



KONKURRENSVERKET	
2015 -02- 2 7	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KLAGANDE

Österlens Kraft AB, 556406-3054

Ombud: Advokaterna Per-Ola Bergqvist och Christoffer Löfquist
Foyen Advokatfirma AB
Box 7229
103 89 Stockholm

MOTPART

Simrishamns kommun

Ombud: Advokaterna Per-Anders Bengtsson och Catharina Piper
Advokatfirman Lindahl KB
Studentgatan 6
211 38 Malmö

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Malmös dom den 18 juni 2014 i mål nr 4146-14, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och avvisar Österlens Kraft AB:s ansökan om överprövning.

Det interimistiska beslutet den 3 juli 2014 ska därmed upphöra att gälla.

YRKANDEN M.M.

Österlens Kraft AB yrkar att avtalet avseende drift och underhåll av svartfiber, fiberkabel och passiv utrustning (benämnt anslutningsavtalet) mellan kommunen och IP-Only fibernät AB ska förklaras ogiltigt.

KONKURRENSVERKET

Dok.Id 298317 UPPHANDLINGSAVD FÖR KAUNED OM

Postadress Box 1531 401 50 Göteborg	Besöksadress Stora Nygatan 21	Telefon 031-732 74 00 E-post: kammarratten.goteborg@dom.se www.kammarratten.goteborg.se	Telefax 031-732 76 00	Expeditionstid måndag – fredag 08:00-16:00
--	---	--	---------------------------------	---

Österlens Kraft AB anför följande. Anslutningsavtalet borde ha föregåtts av en upphandling i enlighet med lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU, eftersom avtalet inte omfattas av något av de åberopade undantagen. Anslutningsavtalet är ett självständigt avtal och omfattas inte av teleundantaget. Det utgör inte heller en tjänstekoncession.

Det framgår av EU-domstolens praxis att alla undantag ska tolkas restriktivt och att det är den som åberopar ett undantag som ska visa att förutsättningarna för undantaget föreligger.

Konkurrensverket har den 12 juni 2014 i ett yttrande (dnr 348/2014) till Förvaltningsrätten i Härnösand (mål nr 425-14) anfört att när en upphandlande myndighet av en extern leverantör hyr kapacitet i ett telenät för myndighetens interna behov är det inte fråga om tillhandahållande eller drift av ett publikt telenät i den mening som avses i 1 kap. 4 § LOU. Det saknar för denna fråga betydelse om ett sådant telenät rent praktiskt är sammankopplat med eller utgör en del av ett publikt telenät. Omständigheterna i dessa båda mål är nästan identiska. Konkurrensverket skulle ha kommit till samma slutsats i fråga om avtalen mellan kommunen och IP-Only.

I punkten 5.1 i Post- och Telestyrelsens vägledning "Vilka tjänster och nät omfattas av LEK?" (PTS-ER-2009:12) specificeras förutom begreppet tillhandahåller, vad det innebär och vilken aktör som ska anses vara den som har rådighet över signalerna. Det framgår där att det är rimligt att den aktör som tar ansvaret gentemot en slutanvändare och är den som ingår avtal med slutanvändaren som har de regulatoriska rättigheter och skyldigheter som följer av ett tillhandahållande. Det är skillnad mellan de aktörer som genom avtal ser till att de har rådighet eller förfogar över någon av del av kommunikationstjänsten och de

aktörer som helt enkelt förlitar sig på att sådan kommunikationstjänst finns och fungerar utan att de själva kan påverka den. Det senare faller helt utanför det regulatoriska tillämpningsområdet genom det faktum att de inte tillhandahåller överföring av signaler, oavsett hur slutanvändaren upplever tjänsten. Kommunen kan inte anses ha rådighet över signalen i något avseende.

Konkurrensverket anförde vidare i nämnda yttrande (dnr 348/2014) att bedömningen av om avtal utgör en odelbar enhet ska grunda sig på sakliga omständigheter. Även om ett villkor bedöms nödvändigt för en affärs avslutande, utgör det inte skäl för bedömningen att avtal utgör en odelbar enhet om villkoret hade kunnat ställas inom ramen för ett förhandlat förfarande. Det avgörande testet är huruvida affärens olika beståndsdelar i objektiv mening bildar en odelbar enhet, och om så är fallet, om den upphandlingspliktiga eller icke-upphandlingspliktiga delen utgör affärens huvudsakliga ändamål eller dominerande beståndsdel.

Det är uppenbart att anslutningsavtalet inte kräver att kommunen ingår även övriga avtal för att anslutningsavtalet ska kunna fullgöras och vice versa, vilket tydliggörs av att Kristinehamnns kommun i motsvarande situation upphandlade kommunens anslutning separat. Avtalen har också betydande skillnader i fråga om avtalstider, villkor för uppsägning samt möjligheter till och villkor för förlängning. Att telenätets utbyggnad inte är avhängig kommunens anslutning framgår tydligt av den information om telenätets utbyggnad som lämnats på kommunens hemsida under sommaren och hösten 2014.

Anslutningsavtalet avser tjänster åt och ersättning från kommunen och enbart kommunen. Samverkansavtalets krav om en anslutningsgrad om 30 procent är så högt ställt att IP-Only inte tar någon ekonomisk risk. Genom samma avtal har IP-Only därutöver fått ett flertal fördelar som minskar risken betydligt. Kommunens försäljning av befintligt fibernät

skedde till ett pris klart under marknadsvärdet. Det befintliga telenätet har överlåtits för ett pris väsentligt under marknadspris. Någon värdering av köpeskillingen är inte gjord, men köpeskillingen per meter blir 11 kr 90 öre. Kostnaden för kanalisation på landsbygd är, enligt ramhandlingen ”Sambyggnad och samförläggning – Kostnads katalog 2014-04-01–2015-03-31” av Svensk Energi och Skanova, 105 kr 99 öre vid samförläggning och 207 kr 48 öre vid grävning för fibernät. I tätorter är kostnaden betydligt högre.

IP-Only blir informerade om kommunen ska gräva för VA och erbjuder samförläggning, vilket leder till avsevärt mycket lägre kostnader. IP-Only får också snabbare och enklare handläggning av tillståndsfrågor samt lägre kostnader för återställande. Inte någon annan leverantör har erbjudits liknande förmåner. Risker för IP-Only att tillhandahålla fibernät är nästan obefintliga. Genom anslutningsavtalet får IP-Only därutöver en anslutningsavgift och en löpande drift- och underhållsavgift för varje förbindelse från kommunen.

16 kap. 13 § 1 LOU saknar krav på att den leverantör som ansöker om överprövning ska ha lidit eller kan komma att lida skada på grund av överträdelsen. Det är dock klart att Österlens Kraft AB kan leverera den tjänst som kommunen är i behov av.

Simrishamns kommun anser att överklagandet ska avslås och anför följande.

Det finns en rad skillnader mellan omständigheterna i detta mål och Förvaltningsrätten i Härnösands mål nr 425-14, varför målen inte är jämförbara. I det målet sålde kommunen sitt befintliga fibernät till leverantören för en krona för att sedan hyra fiberförbindelse under femton års tid. Simrishamns kommuns avtal saknar motsvarighet och utgör en tjänstekoncession.

Konkurrensverkets ställningstagande i Förvaltningsrätten i Härnösands mål bygger på en felbedömning av rekvisitet tillhandahålla i 1 kap. 4 § LOU. Enligt direktiv 2002/21/EG definieras tillhandahållande av ett elektroniskt kommunikationsnät som etablering, drift, kontroll eller tillgängliggörande av ett sådant nät. Inte någon av dessa omständigheter utgör, eller förutsätter, ägande av nätet, utan det väsentliga är i stället en viss rådighet eller inflytande över nätet. Enligt Post- och Telestyrelsens vägledning "Vilka tjänster omfattas av LEK?" (PTS-ER-2009:12, s. 17 ff.) framgår att rådighet över signalen, genom innehav eller avtal, och därmed inflytande över faktorer som t.ex. överföring och kvalitet är centralt för att en leverantör ska anses tillhandahålla en ekonomisk kommunikationstjänst. Det visar att tillhandahållande inte kräver ägande, utan endast ett visst bestämmande inflytande över exempelvis utbyggnadstakt, geografisk täckning, design, kapacitet etc. Ett sådant inflytande är ofta kopplat till ägande, men kan även uppkomma på avtalsrättslig väg. Ett sådant inflytande har kommunen säkerställt genom exempelvis samarbetsavtalet. Det är även i linje med den upphandlingsrättsliga definitionen av t.ex. byggtreprenadkontrakt, vilket inte förutsätter att den upphandlande myndigheten blir ägare av anläggningen i fråga. Huruvida kommunen har rådighet över den signal som erbjuds via tjänsteleverantörer saknar betydelse för telekomundantagets tillämplighet.

Avtalspaketet utgör en tjänstekoncession. Att bygga ut och driva ett stadsnät kräver en väsentlig investering och är förknippat med ett flertal olika ekonomiska risker, som att oförutsedda händelser gör utbyggnaden dyrare än beräknat, att antalet kunder som väljer att ansluta sig är lågt, att det förekommer konkurrerande fibernät eller andra sätt för data-kommunikation, att kunderna inte kan eller vill betala för de tjänster som levererats eller att det uppstår skador på annans egendom vid utbyggnad eller underhåll. Det är IP-Only som står alla risker. Kommunen står inte

någon risk i detta avseende. All ersättning kommer från användarna. Kommunens åtagande i Anslutningsavtalet ger ett lite säkrare kundunderlag och minskar i viss mån risktagandet. Den ersättning som lämnas av kommunen avser dock endast levererade tjänster och utgör inte till någon del bidrag till de investeringar IP-Only måste göra. Kommunen står därmed inte någon relevant verksamhetsrisk.

Vid försäljning av kanalisation får kommunen enligt Region Skånes bestämmelser den 17 juni 2012 endast ta ut skäligt pris, d.v.s. faktisk kostnad minus erhållna bidrag. Med hänsyn till lokaliseringen av den befintliga tomkanalisationen erbjöds leverantören den till ett pris motsvarande anläggningspris minus kanalisationsstöd. Kanalisationen var främst belägen på landsbygden. Försäljningen avsåg tomkanalisation och inte fibernät.

Kommunen bestrider att det i dag skulle finnas ett relativt väl utbyggt fibernät. Antalet hushåll och företag som skulle kunna få en fiberkoppling är inte fler än tio procent. Enbart i Skillinge skulle krävas en utbyggnad av lokal accessfiber om ungefär 10 000 m. För att förse hela Simrishamns kommun krävs 20–30 gånger så mycket. Syftet med avtalspaketet är att tillhandahålla ett heltäckande publikt fibernät i hela Simrishamns kommun.

De fyra avtalen är beroende av varandra och utgör en odelbar enhet. Mot bakgrund av de ekonomiska, tekniska, geografiska och demografiska förutsättningarna var det nödvändigt att ingå samtliga transaktioner med en och samma leverantör. Den leverantören måste ha den finansiella styrkan, kapaciteten och erfarenheten av att anlägga och driva omfattande heltäckande öppna stadsnät baserade på svartfiber samt förmåga att hålla ihop affären och ta hela den ekonomiska verksamhetsrisken.

De fördelar som IP-Only erhållit genom mark- och samordningsavtalet kommer även andra aktörer att kunna få, förutsatt att dessa är villiga att skriva på ett nytt markavtal.

Österlens Kraft AB kan inte erbjuda den efterfrågade tjänsten och lider därför inte någon skada.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Bakgrund

Simrishamns kommun har samma dag ingått fyra avtal med IP-Only Fibernät AB om elektronisk kommunikation: samverkansavtalet, markavtalet, överlåtelseavtalet och anslutningsavtalet.

1. Enligt samverkansavtalet åtar sig parterna att på olika sätt samverka för en utbyggnad av ett öppet stadsnät för bredband i Simrishamns kommun. Ingen av parterna har rätt till ekonomisk ersättning från den andra parten för fullgörandet. IP-Only är skyldiga att ansluta villaområden med 30 % penetration, men är inte skyldiga att bygga ut nät där sådant redan finns.
2. Markavtalet innebär att kommunen ska upplåta mark för ledningsändamål och parterna tillvarata möjligheterna att samplanera gatu- och ledningsarbeten.
3. Genom överlåtelseavtalet överlåter kommunens telekanalisation och samtliga därtill hänförliga tillgångar och tillbehör för en köpeskilling om 800 000 kr.
4. Anslutningsavtalet innebär att kommunen förbinder sig att ansluta vissa bestämda kommunala verksamheter till stadsnätet. Avtalet reglerar drift och underhåll av svartfiber (kanalisation), fiberkabel

och passiv utrustning till adresser som kommunen valt att nu ansluta. Avtalet reglerar däremot inte drift av aktiv utrustning för datakommunikation vilket även fortsättningsvis sköts av kommunen eller, om så önskas, handlas upp av IP-Only eller annan tredje part via separat avtal. Kommunen betalar en anslutningsavgift samt en löpande månatlig avgift för drift och underhåll per anslutning.

Österlens Kraft AB har ansökt om överprövning av anslutningsavtalets giltighet eftersom avtalet ingicks utan föregående annonsering. Förvaltningsrätten avslog Österlens Kraft AB:s ansökan.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster har ersatts av direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling och upphävande av direktiv 2004/18/EG. Det har också beslutats om ett nytt direktiv om tilldelning av bygg- och tjänstekoncessioner 2014/23/EU. Dessa har dock ännu inte implementerats i svensk lagstiftning.

Frågorna i målet

Kommunen har anfört att avtalen utgör en odelbar enhet som är undantagna annonseringsskyldigheten på två grunder, dels att avtalen omfattas av teleundantaget, dels att avtalen utgör en tjänstekoncession.

Vad som gäller avseende tjänstekoncessioner regleras i 1 kap. 2 § sista stycket LOU. I 1 kap. 4 § samma lag anges när teletjänster är undantagna från lagens tillämpning. Förvaltningsrätten har valt att först pröva om teleundantaget är tillämpligt. Kammarrätten följer därför samma ordning.

Den frågan som då först ska besvaras är om kontraktet huvudsakligen syftar till att ge upphandlande myndighet möjlighet att tillhandahålla ett publikt telenät (teleundantaget).

Den följande frågan är om avtalet/avtalen utgör en tjänstekoncession eller ett tjänstekontrakt.

Eftersom anslutningsavtalet, utan beaktande av övriga avtal, inte faller in under något av undantagen måste kammarrätten först ta ställning till om avtalet är ett självständigt avtal eller om de fyra avtalen utgör en odelbar enhet.

Odelbar enhet

Simrishamns kommun och IP-Only har ingått fyra avtal som kommunen anser vara helt avhängiga av varandra för att stadsnätet ska byggas ut i den omfattning och inom den tid som krävs för att uppnå såväl regeringens som kommunens mål om bredbandstillgänglighet. Österlens Kraft AB anser att anslutningsavtalet inte är nödvändigt för fullgörandet av övriga avtal, utan utgör ett självständigt avtal.

EU-domstolen anför i mål nr C-145/08 och C-149/08 Club Hotel Loutraki följande. I fall där det är fråga om ett blandat kontrakt, vars olika delar är sammanbundna så att de inte kan separeras och sålunda bildar en odelbar enhet ska transaktionen prövas i sin helhet vid den rättsliga kvalificeringen och bedömas på grundval av de bestämmelser som styr den del som utgör kontraktets huvudsakliga föremål eller dominerande beståndsdel. Det gäller oavsett om den del som utgör kontraktets huvudsakliga föremål omfattas av tillämpningsområdena för direktiven om offentlig upphandling eller inte.

Parternas avsikt att behandla de olika delarna av ett blandat avtal som en helhet eller inte är inte tillräckligt, utan bedömningen ska göras utifrån sakliga omständigheter (C-215/09 Mehiläinen).

Konkurrensverket har i yttrande med dnr 348/2014 anfört att EU-domstolens praxis om blandade avtal bör kunna ge ledning vid bedömningen även om en affär genomförs i flera olika avtal. I samma yttrande anförs att allmänna påståenden om att ett visst affärs- eller avtalsupplägg är fördelaktigt eller skapar goda förutsättningar för leverantören att utföra den aktuella verksamheten inte utgör tillräckliga skäl för att dra slutsatsen att upphandlingspliktiga delar av en affär inte kan avskiljas från delar som inte är upphandlingspliktiga. Kammarrätten delar Konkurrensverkets bedömning.

För att anslutningsavtalet ska kunna fullgöras måste det finnas ett nät att ansluta till, vilket inte finns i dag. Det innebär att telenätet måste byggas ut.

Samtidigt har kommunen som målsättning att i en väsentlig grad öka tillgången till bredbandsuppkoppling för hushåll och företag i hela kommunen, vilket huvudsakligen regleras i samverkansavtalet.

Det framgår inte klart av underlaget hur väl utbyggda nät som finns och hur dessa är fördelade i kommunen. Enligt kommunens uppgifter har dock inte fler än tio procent av hushållen och företagen möjligen att få en fiberuppkoppling i dag. Enbart i Skillinge skulle krävas en utbyggnad av lokal accessfiber om ungefär 10 000 m. För att tillgodose hela Simrishamns kommun krävs 20–30 gånger så mycket. Den kanalisation som IP-Only övertagit från kommunen genom överlåtelseavtalet är enligt en bifogad karta tämligen begränsad och utspridd. Uppgifterna tyder på att den utbyggnad som krävs för att nå majoriteten av invånarna är relativt omfattande.

Det framgår inte av underlaget var de verksamheter som kommunen avser att ansluta är belägna. Inte heller framgår övriga potentiella kunders antal och geografiska fördelning. Med ett så omfattande behov av

utbyggnad som nu är i fråga kan kommunens anslutning till nätet sannolikt utgöra en pådrivande faktor som påtagligt påverkar såväl takten som utbredningen av utbyggnaden av nätet. Med ett stort utbyggnadsbehov är det också rimligt att kommunen inte ska behöva bekosta ett separat nät enbart för sina egna behov.

De olika avtalen reglerar separata delar av uppgörelsen och har betydelse i olika situationer och vid olika tidpunkter. Det har därför inte någon självständig betydelse att exempelvis avtalstidens längd skiljer sig åt mellan avtalen. I anslutningsavtalet finns hänvisningar till såväl överlåtelseavtalet som samverkansavtalet.

Enligt kammarrättens bedömning har de olika avtalen en sådan inbördes relation att de bör betraktas som en odelbar enhet.

Teleundantaget

Enligt 1 kap. 4 § LOU gäller LOU inte för kontrakt som huvudsakligen syftar till att ge en upphandlande myndighet möjlighet att tillhandahålla eller driva publika telenät eller att för allmänheten tillhandahålla teletjänster.

Undantagsbestämmelser ska tolkas restriktivt och det är den som åberopar undantaget (den upphandlande myndigheten) som ska visa att undantagsbestämmelsen är tillämplig genom att de omständigheter som åberopas till stöd för undantaget föreligger (se C-385-02, C-26/03, C-394-02, RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79 och RÅ 2009 not 134).

Båda parter har för en definition av begreppet *tillhandahålla* hänvisat till lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation, förkortad LEK, och Post- och Telestyrelsens vägledning Vilka tjänster och nät omfattas av LEK (PTS-ER-2009:12). Enligt punkten 5.1 i vägledningen är den som ingår avtal med annan part om användande av tjänsten, och som

samtidigt genom innehav eller avtal om rådighet över kommunikations-tjänsten (överföring av signaler), anses vara den som tillhandahåller tjänsten. I vägledningen (s. 17) beskrivs vidare hur begreppet *tillhandahålla* är förknippat med ett förfogande över det tillhandahållna föremålet på ett sådant sätt att det utgör grund för skyldigheter och ansvar. Även om definitionen avser tjänster och inte nät utgör den en rimlig bedömning av begreppet. Kommunen har, utifrån förhållandena som de har beskrivits i målet, inte något sådant förfogande över telenätet att kommunen skulle kunna åläggas skyldigheter eller ansvar med anledning av detsamma i förhållande till de som tillhandahålls telenätet. Det talar för att kommunen inte tillhandahåller stadsnätet i Simrishamns kommun.

Den bedömningen är också förenlig med beaktandesats 21 till direktiv 2004/18/EG som ligger till grund för nu gällande LOU. Teleundantaget utgör ett införlivande av artikel 13 i direktivet. I beaktandesatsen anges att undantaget syftar till att ge den upphandlande myndigheten möjlighet att utöva vissa verksamheter inom telekommunikationssektorn.

Konkurrensverket har i nämnda yttrande gjort bedömningen att en förutsättning för att teleundantaget ska vara tillämpligt är att kontraktet ger den upphandlande myndigheten möjlighet att utföra sådan verksamhet som avses i 1 kap. 4 § LOU. Om en upphandlande myndighet väljer att låta ett i förhållande till myndigheten fristående företag utöva de aktuella verksamheterna kan myndigheten enligt Konkurrensverkets bedömning inte längre anses driva eller tillhandahålla sådana telenät eller teletjänster som avses i 1 kap. 4 § LOU. Att upphandlande myndighet måste utöva sådan verksamhet som avses i undantaget är också en utgångspunkt i Konkurrensverkets yttrande till Kammarrätten i Stockholm i mål nr 143-10 (dnr 153/2010), där rätten dömde i enlighet med Konkurrensverkets yttrande.

Eftersom kommunen inte tillhandahåller eller avser att tillhandahålla telenät i den mening som avses i teleundantaget, är undantaget inte tillämpligt.

Tjänstekoncession eller tjänstekontrakt

Förvaltningsrätten stannade i sin bedömning vid att teleundantaget var tillämpligt och kom därför inte in på frågan om avtalen utgör tjänstekoncession eller tjänstekontrakt. Kammarrätten väljer att pröva frågan i sak trots detta, eftersom frågan och argumentationen kring den har varit aktuell under hela överprövningsprocessen.

Enligt 1 kap. 2 § sista stycket LOU omfattas en tjänstekoncession endast av bestämmelsen i 1 kap. 12 § LOU. En tjänstekoncession kan inte överprövas enligt LOU och inte heller genom förvaltningsbesvär. Som ovan nämnts har Europaparlamentet och rådet beslutat om ett nytt direktiv avseende tilldelning av bygg- och tjänstekoncessioner. Direktivet har dock ännu inte implementerats i svensk lagstiftning.

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

EU-domstolen har i praxis slagit fast att skillnaden mellan ett vanligt tjänstekontrakt och tjänstekoncession ligger i att leverantören i det senare fallet står en risk. Den omständigheten att leverantören vid ett avtal om tjänster inte erhåller ersättning direkt av den upphandlande myndigheten, men har rätt att ta ut ersättning från tredje man, är tillräckligt för att avtalet ska anses utgöra tjänstekoncession under förutsättning att uppdragstagaren övertar hela eller åtminstone en betydande del av den risk upphandlande myndighet skulle löpa om den utförde tjänsten själv, även om denna risk redan från början är mycket begränsad på grund av de offentligrättsliga villkoren för tjänstens organisation (se C-458/03

Parking Brixen, C-206/08 Eurawasser och C-274/09 Stadler). I de två senare målen betonar domstolen att risken oupplösligen är förbunden med det ekonomiska utnyttjandet av tjänsten.

Den ekonomiska risk som är förenad med utnyttjandet av tjänsten ska förstås som en risk att utsättas för marknadens nycker. Det kan ta sig uttryck i en risk för att utsättas för konkurrens från andra ekonomiska aktörer, en risk för bristande jämvikt mellan utbud och efterfrågan, en risk för insolvens hos dem som är betalningsskyldiga för tillhandahållna tjänster, en risk för att inkomsterna inte ska täcka samtliga kostnader eller till och med en risk att stå ansvaret för alla sorters skador som uppkommer till följd av brister i tjänsten (se C-274/09 Stadler).

Vid bedömningen av om avtalen utgör en tjänstekoncession ska transaktionen prövas i sin helhet och bedömas på grundval av de bestämmelser som styr den del som utgör kontraktets huvudsakliga föremål eller dominerande beståndsdel (C-145/08 och C-149/08 Club Hotel Loutraki).

Vid en bedömning av syftet med kontrakten, uppskattat behov av arbetsinsatser och det ekonomiska värdet anser kammarrätten att utbyggnaden av det publika telenätet får anses utgöra kontraktets huvudsakliga föremål.


IP-Onlys ersättning består i princip av ersättning från de kunder som väljer att ansluta sig till deras telenät. Även om kommunen kommer att ansluta vissa av sina verksamheter till stadsnätet, kan intäkterna från anslutningarna inte ensamma finansiera och garantera utbyggnaden och driften av stadsnätet. De huvudsakliga intäkterna bedöms komma från anslutning av hushållen och företagen i kommunen. Avtalen ska då anses utgöra tjänstekoncession om hela eller betydande delar av verksamhetsrisken överförs till IP-Only.

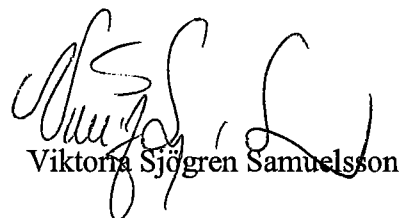
För att IP-Only ska vara skyldiga att bygga ut nätet måste 30 procent av hushållen eller företagen ansluta sig. Oavsett om det kravet ger en hög eller låg risk för IP-Only, är det IP-Only som står hela den risken. Det är inte visat att överlåtelsen av den befintliga kanalisationen skett till underpris. Kommunen har förklarat grunden för köpeskillingens storlek i överlåtelseavtalet. Möjligheterna till samordningsvinster, underlättandet vid tillståndsfrågor och kommunens anslutningar minskar visserligen IP-Onlys risk, men sammantaget anser kammarrätten att IP-Only står för betydande delar av verksamhetsrisken.

Avtalspaketet utgör därmed en tjänstekoncession och kan som sådan inte överprövas enligt LOU eller överklagas genom förvaltningsbesvär. Ansökan om överprövning borde därför ha avvisats.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1)


Göran Bodin


Birgitta Henriksson
referent


Viktoria Sjögren Samuelsson


/Ann-Kristin Hansson



Bilaga A

SÖKANDE

Österlens Kraft AB, 556406-3054
Testgatan 3
272 36 Simrishamn

Ombud: advokaterna Per-Ola Bergqvist och Christoffer Löfquist
Foyen Advokatfirma AB
Södergatan 28
211 34 Malmö

MOTPART

Simrishamns kommun
272 80 Simrishamn

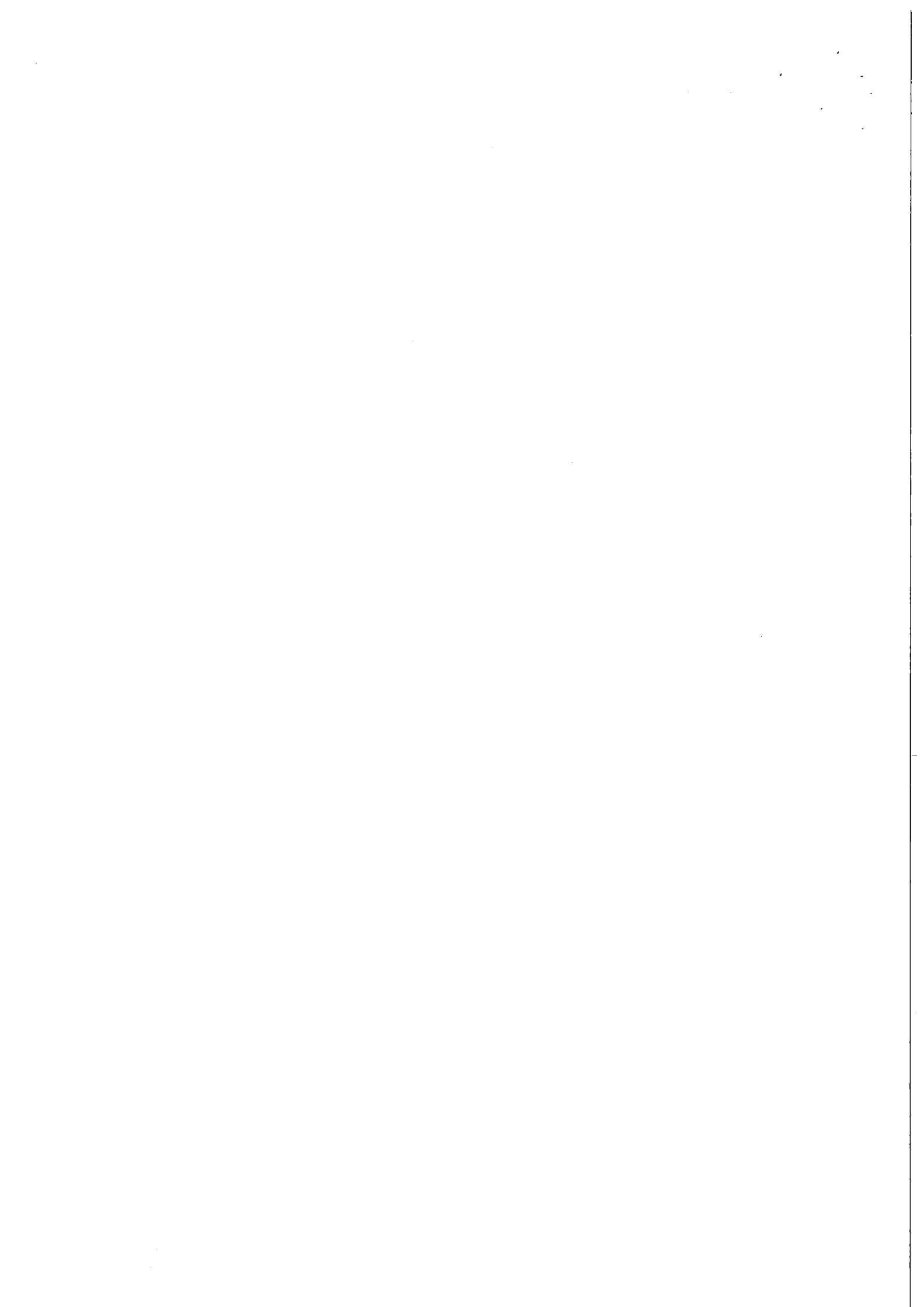
Ombud: advokaten Per-Anders Bengtsson och jur. kand. Catharina Piper
Advokatfirman Lindahl KB
Studentgatan 6
211 38 Malmö

SAKEN

Ansökan om överprövning av avtals giltighet enligt lagen om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Österlens Kraft AB:s ansökan om att avtalet mellan Simrishamns kommun och IP-Only Fibernät AB ska förklaras ogiltigt. Därmed upphör det interimistiska beslutet att gälla.



BAKGRUND

Simrishamns kommun har den 5 mars 2014 ingått ett anslutningsavtal med IP-Only Fibernät AB (IP-Only) avseende drift och underhåll av svartfiber dvs. kanalisation, fiberkabel och passiv utrustning till de adresser som kommunen valt att ansluta. Samma dag har kommunen även ingått överlåtelseavtal, samverkansavtal och markavtal med IP-Only.

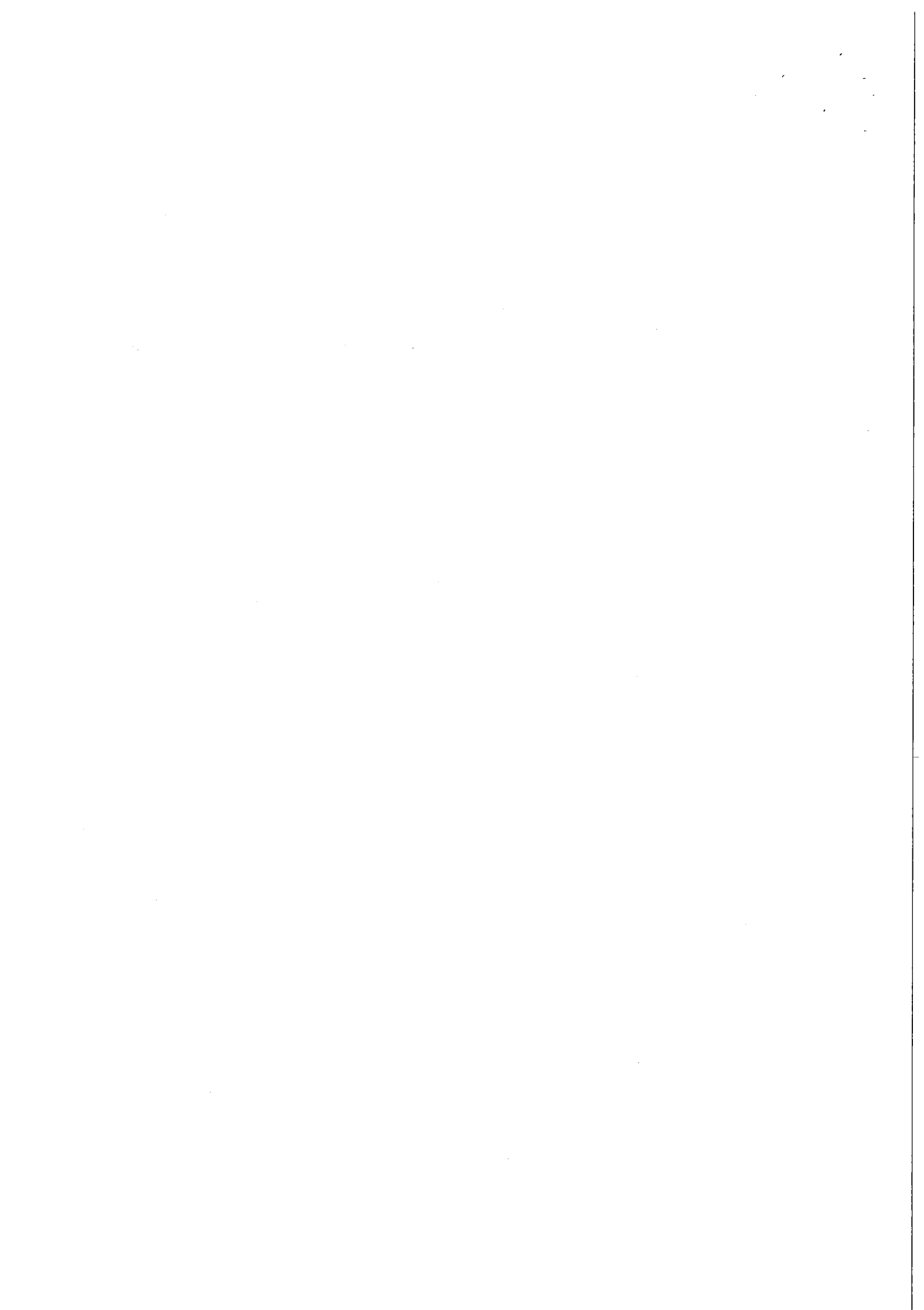
YRKANDE

Österlens Kraft AB (Österlens Kraft) ansöker om överprövning och yrkar att det ingångna anslutningsavtalet ska ogiltigförklaras. Som grund för sin talan anför bolaget bl.a. följande.

Av 1 kap. 4 § LOU följer att denna lag inte gäller för kontrakt som huvudsakligen syftar till att ge en upphandlande myndighet möjlighet att tillhandahålla eller driva publika telenät eller att för allmänheten tillhandahålla teletjänster.

Kommunen har åberopat undantaget vid tecknandet av anslutningsavtalet. Av avtalet framgår det tydligt att syftet med avtalet är att etablera ett internt fibernät åt kommunen och dess verksamheter. Samtliga leveransadresser som IP-Only ska leverera till är kopplade till fastigheter som kommunen äger/nyttjar och bedriver verksamhet i. Detta talar med tydlighet för att anslutningsavtalet endast omfattar kommunens interna fibernät och har inget att göra med det publika fibernätet. Anslutningsavtalet omfattar inte drift och underhåll av publika fibernät utan syftet är uteslutande att täcka kommunens eget behov av fibernät av ifrågavarande slag.

Avtalen som kommunen och IP-Only ingått ska inte bedömas som ett kontrakt. Detta eftersom det under alla omständigheter inte är nödvändigt för kommunen att ingå anslutningsavtalet med just IP-Only för att möjliggöra ett tillhandahållande av ett publikt fibernät. Det varken krävs eller är nödvändigt för kommunen eller en leverantör att samtliga avtal ingås med en och samma aktör. Det är fullt möjligt att ingå anslutningsavtalet med en



leverantör och övriga avtal med en annan leverantör utan att detta skulle inverka på kommunens möjligheter att upprätthålla ett internt fibernät samt erbjuda ett publikt fibernät. Det finns inte förutsättningar för att de fyra avtalen ska ses som en odelbar enhet. Det kan konstateras att tre av de fyra avtalen har olika längd samt olika regleringar avseende uppsägningar och förlängningar. Anslutningsavtalet är ett självständigt avtal och ska inte bedömas som en del av ett blandat avtal. Det ingångna anslutningsavtalet syftar således inte till att tillhandahålla eller driva publika telenät enligt 1 kap. 4 § LOU. Upphandlingen är därmed inte undantagen reglerna i LOU.

Simrishamns kommun bestrider att avtalet ska ogiltigförklaras och anför bl.a. följande. Kommunen har ingått ett avtalspaket med IP-Only innehållande fyra avtal; samverkansavtal, anslutningsavtal, överlåtelseavtal och markavtal. Samverkansavtalet är huvudavtalet i avtalspaketet och anslutningsavtalet, som endast utgör en bilaga, innebär ett åtagande för kommunen att fiberansluta vissa kommunala verksamheter till det publika stadsnätet vartefter utbyggnaden når fram till dessa. Anslutningsavtalet medför att kommunen i ett senare skede kan upphandla bredband och olika internetbaserade tjänster. Anslutning av de kommunala verksamheterna förutsätter att stadsnätet först byggs ut vilket bara kan ske genom samverkansavtalet. Genom samverkansavtalet och dess bilagor försäkras kommunen möjligheten att tillhandahålla ett för allmänheten heltäckande öppet och publikt stadsnät baserat på fiber. Anslutningsavtalet avser sammankoppling av de kommunala byggnaderna via en accesskabel till det publika stadsnätet. De olika accesskablarna är inte sinsemellan sammankopplade och bildar inte ett eget fibernät. De kommunala verksamheterna ansluts alltså till samma stadsnät som privata brukare inom kommunen och avser inte anläggning av eller anslutning till ett internt fibernät avsett bara för kommunen.

Anslutningsavtalet är inte att betrakta som ett självständigt avtal utan utgör en accessorisk och oskiljbar del av avtalspaketet. Det är nödvändigt att

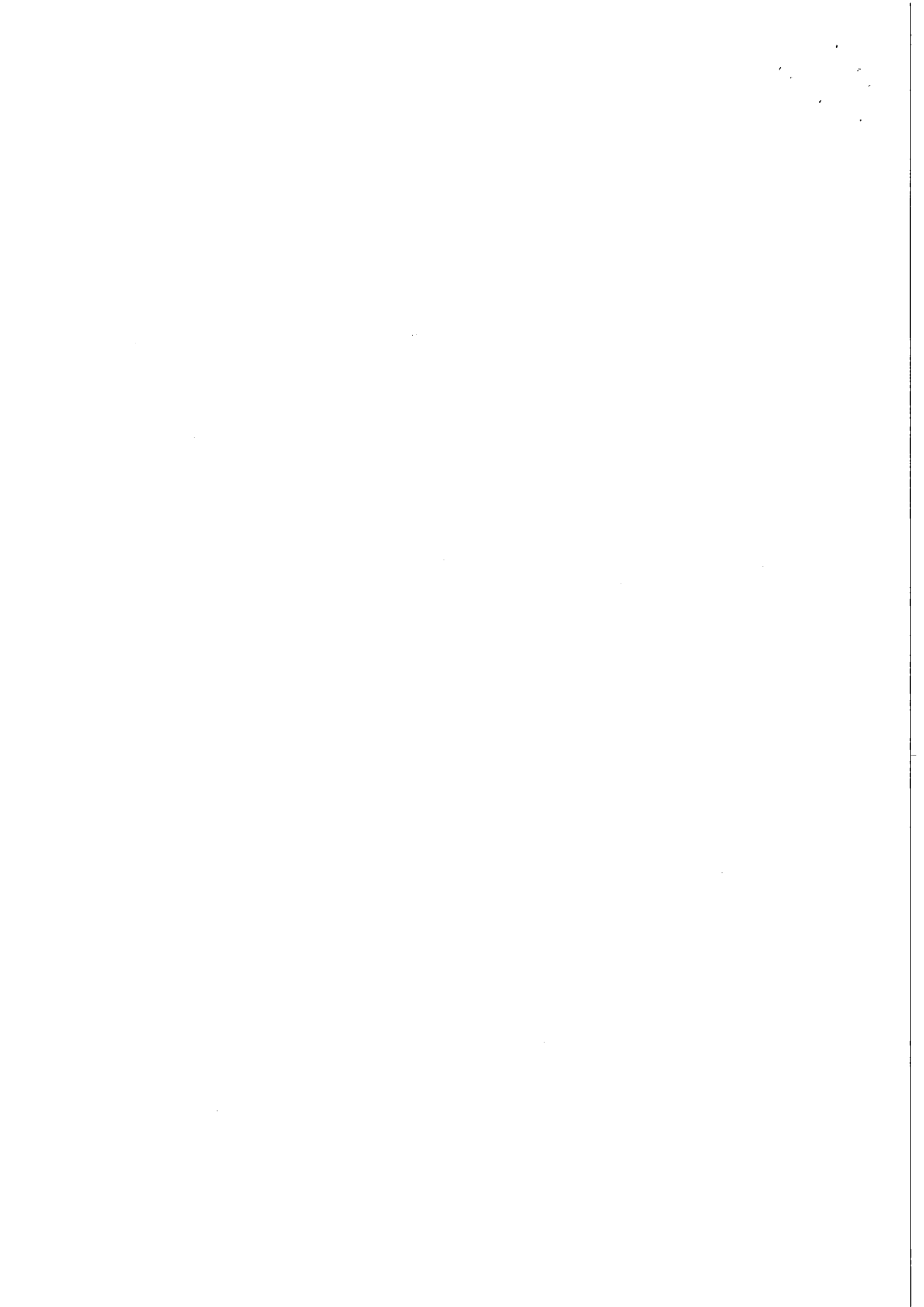
ingå samtliga transaktioner med en och samma leverantör. Det huvudsakliga syftet är att tillhandahålla ett allmänt öppet och publikt nät baserat på fiber i hela kommunen i den mening som avses i 1 kap. 4 § LOU. EU-domstolen har i målen C-145/08 och C-149/08 (Club Loutraki) slagit fast att om de olika delarna av ett kontrakt på objektiva grunder inte kan separeras utan bildar en odelbar enhet ska transaktionen prövas i sin helhet. Kontraktet ska därvid bedömas utifrån den del som utgör kontraktets huvudsakliga föremål eller dominerande beståndsdel. Är denna del inte upphandlingspliktig är inte de andra oskiljbara delarna det heller. Att ha olika leverantörer som ansvarar för olika delar av stadsnätet skulle skapa väsentliga oklarheter vad gäller ansvar för fel eftersom det kan vara mycket svårt och ibland omöjligt att avgöra i vilken del av nätet som felet uppstått. En sådan uppdelning skulle därför innebära oacceptabla risker. Att avtalen har olika avtalslängd och innehåller olika bestämmelser kring uppsägning och förlängning är utan betydelse för frågan om avtalen utgör en odelbar enhet. Tecknandet av anslutningsavtalet är en förutsättning för att överlåtelseavtalet och samverkansavtalet skulle ingås. Avtalspaketet syftar således i sin helhet till att tillhandahålla publika telenät enligt definitionen i 1 kap. 4 § LOU. Undantaget är således tillämpligt på avtalen i sin helhet.

Förvaltningsrätten har den 30 april 2014 beslutat att anslutningsavtalet inte får fullgöras till dess något annat har bestämts.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Av 1 kap. 4 § LOU följer att denna lag inte gäller för kontrakt som huvudsakligen syftar till att ge en upphandlande myndighet möjlighet att tillhandahålla eller driva publika telenät eller att för allmänheten tillhandahålla teletjänster.

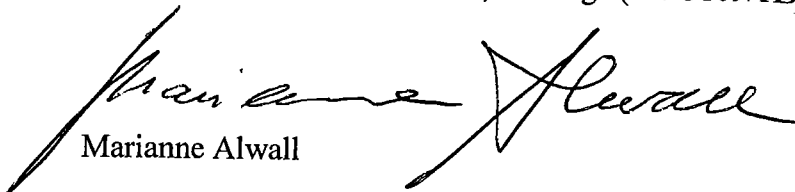
Samverkansavtalet förpliktar IP-Only att bygga ut och driva stadsnätet. Genom anslutningsavtalet har kommunen och IP-Only ingått avtal om fi-



beranslutning av vissa kommunala fastigheter och verksamheter. Det är emellertid endast anslutningsavtalet som är föremål för överprövning.

Kommunen bedriver verksamhet av såväl det slag som utpekats i 1 kap 4 § LOU som annan verksamhet. Det uppstår därmed ett behov av att hänföra förevarande kontrakt till den ena eller andra verksamheten (jfr Kammarätten i Stockholms dom den 7 september 2010 i mål nr 143-10). Det huvudsakliga syftet med avtalspaketet är att tillhandahålla ett publikt tele- nät/fibernät till samtliga invånare i kommunen. Det aktuella anslutningsavtalet, som utgör en del av avtalspaketet, reglerar en möjlighet för kommunen att ansluta sina egna fastigheter samt fastigheter som man nyttjar och bedriver verksamhet i. En förutsättning härför är emellertid att det publika nätet först byggs ut varefter kommunen ansluter sin egen verksamhet till det redan befintliga publika fibernätet. Kommunen anlägger således inte ett nytt internt fibernät avsett endast för kommunens verksamhet. Mot bakgrund av det anförda anser förvaltningsrätten att samtliga avtal i avtalspaketet är förenade med varandra på ett sådant sätt att anslutningsavtalet inte är att betrakta som ett självständigt avtal. Hela avtalspaketet ska därmed undantas från LOU:s tillämpningsområde enligt 1 kap. 4 § LOU. Österlens Krafts ansökan om överprövning ska därför avslås.

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


Marianne Alwall

Maria Persson har föredragit målet.

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.

