



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**

DOM
2015-11-27
Meddelad i
Härnösand

Mål nr
1842-15 E

SÖKANDE

Net at Once Sweden AB, 556506-3491
Box 177
351 04 Växjö

Ombud: chefsjuristen Pär Cronhult och bitr. juristen Viktor Robertson
Box 5625
114 86 Stockholm

MOTPART

Bräcke kommun
Box 190
840 60 Bräcke

SAKEN

Överprövning av avtals giltighet enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

KONKURRENSVERKET	
2015-11-30	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår yrkandet från Bräcke kommun om att yttrande ska inhämtas från Telia Skanova Access AB.

Förvaltningsrätten förklarar att Avtal om hyra av fiberförbindelser mellan Bräcke kommun och TeliaSonera Skanova Access AB som ingåtts den 20 augusti 2013 är ogiltigt.

Dok.Id 93838

Postadress
Box 314
871 27 Härnösand

Besöksadress
Backgränd 9

Telefon
0611-46 06 00

E-post:
forvaltningsratteniharnosand@dom.se
www.forvaltningsratteniharnosand.domstol.se

Telefax
0611-51 18 20

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Bräcke kommun (kommunen) och Telia Skanova Access AB (Skanova) har den 20 augusti 2013 slutit tre avtal avseende bl.a. drift och utbyggnad av telenät i kommunen. De olika avtalen utgörs av ett samarbetsavtal, ett avtal om överlåtelse av kommunens fibernät samt ett avtal om hyra av fiberförbindelser.

Enligt *samarbetsavtalet* ska Skanova bl.a. bygga ut fibernät till bostäder och industri- och affärslokaler inom ett flertal tätorter i kommunen.

Enligt *överlåtelseavtalet* säljer kommunen sitt befintliga fibernät med tillhörande kanalisation till Skanova för 1 kr.

Enligt *hyresavtalet* hyr Skanova ut fiberförbindelser till kommunen under en bindningstid om 15 år. Hyresavtalet omfattar de delar av fibernätet som används av kommunens egna förvaltningar.

Net at Once Sweden AB (Net at Once) ansökte om överprövning av giltigheten av hyresavtalet och yrkade att det skulle ogiltigförklaras och anförde att avtalet omfattas av upphandlingsskyldigheten i LOU och därför borde ha annonserats.

Förvaltningsrätten avslog, i mål 425-14, ansökan och uttalade – förutom att ansökan om överprövning kommit in i rätt tid, att Net at Once har talerätt samt att teleundantaget i 1 kap. 4 § LOU inte är tillämpligt i målet – att de tre avtalen är att anse som en odelbar enhet. Då förvaltningsrätten här efter bedömde att avtalspaketets huvudsakliga ändamål och dominerande beståndsdel utgörs av samarbetsavtalet, att kommunen genom detta inte genomför någon anskaffning och att då avtalspaketet inte heller på någon annan grund skulle vara upphandlingspliktigt enligt LOU, ansåg förvaltningsrätten att någon annonseringsskyldighet inte förelegat.

Efter överklagande av Net at Once upphävde Kammarrätten i Sundsvall (mål nr 2902-14) förvaltningsrättens dom och visade målet åter till förvaltningsrätten för fortsatt prövning. I skälen angav kammarrätten bl.a. följande.

Kammarrätten gör samma bedömning som förvaltningsrätten i frågorna om ansökan inkommit i rätt tid, bolagets talerätt och teleundantagets tillämplighet. Frågan blir då, liksom i förvaltningsrätten, om avtalen utgör en odelbar enhet.

Kommunen anförde i förvaltningsrätten att det övergripande syftet med samarbetet har varit att allmänheten ska tillhandahållas bredband. En förutsättning för utbyggnaden utan att skjuta till skattemedel ska ha varit att Skanovas befintliga fiber nyttjas tillsammans med de få metrar optofiber och kanaler kommunen haft. Som en "bonus" ska Skanova därtill ha förbundit sig att bygga ut nätet till de kommunala verksamheterna.

Det framstår visserligen som praktiskt att samtliga avtal slöts med samma samarbetspart, inte minst eftersom kommunen på detta sätt även fortsättningsvis kan använda sitt eget nät. Det kan även ha funnits flera andra skäl som talade för det upplägget, t.ex. ekonomiska skäl. Mot bakgrund av det som kommit fram i målet kan det dock inte anses visat att det har varit nödvändigt att en och samma samarbetspart fullgör alla delar av avtalspaketet. Det har inte heller framkommit att hyresavtalet varit nödvändigt för att uppnå samarbetsavtalets syfte, eller att en uppdelning ens avsevärt skulle försvåra att det syftet uppnåddes (jfr EU-domstolens avgöranden i mål C-145/08 och C-149/08 Club Hotel Loutraki punkt 53 samt C-215/09 Mehiläinen punkt 45). Avtalen har därmed inte utgjort en odelbar enhet.

Förvaltningsrätten ansåg att samtliga avtal var en odelbar enhet, och att samarbetsavtalet utgjorde avtalspaketets huvudsakliga ändamål. Eftersom kammarrätten funnit att avtalspaketet inte utgjort en odelbar enhet saknar det betydelse huruvida samarbetsavtalet var en tjänstekoncession. Bolagets övriga grunder för sin ansökan ska därför prövas.

Kommunen har härefter överklagat kammarrättens dom till Högsta förvaltningsdomstolen, som den 21 oktober 2015 beslutat att inte meddela prövningstillstånd (mål nr 4173-15). Kammarrättens dom står därmed fast.

YRKANDEN M.M.

Net at Once yrkar i förevarande mål åter att förvaltningsrätten ska ogiltigförklara hyresavtalet och anför bl.a. följande till stöd för sin talan.

Den kvarstående frågan är om kommunen har brutit mot annonseringskravet i LOU och därmed även mot de grundläggande principerna om likabehandling, icke-diskriminering och öppenhet i 1 kap. 9 § LOU genom att sluta "*Avtal om hyra av fiberförbindelser*" med Skanova samt om avtalet därmed ska förklaras ogiltigt.

Bevis- och åberopsbördan, att i målet visa tillräckliga omständigheter till stöd för undantag från kravet på annonsering, åvilar i förekommande fall kommunen. Möjligheten till sådant undantag ska tolkas restriktivt, se bl.a. EU-domstolens dom i mål nr C-157/06, Kommissionen mot Italien punkt 23 och där noterad äldre praxis samt HFD:s uttalande i RÅ 2008 ref. 79 och RÅ 2009 not. 134.

Grund för direkttilldelning, vare sig denna hänför sig till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering eller att avtalet jämlikt 16 kap. 14 § LOU ska få bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänt intresse, har inte ens påståtts och än mindre visats föreligga.

Till den åberopade bestämmelsen om ogiltighet i 16 kap. 13 § LOU är inte kopplat något direkt skaderekvisit. Oaktat detta åberopas den skada som består av att inte ha kommit i fråga för anbudsgivning i den aktuella upphandlingen.

Kommunen bestrider bifall till överklagandet och anför bl.a. följande.

Kommunen vidhåller allt vad som tidigare anförts. Kammarrätten har bedömt att avtalspaketet inte var en odelbar enhet. Kommunen delar inte denna bedömning. Skanova borde beredas tillfälle att yttra sig i målet i fråga om avtalens odelbarhet då även Skanova skulle beröras av en dom som skulle ogiltigförklara hyresavtalet och då deras uppfattning om avtalspaketet är av betydelse för bedömningen. Utifrån kammarrättens bedömning av frågan om avtalspaketet var en odelbar enhet ifrågasätts att målet i denna del är tillräckligt utrett. Kommunen upprepar därför sin begäran att Skanova bereds tillfälle att yttra sig i målet i fråga om avtalens odelbarhet innan den frågan slutligt avgörs.

Om avtalet gällande hyra av fiberförbindelser anses vara en tjänstekoncession innebär detta att kommunen inte behövde annonsera upphandlingen i enlighet med LOU. En tjänstekoncession definieras som ett kontrakt av samma slag som ett vanligt tjänstekontrakt men som innebär att ersättningen för tjänsterna helt eller delvis utgörs av rätt att utnyttja tjänsten. I det aktuella fallet utgör del av Skanovas ersättning rätten att ta ut avgifter för de tjänster de levererar. Kommunens hyra av fibernätet är endast en mycket liten del av Skanovas förmodade intäkt som huvudsakligen kommer att bestå av intäkter från tillhandahållande av nätet till kommunmedborgare och företag. En upphandlande myndighet ska inte kunna undandra ett avtal annonseringsplikt enligt LOU bara genom att låta en begränsad del av företagets ersättning vara rätten att själva debitera avgifter utan det krävs att denna rätt har viss omfattning i förhållande till annan förekommande ersättning. I det aktuella fallet bär Skanova hela affärs- och verksamhetsrisken och det avgifter som Skanova äger rätt att debitera kommunen enligt hyresavtalet utgör endast en mycket begränsad del av Skanovas totala ersättning.

Det är fråga om hyra av fiberförbindelser och äganderätten till dessa går inte över till kommunen enligt hyresavtalet utan kommunen medges endast en rätt att hyra förbindelserna. Att hyra ut fiberförbindelser är inte att sälja en vara utan att tillhandahålla en tjänst. Net at Once tycks mena att det faktum att kommunen i ett annat av de avtal som ingick i avtalspaketet överlät det aktuella nätet till Skanova ska föranleda en annan bedömning, vilket kommunen alltså inte håller med om. Sammantaget anser kommunen att man inte varit skyldig att annonsera hyresavtalet enligt LOU.

Net at Once har här efter anfört bl.a. följande. En koncession innebär inte att den upphandlande myndigheten tillgodoser ett eget behov, utan en upplåtelse för tredjemansutnyttjande. Enligt avtalet ska kommunen dock för eget behov hyra ett passivt nät av fiberpar för datakommunikation, vilket dessutom utgör en vara. Eftersom avtalet alltså hänför sig till ett varukontrakt kan det inte vara av samma slag som ett tjänstekontrakt och redan av denna anledning heller inte utgöra en tjänstekoncession. Det aktuella fiber-nätet ägs vidare av Skanova och inte av kommunen. Avtalet avser endast hyra av del av nätet som fordras för kommunens behov av datakommunikation för de egna förvaltningarna. Någon genom avtalet uppkommande upplåtelse av en rätt för Skanova att helt eller delvis utnyttja den av kommunen hyrda fibern följer inte av avtalet. Även av detta skäl kan det inte vara fråga om en tjänstekoncession.

Sammanfattningsvis hänför sig det för prövning aktuella avtalet mellan kommunen och Skanova inte till någon tjänst utan till ett varuhyresavtal. Avtalet innefattar heller inte någon upplåtelse av "rätt att utnyttja tjänsten" gentemot tredje man. Det kan därför inte vara fråga om tjänstekoncession. Eftersom kommunen inte förmått visa något giltigt skäl till undantag från kravet på annonsering i 7 kap. 1 § eller 15 kap. 4 § LOU ska talan om ingripande enligt LOU bifallas på så sätt att det ingångna avtalet förklaras ogiltigt.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Frågan om de tre avtalen har utgjort en odelbar enhet är avgjord i Kammarrättens i Sundsvall dom den 10 juni 2015 där Högsta förvaltningsdomstolen inte meddelat prövningstillstånd. Det finns därmed inte skäl att nu ta in yttrande från Skanova rörande denna fråga. Kommunens yrkande därom ska därför avslås. Förvaltningsrätten finner vidare att det då fråga är om ett avtal som ingåtts utan upphandlingsförfarande, och då en ogiltigförklaring av det i målet aktuella avtalet inte medför att Skanova utesluts från en eventuell senare upphandling enligt LOU, finns det inte anledning att bereda Skanova möjlighet att träda in i processen så som motpart (jfr HFD 2011 ref 29, 2011 ref 85).

Förvaltningsrätten konstaterar att det som återstår för rätten att pröva är om kommunen har brutit mot annonseringskravet i 7 kap. 1 § eller 15 kap. 4 § LOU då man ingått *Avtal om hyra av fiberförbindelser* med Skanova och om avtalet därmed ska förklaras ogiltigt.

Därvid uppstår frågan om hyresavtalet - att kommunen ska hyra fiberförbindelser av Skanova under viss bindningstid, omfattande de delar av fibernätet som används av kommunens egna förvaltningar - utgör en tjänstekoncession som inte omfattas av reglerna i LOU. 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 (2 kap. 17 § LOU). Tjänstekoncessioner omfattas inte av upphandlingsreglerna vilket innebär att beslut avseende tjänstekoncession inte kan överprövas i förvaltningsdomstol. Förvaltningsrätten konstaterar att den aktuella fibern ägs av Skanova och hyrs ut till kommunen under en fastställd bindningstid. Det har inte av vad kommunen anfört kommit fram att hyresavtalet medför att Skanovas ersättning helt eller delvis utgörs av en

rätt för Skanova att utnyttja någon tjänst. Redan på denna grund kan det ingångna hyresavtalet inte anses utgöra en tjänstekoncession.

Enligt 7 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet som avser att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal enligt huvudregeln annonsera upphandlingen. Undantag från annonseringskravet finns i 4 kap. 5-8 §§ LOU, som avser förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Också i 15 kap. 4 § LOU stadgas en annonseringsplikt vid upphandling med förenklat förfarande.

I målet är ostridigt att kommunen har ingått avtal med Skanova enligt vilket kommunen ska hyra fiberförbindelser av Skanova under en bindningstid om 15 år, och att hyresavtalet omfattar de delar av fibernätet som används av kommunens egna förvaltningar. Det är också ostridigt att detta gjorts utan föregående annonsering. Således är det fråga om en direktupphandling. Direktupphandling får enligt 15 kap. 3 § andra stycket LOU användas om kontraktets värde uppgår till högst 28 procent av det tröskelvärdet som avses i 3 kap. 1 § första stycket 2 och andra stycket. Vidare får direktupphandling användas i tillämplig omfattning i de fall förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering som avses i 4 kap. 5-9 §§ är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl. Enligt förarbetena till LOU (prop. 2001/02:142 s. 99) är det myndigheten som har bevisbördan för sitt val av upphandlingsförfarande. Kommunen har inte åberopat några skäl som förklarar varför en direktupphandling varit tillåten i detta fall. Det har inte heller kommit fram att förutsättningarna för att tillämpa någon av reglerna om undantag från annonseringsplikten i 4 kap. 5-8 §§ LOU är uppfylld. Det kan därför inte vara fråga om annat än en otillåten direktupphandling.

I 16 kap. 13 § LOU ges en uttömmande uppräkningslista av de situationer då rätten ska förklara ett avtal ogiltigt. Enligt första stycket punkt 1 ska rätten

besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, bl.a. om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 eller 2 §§, 13 kap. 2 eller 5 §§, 14 kap. 5 § eller 15 kap. 4 §.

Även när det föreligger skäl att förklara ett beslut ogiltigt enligt 16 kap. 13 § LOU kan domstolen under de förutsättningar som anges i 14 eller 15 §§ i samma kapitel förklara att ett ingånget avtal får bestå. Så är exempelvis fallet om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Kommunen har emellertid inte åberopat några skäl som medför att förvaltningsrätten ändå kan förklara att det ingångna hyresavtalet ska bestå. Hyresavtalet ska därför förklaras ogiltigt.

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



Robert Dalman

rådman

Målet har föredragits av föredraganden Gunilla Lavås.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **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 överklagandet för offentlig part räknas 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 ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.