköp och installation/montage av erforderlig betalningsutrustning och svara för underhåll och reparation av installerad utrustning. Jernhusen betalar inte någon ersättning till leverantören utan ersättningen består endast av en procentuell andel av de intäkter boxarna inbringar i form av betalning från allmänheten för användandet av boxarna. Om ingen nyttjar boxarna utgår ingen ersättning och

ingen ersättning betalas från Jernhusen till operatören. Det är således leverantören som står den ekonomiska och kommersiella risken.

Länsrätten finner, mot bakgrund av att ersättningen för tjänsterna betalas av tredje man och tjänsteleverantören står den ekonomiska risken i samband med den tillhandahållna tjänsten, att den i målet aktuella avtalskonstruktionen är en tjänstekoncession. Den omfattas således inte av bestämmelserna i LOU. Överprövning enligt LOU kan följaktligen inte ske. AutoBoks ansökan om överprövning enligt LOU ska därför avvisas.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (Dv 3109/1a).



Annika Sandström

chefsrådman

Föredragande har varit länsrättsnotarie Johanna Rutberg.





## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Stockholm.

**Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.**

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

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

För att ett överklagande skall kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla**

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.