



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
2014 -06- 18
 Meddelad i Malmö

Mål nr
 4146-14

| | |
|-------------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2014 -06- 19 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| KSnr | Aktbil |

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.

Dok.Id 210963

Postadress
 Box 4522
 203 20 Malmö

Besöksadress
 Kalendegatan 6

Telefon
 040-35 35 00
 E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se

Telefax
 040-97 24 90

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-16:00

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

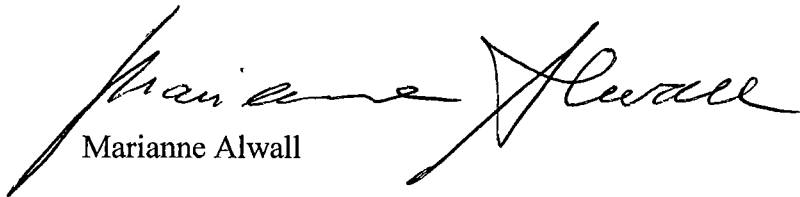
Av 1 kap. 4 § LOU följer att denna lag inte gäller för kontrakt som huvudsakligen syftar till att ge en upphandlande myndighet möjlighet att tillhandahålla eller driva publika telenät eller att för allmänheten tillhandahålla teletjänster.

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.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg.

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 mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.