

LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN

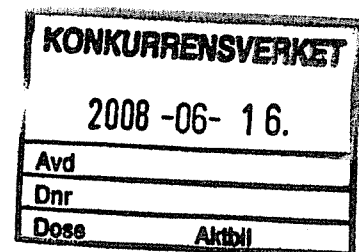
DOM
2008-06-12
Meddelad i Stockholm

Mål nr
6321-08
Rotel 554

SÖKANDE

Svenska Fibernät AB, 556683-1417

Ombud: Eva Kullberg Tideman
Andrén Bratt Eversheds Advokatbyrå AB
Norrländsgatan 16
111 43 Stockholm



MOTPART

AB Familjebostäder Fastighetsnät, 556715-5386

Ombud: Stadsadvokat Oscar Jacobsson
c/o Juridiska avdelningen
Stadsledningskontoret
105 35 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU

DOMSLUT

Länsrätten bifaller Svenska Fibernät AB:s ansökan om överprövning och förordnar att AB Familjebostäder Fastighetsnät skall göra om upphandlingen av ifrågavarande tjänster avseende upplåtelse av fiberoptiskt nät m.m.

Dok.Id 339987

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, YRKANDE M.M.

AB Familjebostäder Fastighetsnät har den 10 januari 2007, utan föregående upphandling, tecknat ramavtal med AB Stokab avseende upplåtelse av fiberoptiskt nät m.m.

Svenska Fibernät AB (bolaget) ansöker hos länsrätten om överprövning enligt LOU och yrkar att länsrätten förordnar att AB Familjebostäder Fastighetsnäts aktuella upphandling skall göras om med iakttagande av upphandlingslagens bestämmelser. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. – Det föreligger inte hinder för överprövning enligt LOU om avtal redan har tecknats (se prop. 2001/02:142 samt RÅ 2005 ref. 10 och RÅ 2005 ref. 17). – AB Familjebostäder Fastighetsnät har tecknat ramavtal med AB Stokab innebärande att AB Stokab skall anlägga, driva och underhålla fiberoptiska nät. Näten skall hyras ut till AB Familjebostäder Fastighetsnät för att möjliggöra anslutning av dess fastigheter för datakommunikation i så kallade bredband. Ramavtalet gäller uthyrning av en infrastruktur, det vill säga leverans, drift och underhåll av passiv fiberinfrastruktur jämte förhyrning av denna. Uthyrningen rör själva funktionen. – AB Familjebostäder Fastighetsnät är inrättat i det allmännyttiga intresset att tillhandahålla huvudsakligen AB Familjebostäders hyresgäster fastighetstjänster baserade på informationsteknologi och telekommunikation. Bolaget utgör därmed en så kallad upphandlande enhet som skall följa bestämmelserna i LOU jämte gällande upphandlingsdirektiv. Några lagliga skäl för AB Familjebostäder Fastighetsnät att utan föregående upphandling i konkurrens ingå det aktuella avtalet direkt med AB Stokab har inte förelegat. Den aktuella upphandlingen har därför inte handlagts i enlighet med bestämmelserna om affärsmässighet och objektivitet enligt 1 kap. 4 § LOU. Vidare har likabehandlingsprincipen åsidosatts. Bolaget, som kan tillhandahålla aktuella varor, har härigenom felaktigt uteslutits från möjligheten att lämna anbud i upphandlingen och har därmed lidit skada. – Upphandling av varor vars

sammanlagda kontraktsvärde överstiger tröskelvärde 200 000 euro eller cirka 2 186 000 kronor skall handläggas enligt bestämmelserna för varuupphandling i 2 kap. LOU. Upphandlingen avser ett så högt kontraktsvärde att bestämmelserna i 1 och 2 kap. LOU skall tillämpas. Även om man skulle anse att tjänstebestämmelserna är tillämpliga föreligger en skyldighet att upphandla enligt reglerna i LOU. – Av utredningen framgår inte annat än att det är olika ägare av det planerade ledningsnätet (AB Stokab) och de berörda fastigheterna (AB Familjebostäder). Det aktuella ledningsnätet utgör således inte så kallat fastighetstillbehör eller byggnadstillbehör.

AB Familjebostäder Fastighetsnät yrkar i första hand att ansökan om överprövning skall avvisas och i andra hand att den skall avslås. Till stöd för sin inställning anför AB Familjebostäder Fastighetsnät bland annat följande. LOU är inte tillämplig i förevarande fall och något brott mot lagen föreligger således inte heller. Ramavtalet omfattar inte någon sådan nytthet som skall upphandlas enligt LOU. Enligt ramavtalet hyr AB Stokab till AB Familjebostäder Fastighetsnät ut en passiv fiberinfrastruktur. Avsikten är att även andra fastighetsägare skall ansluta sig till det av AB Stokab utbyggda kommunikationsnätet och också hyra detsamma. – Avtalet avser förvärv av nyttjanderätt till fastighet eller fastighetstillbehör. Enligt 5 kap. 1 § LOU omfattas denna typ av förvärv inte av LOU. I vart fall är den förvärvade nyttjanderätten att jämställa med en sådan rättighet. Ledning för tolkning av bestämmelsen kan sökas i det nya upphandlingsdirektivet som legat till grund för nya LOU. Den nya regleringen innebär ingen saklig skillnad i förhållande till vad som tidigare gällde. Om länsrätten inte skulle anse att avtalet avser förvärv av nyttjanderätt till fast egendom eller fastighetstillbehör faller förvärvet i vart fall utanför LOU:s tillämpning på grund av att det avser förvärv av en rättighet avseende fast egendom. Stockholms kommun upplåter till AB Stokab rättighet att i kommunens mark förlägga fiberoptiska ledningar/nät. Kommunen har därmed upplåtit en rättighet i kommunens fasta egendom till AB Stokab. AB Stokab hyr i sin tur ut ledningarna (nätet)

till de kommunala nätägarbolagen enligt villkoren i ramavtalet. AB Familjebostäder Fastighetsnät har därmed från AB Stokab anskaffat en nyttjanderätt till den av kommunen upplåtna rättigheten i fast egendom. Således är det fråga om en nyttjanderätt avseende fast egendom (sublokation). Med hänsyn härtill är LOU inte tillämplig på ramavtalet. Om länsrätten skulle finna att avtalet varken avser förvärv av nyttjanderätt till fastighet eller fastighetstillbehör eller förvärv av en rättighet avseende fast egendom anser bolaget att ramavtalet istället utgör en tjänstekoncession, som inte omfattas av LOU. Det ekonomiska utfallet för AB Stokab är beroende av hur många fastighetsägare som väljer att ansluta sig till kommunikationsnätet.

Bolaget anför i genmäle bland annat följande. Det har inte framkommit annat än att det är olika ägare av det planerade ledningsnätet och de berörda fastigheterna. Fast anbringad ledning i annans mark utgör inte fastighets- eller byggnadstillbehör. Det aktuella ledningsnätet utgör således inte fastighets- eller byggnadstillbehör. För övrigt är det mycket möjligt att AB Stokab har en nyttjanderätt gentemot kommunen till fast egendom. Att AB Familjebostäder Fastighetsnät köper nätkapacitet av AB Stokab innebär dock inte att AB Familjebostäder Fastighetsnät får en rätt gentemot fastighetsägaren som skulle kunna härledas till AB Stokabs nyttjanderätt. – Bolaget bestrider vidare att det rör sig om en tjänstekoncession. Två förutsättningar skall samtidigt vara uppfyllda för att en koncession skall anses föreligga. För det första skall koncessionshavaren erhålla rätt att utnyttja de för koncession upplåtna tjänsterna ekonomiskt och för det andra skall den ekonomiska risken i samband med tjänsternas utövande övergå på koncessionshavaren ensam. Detta är inte fallet i det aktuella målet. Av vad som framkommit i avtalet finns inget som stöder detta.

AB Familjebostäder Fastighetsnät anför i yttrande bland annat följande. Det är inte fråga om att AB Familjebostäder Fastighetsnät ”köper nätkapacitet av Stokab”. Som tidigare framhållits hyr bolaget av AB Stokab fiber-

optiskt nät i ledningar förlagda i mark som Stockholms kommun äger och upplåtit med nyttjanderätt till AB Stokab. Det ekonomiska utfallet för leverantören AB Stokab är beroende av hur många fastighetsägare som väljer att ansluta sig till kommunikationsnätet. Detta är ett faktum som inte har någonting att göra med innehållet i ramavtalet. Bolaget vidhåller därför att det är fråga om en tjänstekoncession som inte omfattas av LOU.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling trädde i kraft den 1 januari 2008, då LOU upphörde att gälla. Enligt övergångsbestämmelserna till den nya lagen skall bestämmelserna i LOU alltjämt tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

I 5 kap. 1 § första stycket LOU stadgas bland annat följande. Detta kapitel gäller upphandling av tjänster av det slag som anges i avdelning A i bilaga till denna lag om tjänsterna inte omfattas av bestämmelserna i 2 och 3 kap.

Av samma bestämmelses andra stycke framgår bland annat följande. Bestämmelserna i detta kapitel skall inte tillämpas i fråga om anskaffning av eller nyttjanderätt i vad form som helst till fastighet, byggnad eller annan egendom som utgör fast egendom eller tillhör till fastighet eller byggnad eller rättigheter av nu nämnt slag.

I 2 kap. 1 § jordabalken (1970:994) anges bland annat följande. Till en fastighet hör byggnader, ledningar, stängsel och andra anläggningar som har anbragts inom fastigheten för stadigvarande bruk.

Av 2 kap. 4 § samma lag framgår bland annat följande. Föremål som nyttjanderättshavare eller annars annan än fastighetsägaren tillfört fastigheten hör inte till denna, om inte föremålet och fastigheten kommit i samme ägares hand.

Utredningen i målet

I Ramavtal avseende upplåtelse av fiberoptiskt nät m.m. mellan AB Stokab (leverantör) och AB Familjebostäder Fastighetsnät (kund) anges bland annat följande.

De tre bostadsbolagen inom Stockholms stadshus AB; AB Familjebostäder, AB Stockholmshem och AB Svenska Bostäder har beslutat att installera fastighetsnät utförda med optisk fiber i samtliga sina fastigheter. Fastighetsnäten skall anslutas till en öppen infrastruktur för IP-baserade tjänster som blir en marknadsplats för konkurrerande tjänsteleverantörer och skapar förutsättningar för valfrihet för bostadsbolagens hyresgäster. Utbyggnaden kommer att ske i samverkan mellan de tre bostadsbolagen och med AB Stokab. För genomförande av utbyggnaden och anslutningen av fastighetsnäten till den öppna infrastrukturen bildar de tre bostadsbolagen var sitt helägt dotterbolag, nätägarbolagen. Nätägarbolagen upphandlar och äger fastighetsnäten och tecknar avtal med AB Stokab om förhyrning av en passiv fiberinfrastruktur som uppfyller nätägarbolagens tekniska och funktionella krav. Nätägarbolagen tecknar också avtal med neutrala kommunikationsoperatörer som svarar för de aktiva delarna i den öppna infrastrukturen. – Detta avtal syftar till att reglera AB Stokabs leverans, drift och underhåll av den passiva infrastrukturen och villkoren för förhyrningen av denna. Kunden i detta avtal är ett helägt dotterbolag till AB Familjebostäder.

I AB Stokabs åtagande ingår leverans, drift och underhåll av fibernät och noder i vilka kunden ges nyttjanderätt. Avtalet omfattar 24 756 lägenheter och lokaler fördelat på 427 fastigheter i enlighet med bilaga 4. Leveransen består av områdesnät, anslutningsnät, överlämningspunkter och noder. Fakturering sker från och med faktisk leveransdag. Fakturering för avgående och tillkommande fastigheter ska i möjligaste mån regleras vid nästkommande faktureringsstillfälle och sker på någon av parternas anmodan. Årsvis genomförs en avstämning av antalet lägenheter och lokaler enligt bilaga 4. Det åligger kunden att tillse att ägaren av fastigheter som berörs av detta avtal vid försäljning tillser att ny fastighetsägare träffar avtal med Stokab med huvudsakliga villkor och åtaganden i enlighet med detta avtal. Först när sådant avtal har träffats mellan Stokab och den nye fastighetsägaren upphör kundens betalningsansvar i den del som beräknas på de lägenheter och lokaler som är belägna på den överlåtna fastigheten.

Länsrättens bedömning

Den grundläggande frågan som länsrätten har att pröva i målet är om bestämmelserna i LOU är tillämpliga på det aktuella ramavtalet mellan AB Familjebostäder Fastighetsnät och AB Stokab.

Enligt länsrättens mening avser avtalet sådana tjänster rörande telekommunikation som omfattas av kategori A, punkt 5, i bilagan till LOU. Annat har

inte framkommit än att tjänsterna har ett värde som överstiger tillämpliga tröskelvärden.

AB Familjebostäder Fastighetsnät har i första hand gjort gällande att ramavtalet avser förvärv av en nyttjanderätt till fastighet eller fastighetstillbehör eller att den förvärvade nyttjanderätten i vart fall är att jämställa med en sådan rättighet, varför LOU enligt 5 kap. 1 § andra stycket LOU inte är tillämplig. I andra hand har AB Familjebostäder Fastighetsnät gjort gällande att ramavtalet rör förvärv av en rättighet avseende fast egendom (sublokation), varför LOU enligt ovannämnda bestämmelse inte är tillämplig.

Av EG-domstolens praxis framgår att undantag från de regler som avser att säkerställa de rättigheter som fastställs i fördraget inom området för offentlig upphandling av tjänster skall tolkas restriktivt och att det är den som åberopar undantaget som skall visa omständigheter som gör undantaget tillämpligt (se mål C-20/01 och C-28/01).

Genom ramavtalet erhåller AB Familjebostäder Fastighetsnät en nyttjanderätt i det ledningsnät som AB Stokab skall anlägga i mark tillhörande Stockholms kommun. Annat har inte framkommit än att ledningsnätet kommer att tillhöra AB Stokab. Vid sådant förhållande utgör ledningsnätet inte fastighetstillbehör eller annars fast egendom. Enligt länsrättens mening kan inte heller AB Familjebostäder Fastighetsnät genom avtalet anses ha anskaffat en rättighet avseende fast egendom i form av sublokation. Då 5 kap. 1 § andra stycket LOU skall tolkas restriktivt finner länsrätten vidare att den nyttjanderätt AB Familjebostäder Fastighetsnät erhåller genom avtalet inte heller skall jämnställas med någon sådan rättighet som enligt bestämmelsen är undantagen från LOU:s tillämpningsområde.

AB Familjebostäder Fastighetsnät har i sista hand hävdats att ramavtalet utgör en tjänstekoncession och att det därför inte omfattas av 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. Kännetecknade för en tjänstekoncession är således att leverantören tar verksamhetsrisken för de ifrågavarande tjänsterna, (se EG-domstolens dom i mål C-458/03).

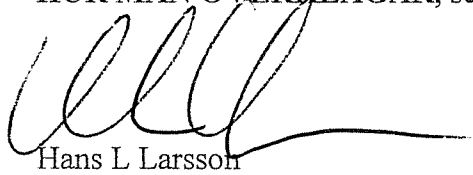
Enligt ramavtalet upplåter AB Stokab till AB Familjebostäder Fastighetsnät nyttjanderätt i fiberoptiskt ledningsnät. Ramavtalet omfattar 24 756 lägenheter och lokaler i 427 fastigheter. Annat framgår inte av avtalet än att AB Familjebostäder Fastighetsnät har ett betalningsansvar gentemot AB Stokab och att ersättningen beräknas utifrån antalet lägenheter och lokaler som omfattas av avtalet. Av avtalet framgår inte att AB Stokab för den upplåtna nyttjanderätten ska ta ut ersättning av någon annan än AB Familjebostäder Fastighetsnät.

Mot bakgrund av det anförda finner länsrätten att utredningen inte visar att ramavtalet avser en tjänstekoncession. Vad AB Familjebostäder Fastighetsnät anför om att det ekonomiska utfallet för AB Stokab är beroende av hur många fastighetsägare som väljer att ansluta sig till nätet föranleder inte någon annan bedömning.

Sammanfattningsvis finner länsrätten att utredningen i målet inte visar annat än att det aktuella ramavtalet avser sådana tjänster som omfattas av bestämmelserna i LOU. Tjänsterna skulle därför ha upphandlats i enlighet med bestämmelserna i LOU.

Eftersom bestämmelserna i LOU inte har iakttagits av AB Familjebostäder Fastighetsnät och Svenska Fibernät AB genom att ha uteslutits från upphandlingen får anses ha lidit eller riskerat att lida skada skall bolagets ansökan bifallas och upphandlingen göras om.

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

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke at the end.

Hans L Larsson

Rådman

Föredragande har varit Sara Thelin.



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 nå 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.

