



# DOM

2015-06-10  
Meddelad i Sundsvall

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2015-06-12	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

## KLAGANDE

Net at Once Sweden AB, 556506-3491

## Ombud:

Chefsjurist Pär Cronhult och bitr. jurist Viktor Robertson  
Box 5625  
114 86 Stockholm

## MOTPART

Bräcke kommun  
Box 190  
840 60 Bräcke

## ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Härnösands dom den 29 oktober 2014 i  
mål nr 425-14, se bilaga A

## SAKEN

Offentlig upphandling

---

## KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och återförvisar målet till  
förvaltningsrätten för fortsatt prövning.

---

### YRKANDEN

Net At Once Sweden AB (**bolaget**) yrkar att kommunens avtal med Telia Skanova Access AB ska ogiltigförklaras.

**Bräcke kommun** bestrider bolagets yrkande.

### VAD PARTERNA ANFÖR I KAMMARRÄTTEN

**Bolaget** åberopar de grunder och övriga omständigheter som tidigare anförts i målet samt anför i huvudsak följande. Förvaltningsrätten har lagt sådana omständigheter till grund för sin bedömning av avtalets odelbarhet som enligt EU-domstolens dom den 22 december 2010 i mål nr 215/09, Mehiläinen, inte kan utgöra grund för ett avtals odelbarhet. Förvaltningsrätten har vidare felaktigt, i strid med RÅ 1996 ref. 100, ansett att villkor om utbyggnad av ett optofibernet inom en kommun inte kan uppställas inom ramen för ett upphandlingsförfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Fördelar med att ingå de aktuella avtalen med en leverantör utgör enligt unionsrättslig praxis en helt irrelevant grund.

Av Mehiläinen framgår tydligt att parternas uppfattning om ett avtals eventuella odelbarhet inte utgör en tillräcklig omständighet. Det är inte heller möjligt att dra slutsatsen att ett avtal inte kan särskiljas från resten av det blandade avtalet på den grunden att det är fördelaktigt och konkurrenskraftigt. Den aktuella bedömningen ska enligt EU-domstolen i stället grunda sig på enbart sådana sakligt relevanta omständigheter som kan ligga till grund för behovet av att ingå ett enda avtal. Vidare kan utläsas ur Mehiläinen att omständigheter som hade kunnat säkerställas inom ramarna för ett offentligt upphandlingsförfarande inte i sig kan läggas till grund för att vända sig direkt till en enda leverantör. Det är först genom ett sådant offentligt förfarande som det går att med någon

säkerhet uttala sig om hur de aktuella marknads- och konkurrensförhållandena ser ut.

Av den s.k. försiktighetsprincipen framgår att varje undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som ges i EU-fördragen inom området för offentlig upphandling ska tolkas restriktivt och att det ankommer på den upphandlande myndighet som avser att åberopa ett undantag att bevisa att sådana särskilda omständigheter som skulle kunna motivera undantag faktiskt föreligger. Att som i förevarande mål undanta ett annars upphandlingspliktigt avtal från ett offentligt förfarande enligt LOU kräver således väldigt starka skäl. Kommunen har varken förmått visa något nödvändigt samband mellan avtalen eller att endast Skanova skulle ha varit villigt att genomföra utbygganden av ett optofibernet i kommunen. Förvaltningsrätten borde inte ha beaktat ett påstått men inte bevisat förhållande.

Undantaget för avtals odelbarhet följer inte av LOU. Ett genomförande av detta undantag planeras visserligen men har inte beslutats av riksdagen. Lagstiftarna i EU:s medlemsstater har som bekant möjlighet att i sina nationella regleringar ställa hårdare krav på sina myndigheter än vad som annars följer av direktiven eller av EU-domstolens tolkning. Det är emellertid enbart i de fall som en direktivbestämmelse med direkt effekt ger en enskild en rätt, som annars beskärs av nationell lagstiftning, som unionsrätten äger tolkningsföreträde.

**Kommunen** anser att förvaltningsrättens domslut är riktigt men vidhåller samtidigt att talan väckts för sent, att bolaget saknar talerätt samt att det s.k. teleundantaget är tillämpligt. Till stöd för sin inställning i målet anför kommunen i huvudsak följande.

Kommunen har redan tidigare visat marknadskrafternas ointresse. Avtalet innebär att medborgarna får tillgång till optofiber samt möjlighet att bo kvar och bedriva verksamhet i kommunen. Hyresavtalet utgör endast en mycket liten del av transaktionen i sin helhet och utbyggnaden skulle inte ske utan helheten. Det har varit nödvändigt att ingå samtliga avtal med samma leverantör. Avtalspaketet har inte varit annonseringspliktigt.

Även om begreppet leverantör tolkas extensivt måste det finnas utrymme att bedöma att någon saknar talerätt när ett fullgörande av ett avtal inte ryms inom bolagsordningen och klaganden inte ens påstår att den har förmåga att utföra aktuella arbeten. Att sälja internetkapacitet som någon annan har byggt är inte detsamma som att själv ansvara för en utbyggnad. Bolaget har inte påstått att det har förmåga att utföra arbetena.

#### **SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Bolaget har ansökt om överprövning av hyresavtalet och yrkat att detta ska ogiltigförklaras. Till stöd för sin ansökan har bolaget i huvudsak anfört att avtalet omfattas av upphandlingsskyldigheten i LOU och därför borde ha annonserats.

Kommunen har invänt att bolagets ansökan borde ha avvisats, dels på grund av att bolaget saknar talerätt eftersom det inte är en leverantör i LOU:s mening alternativt att ansökan kommit in för sent, dels att de tre avtalen (samarbetsavtalet, överlåtelseavtalet och hyresavtalet) utgör en odelbar enhet som faller utanför LOU:s tillämpningsområde. Kommunen har därvid specifikt hänvisat till det s.k. teleundantaget.

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 avtals 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.

Förvaltningsrättensrätten 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. Denna prövning bör av instansordningsskäl inte göras av kammarrätten som första instans. Förvaltningsrättens dom ska därför upphävas och målet återförvisas till förvaltningsrätten för fortsatt prövning.

---

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).



Peter Lif  
kammarrättsråd  
ordförande



Anders Odmark  
kammarrättsråd



David Wollein Waldetoft  
tf. kammarrättsassessor  
referent

Fredrik Sellberg  
kammarrättsfiskal  
föredragande



**SÖKANDE**

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

Ombud: Chefsjuristen Pär Cronhult och biträdande juristen Viktor Robert-  
son  
Box 5625  
114 86 Stockholm

**MOTPART**

Bräcke kommun  
Box 190  
840 60 Bräcke

**SAKEN**

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

---

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

---

### BAKGRUND

Bräcke kommun och 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.

De tre avtalen föregicks av att kommunen och Skanova den 21 maj 2013 undertecknade ett s.k. *letter of intent* i vilket avtalsparterna uttryckte sin avsikt att tillsammans förhandla fram de närmare villkoren för den affär som sedermera kommit till uttryck i de tre avtalen.

### YRKANDEN M.M.

**Net at Once Sweden AB** ansöker om överprövning av giltigheten av *hyresavtalet* och yrkar att det ska förklaras ogiltigt. Till stöd för sin ansökan anför Net at Once i huvudsak följande. Kommunen har utan föregående annonsering slutit avtal med Skanova om att, mot en löpande ersättning av 249 072 kr per år eller totalt 3 736 080 kr under avtalets löptid på 15 år, hyra fiberoptisk kabel från Skanova för att tillgodose kommunens eget behov av datakommunikation. Eftersom hyresavtalets kontraktsvärde överstiger gällande tröskelvärde borde det ha annonserats enligt LOU.



**Kommunen** motsätter sig Net at Onces ansökan i första hand på den grunden att ansökan ska avvisas. I andra hand invänder kommunen att det inte funnits någon skyldighet för kommunen att annonsera hyresavtalet enligt reglerna i LOU.

*Till stöd för sin inställning om att ansökan ska avvisas anför kommunen i huvudsak följande.*

Kommunens och Skanovas letter of intent är daterat den 21 maj 2013, dvs. mer än sex månader innan Net at Onces ansökan gavs in till förvaltningsrätten. Eftersom hyresavtalet enbart utgör en fortsättning på vad som redan reglerats i letter of intent kan det ifrågasättas om Net at Onces ansökan kommit in till förvaltningsrätten i tid.

Vidare kan det ifrågasättas om Net at Once överhuvudtaget har talerätt i målet. För att ha talerätt krävs nämligen att den som ansöker om överprövning enligt LOU är en leverantör och att denne anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada. I detta fall är det huvudsakligen fråga om att bygga upp ett nytt optofibernet vilket kräver bl.a. omfattande entreprenadarbeten, något som Net at Once inte ägnar sig åt, varför Net at Once inte kan anses vara en leverantör i LOUs mening.

*Till stöd för sin uppfattning om att det inte funnits någon skyldighet för kommunen att annonsera hyresavtalet enligt reglerna i LOU anför i kommunen i huvudsak följande.*

År 2010 fattades ett politiskt beslut med innebörden att hela kommunens befolkning senast år 2020 ska ha erbjudits bredband via optofiber. År 2011 var 0,03 procent av kommunens invånare uppkopplade med fiber. Innan kommunen tecknade ett letter of intent med Skanova var kommunen i olika sammanhang i kontakt med ett flertal bolag angående möjligheten för

dessa att bygga ut och förvalta ett optofibernet i kommunen, men inget av företagen visade något som helst intresse av att för egna medel bygga ut och förvalta ett sådant nät. Marknaden saknar således intresserade entreprenörer som kan lämna konkurrerande anbud.

Den enda möjligheten att till en rimlig kostnad erbjuda medborgarna fiberanslutning bedömdes vara att genomföra ett samarbete med den största ägaren av det befintliga optofibernet i kommunen, Skanova. Genom avtalspaketet har Skanova, samtidigt som de bygger fiber till allmänheten, förbundit sig att även bygga fiber till de kommunala verksamheterna. Det är sedan i huvudsak dessa som kommunen, genom hyresavtalet, kommer att hyra av Skanova.

Genom att samordna de tre momenten i avtalspaketet har kommunen kunnat säkerställa ett närmast heltäckande öppet publikt fibernet i kommunen till en begränsad kostnad och utan ekonomisk risk för kommunen. Det hade varken varit praktiskt möjligt eller tekniskt lämpligt för kommunen att ingå de olika beståndsdelarna i avtalspaketet med olika leverantörer. Samordning av grävarbeten och de höga etableringskostnaderna gör att det är ekonomiskt mycket angeläget att samordna arbetena. Vidare har man genom att ingå avtalspaketet med Skanova kunnat samnyttja det befintliga fibernet som tidigare ägts av både kommunen och Skanova. En offentlig upphandling av den egna kommunala anslutningen skulle kunna leda till att flera leverantörer skulle tvingas samsas i samma nät vilket i sin tur skulle leda till oklarheter avseende respektive parts ansvar för fel och brister vid störningar. En annan lösning på den uppkomna situationen skulle medföra att man blivit tvungen att låta bygga en parallell fiber till de kommunala verksamheterna, något som är orimligt. En sådan tillämpning skulle även medföra att hela kommuners befolkning skulle ha tillgång till bredband via optofiber – utom de kommunala verksamheterna.

Hyresavtalet är accessorsikt till samverkansavtalet och att enskilt bedöma hyresavtalet låter sig inte helt enkelt göras. Kommunen hade inte ingått hyresavtalet isolerat. Utan de övriga avtalen i avtalspaketet hade det dessutom saknats anledning för kommunen att ingå hyresavtalet eftersom man då ägt det aktuella nätet själv. Det hade dessutom varit orimligt att kommunen som villkor för att hyra de aktuella fiberanslutningarna skulle kunna uppställa krav på att leverantören ska bygga ut fibernätet i kommunen i aktuell omfattning. Hyresavtalet måste därför ses i ett sammanhang och bedömas som en del av den överenskommelse som syftar till att ge företag och allmänhet tillgång till bredband via optofiber. Till stöd för att samtliga avtal ska ses som en odelbar helhet åberopas Förvaltningsrätten i Malmös dom i mål 4146-14.

Avtalspaketet utgör således en odelbar enhet och anledningen till att allt inte skrevs i ett och samma dokument var för att de olika avtalen har olika huvudsakliga moment. Av praktiska skäl och för tydligheten bedömdes det därför ändamålsenligt att separera momenten. Hyresavtalet som sådant utgör endast en mycket begränsad del av Skanovas totala åtagande i det aktuella avtalspaketet. Den motprestation som utbyggnaden av fibernätet utgör (uppskattningsvis 75 miljoner kr) saknar motstycke i hyresavtalet. I det sammanhanget är det uppenbart att hyresavtalet endast utgör en mycket liten del av transaktionen i sin helhet.

Genom att låta Skanova samnyttja sin infrastruktur med kommunens har kommunen tillhandahållit möjligheten för en utbyggnad av optofiber i ett område som markanden varit helt ointresserad av. Det huvudsakliga syftet med och föremålet för affären är således att möjliggöra för kommunen att tillhandahålla ett öppet fibernät i den mening som avses i 1 kap. 4 § LOU. Begreppet *tillhandahålla eller driva publika telenät* omfattar givetvis också ett tillhandahållande till kommunen som brukare. Denna reglering skulle sakna praktisk betydelse om den innebar att det är tillåtet att utan

offentlig upphandling anskaffa ett närmast heltäckande fibernät men att den högst begränsade hyran vore annonseringspliktig enligt LOU. Det s.k. teleundantaget är således tillämpligt på hela avtalspaketet.

För det fall teleundantaget inte skulle anses vara tillämpligt på avtalet kan det konstateras att det aktuella hyresavtalet bygger på att kommunen har behov av fiber till de kommunala lokalerna i 15 år. Eftersom kommunen kan säga upp hyresavtalet när som helst ska det anses löpa med obestämd hyrestid. Avtalets värde ska därför beräknas med utgångspunkt i månadskostnaden om 21 555 kr multiplicerat med talet 48. Även om en lösenavgift läggs till månadskostnaden hamnar hyresavtalets kontraktsvärde under tröskelvärdet varför hyresavtalet ändå inte hade behövt annonseras enligt LOU.

Det finns enligt praxis (t.ex. HFD 2012 ref. 29) möjlighet för kommunen själv att använda den infrastruktur eller tjänst vars upphandling är undantagen enligt 1 kap. 4 § LOU eller som är föremål för en tjänstekoncession. Att en upphandlande myndighet som genomför en tjänstekoncession själv har möjlighet att köpa tjänster av koncessionshavaren framgår av Konkursverkets rapport 2012:4 *Tjänstekoncessioner – När, var hur*. Upphandlande myndigheter kan således visst göra åtaganden om köp inom ramen för en tjänstekoncession utan annonsering enligt LOU.

**Net at Once** bemöter kommunens invändningar i huvudsak på följande sätt.

Net at Once är i enlighet med sin bolagsordning leverantör av bl.a. internetkapacitet samt av informationstekniska lösningar och är således leverantör av sådana varor och tjänster som regleras i hyresavtalet.

Av det s.k. teleundantaget i 1 kap. 4 § LOU följer att vissa upphandlingar undantas från tillämpningen av LOU. Detta förutsätter emellertid att upphandlingen avser ett kontrakt som huvudsakligen syftar till att ge den upphandlande myndigheten möjlighet att tillhandahålla eller driva publika telenät eller att för allmänheten tillhandahålla teletjänster. Eftersom hyresavtalet enbart syftar till att tillgodose kommunens interna behov av telekommunikation i sina olika förvaltningar och då det är Skanova, och inte kommunen, som ska tillhandahålla nätet är teleundantaget inte tillämpligt på hyresavtalet.

En i målet uppkommande fråga är om de ingångna avtalen ska ses som en odelbar enhet och i så fall vilken avtalskombination och med vilken verkan detta kan påverka prövningen om hyresavtalets giltighet enligt LOU.

Vad gäller samarbetsavtalet hänför sig detta huvudsakligen till att kommunen såsom lokal myndighet och markägare ska göra det möjligt för Skanova att etablera ett lokalt bredbandsnät för tredjeman (allmänheten och företag) i regionen. Samarbetsavtalet utgör därmed inte i sig någon nödvändig förutsättning för förverkligandet av varken hyresavtalet eller överlåtelseavtalet, enligt vilka kommunen överlåter till och sedan hyr tillbaka sitt interna bredbandsnät från Skanova. Samarbetsavtalet utgör således inte någon odelbar enhet tillsammans med hyresavtalet och överlåtelseavtalet som gör att dessa avtal inte kan separeras från varandra utan måste betraktas som ett självständigt avtal.

Vad gäller hyresavtalet utgör det ensamt ett sådant avtal som omfattas av upphandlingsskyldighet enligt LOU. Vid ett ingripande enligt LOU är det dock lämpligt att kombinera hyresavtalet med överlåtelseavtalet som en odelbar enhet eftersom dessa båda avtal är omedelbart förknippade med och beroende av varandra. Vid en sådan bedömning bör beaktas att hyresavtalets värde uppgår till över 3,7 miljoner kr medan överlåtelseavtalet

avser ett vederlag på 1 kr, och i praktiken innebär en remuneratorisk gåva från kommunen till Skanova. Det upphandlingspliktiga hyresavtalet måste därvid anses utgöra det kombinerade avtalets dominerande beståndsdel så att detta omfattas av upphandlingsskyldigheten enligt LOU. Detta synsätt vinner även stöd av att det huvudsakliga ändamålet med dessa båda avtal är att säkra kommunens framtida behov av ett fungerande kabelnät för bredbandskommunikation i de egna förvaltningarna vilket kommunen är skyldig att upphandla enligt LOU. Vidare finns det åtminstone ett exempel på en annan kommun som upphandlat ett liknande hyresavtal enligt LOU. Detta har enligt den aktuella kommunen bedömts kunna upphandlas separat och anbud har också inkommit från olika anbudsgivare vilket starkt talar för att denna typ av avtalspaket inte utgör en odelbar enhet.

Skulle förvaltningsrätten emellertid ändå finna att samarbetsavtalet ska ingå i en odelbar enhet tillsammans med hyresavtalet och överlåtelseavtalet kan detta ändå inte medföra undantag från upphandling enligt LOU. Som framgår av RÅ 1996 ref. 100 är det nämligen möjligt att vid offentlig upphandling av bl.a. A-tjänster uppställa villkor om att anbudsgivarna också ska upprätthålla anknytande service till allmänheten. Det hade sålunda varit möjligt för kommunen att i samband med ett annonserat offentligt upphandlingsförfarande enligt LOU säkerställa även sådana villkor som ett lokalt bredbandsnät för allmänheten som regleras genom samarbetsavtalet. Noteras kan även att det i beaktandesats 12 till direktivet (2014/24/EU) framhålls att vid blandade kontrakt, oavsett värde och vilka rättsregler som de andra delarna annars skulle omfattas av, bör huvudprincipen vara att detta direktiv fortsätter att gälla för hela det blandade kontraktet.

Någon tjänstekoncession är det inte fråga om eftersom de aktuella avtalen i huvudsak avser hyra av ett passivt nät för bredbandskommunikation och såldes är att bedöma som varukontrakt. Eftersom varken hyresavtalet, överlåtelseavtalet eller samarbetsavtalet var för sig eller tillsammans som

ett avtalspaket utgör *kontrakt av samma slag som ett tjänstekontrakt* kan det i målet inte heller vara fråga om någon sådan prövning av tjänstekoncession som enligt 1 kap. 6 § sjätte stycket LOU undantas från lagens tillämpning.

#### SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

När en upphandlande myndighet har ingått ett avtal utan föregående annonsering enligt förfaranderegler i LOU, trots att avtalet rätteligen borde ha föregåtts av en annonserad upphandling, kan förvaltningsrätten förklara avtalet ogiltigt enligt 16 kap. 13 § LOU. För att ett avtal ska kunna ogiltigförklaras på denna grund krävs inte att den leverantör som ansökt om överprövning har lidit eller kan komma att lida någon skada på grund av överträdelsen.

*Har ansökan om överprövning kommit in i rätt tid?*

Enligt 16 kap 17 § LOU ska en ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts.

Av ett antal överrättsavgöranden (se bl.a. Kammarrätten i Göteborgs dom den 27 april 2012 i mål nr 1141-12) framgår att ett *letter of intent* inte omfattas av upphandlingslagstiftningens kontrakts- eller avtalsbegrepp och därför inte kan angripas med en ogiltighetstalan enligt bestämmelserna i LOU.

Den i lagen angivna sexmånadersfristen ska således räknas från det datum då avtalet slöts vilket var den 20 augusti 2013. När avtalets ansökan om överprövning kom in till förvaltningsrätten den 5 februari 2014, vilket är inom den lagstadgade tidsfristen, varför ansökan har kommit in i tid.

*Har Net at Once talerätt?*

Enligt 16 kap. 4 § LOU får allmän förvaltningsdomstol, efter en ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada, överpröva glitigheten av ett avtal som slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör. Av Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2013 ref. 53 framgår att det är sökandens egen uppfattning om skadan som är relevant vid bedömningen av vilken leverantör som har talerätt.

Kommunen invänder att Net at Once inte är leverantör och därför saknar talerätt i målet.

Med leverantör avses enligt 2 kap. 11 § LOU den som på markanden tillhandahåller varor eller tjänster m.m. Lagens leverantörsbegrepp är vitt formulerat och innefattar varje aktör på marknaden som tillhandahåller varor eller tjänster.

Av Net at Once bolagsordning framgår följande.

**§3 Verksamhet**

Föremål för bolagets verksamhet är Internetoperatör, försäljning av Internetkapacitet s.k. bandbredd till företag och privatpersoner. Försäljning av informationsteknologiska lösningar och därmed förenlig verksamhet.

Eftersom leverantörsbegreppet ska tolkas brett gör förvaltningsrätten bedömningen att Net at Once ska anses vara en leverantör i LOUs mening. Då Net at Onces uppfattning är att man i vart fall riskerat att lida skada får Net at Once anses ha talerätt i målet.

*Är teleundantaget i 1 kap. 4 § LOU tillämpligt?*

Av 1 kap. 4 § LOU följer att LOU inte tillämpas på kontrakt som huvudsakligen syftar till att ge den upphandlande myndigheten möjlighet att till-



handahålla eller driva publika telenät eller att för allmänheten tillhandahålla teletjänster.

För den närmare tolkningen av teleundantagets tillämplighet i målet har förvaltningsrätten inhämtat yttrande från Konkurrensverket (Konkurrensverkets yttrande den 12 juni 2014, dnr 348/2014), se bilaga 1.

Konkurrensverket har i detta avseende uttalat bl.a. följande.

Teleundantaget [har] tillkommit eftersom unionslagstiftaren bedömt att de upphandlande myndigheter som bedriver sådan verksamhet som avses i bestämmelsen verkar på en avreglerad och konkurrensutsatt marknad. Om en upphandlande myndighet emellertid i stället väljer, såsom kommunen har gjort i förevarande mål, att låta ett i förhållande till myndigheten fristående företag utöva de aktuella verksamheterna, kan myndigheterna enligt Konkurrensverkets bedömning inte längre anses driva eller tillhandahålla sådana telenät eller teletjänster som avses i 1 kap. 4 § LOU.

Om en upphandlande myndighet sluter avtal med ekonomiska villkor med en leverantör (eller flera leverantörer) i syfte att *leverantören* ska tillhandahålla eller driva sådana nät eller tjänster för allmänheten som avses i 1 kap. 4 § LOU, omfattas dessa avtal följaktligen enligt Konkurrensverkets bedömning inte av teleundantaget. I sådana fall uppträder den upphandlande myndigheten inte som en aktör på den eller de aktuella marknaderna, utan som en offentlig beställare och delfinansiär av en infrastruktur, vars existens kan ha bedömts vara av allmänt intresse, men där markanden inte visat tillräckligt intresse eller tjänsterna skulle bli för dyra för användarna.

Utifrån vad som har framkommit i målet, kan de aktuella avtalen mellan kommunen och Skanova inte över huvud taget anses syfta till att ge *kommunen möjlighet att utföra sådan verksamhet* som avses i teleundantaget i 1 kap. 4 § LOU. I stället får avtalen sammantaget syfta till att Skanova ska tillhandahålla eller driva såväl publika telenät eller teletjänster som nät eller tjänster för de kommunala förvaltningarnas interna behov. Teleundantaget är därför enligt Konkurrensverket inte tillämpligt i målet.

En förutsättning för att teleundantaget ska vara tillämpligt är att det är fråga om ett kontrakt som huvudsakligen syftar till att ge den upphandlande myndigheten möjlighet att tillhandahålla sådana nät eller tjänster som avses i bestämmelsen.

Bestämmelsen i 1 kap. 4 § LOU utgör ett undantag från lagens tillämpningsområde och ska därför tolkas restriktivt. Det är den som gör gällande

att undantaget får tillämpas som har bevisbördan för att det föreligger sådana omständigheter som medger detta.

Kommunen gör härvid gällande att hyresavtalet måste ses i sitt sammanhang, tillsammans med de övriga avtalen i avtalspaketet, varvid det huvudsakliga syftet med och föremålet för affären är att möjliggöra för kommunen att tillhandahålla ett öppet fibernät i den mening som avses i 1 kap. 4 § LOU.

Förvaltningsrätten kan dock konstatera att kommunen genom förvevarande avtalspaket inte kommer att tillhandahålla eller driva någon sådan verksamhet som avses med teleundantaget i 1 kap. 4 § LOU. Genom avtalspaketet kommer i stället Skanova att ges möjlighet att tillhandahålla och driva sådan verksamhet som omfattas av teleundantaget. Mot bakgrund härav finner förvaltningsrätten att teleundantaget inte är tillämpligt i målet.

*Finns det någon annan möjlighet för kommunen att underlåta annonsering av hyresavtalet enligt LOU?*

Enligt EU-domstolens praxis kan ett blandat avtal, som innehåller både anskaffningar som omfattas av det upphandlingsrättsliga regelverket och transaktioner som faller utanför regelverket, under vissa förutsättningar i sin helhet falla utanför upphandlingsreglernas tillämpningsområde (se de förenade målen C-145/08 och C-149/08 *Club Hotel Loutraki* samt mål C-215/09 *Mehiläinen*).

Av Konkurrensverket yttrande framgår i denna del bl.a. följande.

Vid en läsning av EU-domstolens praxis framgår det inte otvetydigt i de olika avgöranden om de blandade kontrakt som varit föremål för prövning utgjorts av *ett enda* eller *flera* avtal. Enligt Konkurrensverkets bedömning bör emellertid, oaktat detta, det faktum att en upphandlande myndighet och en leverantör genomför en affär i flera olika avtal, inte i sig utesluta att affären kan bedömas med ledning från EU-domstolens praxis om blandade avtal.

Att avtalsparterna väljer att teckna ned sina avsikter rörande ett flertal rättshandlingar i flera olika avtalsdokument, utesluter enligt Konkurrensverket inte att affärens olika delmoment ändå bildar en odelbar enhet på ett sådant sätt att det ska prövas vad som utgör dess huvudsakliga ändamål eller dominerande beståndsdel. Det finns enligt Konkurrensverkets bedömning inga bärande sakskalet till varför EU-domstolens praxis rörande blandade avtal inte ska tillämpas endast på grund av att flera avtal slutits i stället för ett enda.

Om en affär genomförs i flera olika avtal, kan detta emellertid enligt Konkurrensverket i vissa fall utgöra en indikation på att de olika beståndsdelarna i objektiv mening inte är odelbara, men förekomsten av fler avtal kan lika väl i ett annat fall ha endast begränsad, eller ingen, betydelse för denna bedömning. 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.

Konkurrensverket tar inte ställning till huruvida affären, om den ska bedömas i sin helhet, kunnat ske utan föregående annonsering enligt LOU.

För att bedöma om ett blandat avtal faller utanför LOUs tillämpningsområde ska således affärens olika beståndsdelar, på objektiva grunder, bedömas vara så pass svåra att separera och nödvändiga att behandla i en och samma affär att de bildar en *odelbar enhet*. Om det är fråga om en sådan odelbar enhet avgör affärens huvudsakliga ändamål eller dominerande beståndsdel om affären ska anses upphandlingspliktig eller inte.

Förvaltningsrätten har härvid i första hand att ta ställning till om några eller alla avtal ska anses bilda en odelbar enhet.

Kommunen gör i denna del gällande att det huvudsakliga syftet med avtalspaketet är att tillhandahålla ett publikt fibernät till kommunens invånare. Genom avtalspaketet har kommunen tillhandhållit möjligheten för en närmast heltäckande utbyggnad av fiber till en rimlig kostnad för kommuninvånarna och utan ekonomisk risk för kommunen i ett område som marknaden tidigare varit helt ointresserad av. Enligt kommunen har samtliga delar i avtalspaketet varit nödvändiga för att möjliggöra utbyggnaden av optofibernet i kommunen. Vidare skulle det varken ha varit praktiskt möjligt eller tekniskt lämpligt att ingå de olika beståndsdelarna i avtalspa-

ketet med olika leverantörer. Avtalspaketet ska därför anses utgöra en odelbar enhet.

Net at Once invänder häremot att i vart fall samarbetsavtalet är möjligt att separera från överlåtelseavtalet och hyresavtalet. Till stöd för sin invändning hänvisar Net at Once bl.a. till att en annan kommun har genomfört ett liknande upplägg men då annonserat hyresavtalet enligt LOU.

Förvaltningsrätten kan härvid konstatera att den omständigheten att en annan upphandlande myndighet har genomfört ett likande upplägg och därvid separerat hyresavtalet från övriga avtal inte i sig kan anses medföra att det i samtliga fall är möjligt att separera liknande avtal på det sättet. Däremot kan den omständigheten att en annan upphandlande myndighet har kunnat separerat liknande avtal tala för att det är möjligt att separera avtalen.

Enligt förvaltningsrättens mening måste hänsyn tas till samtliga omständigheter i det enskilda fallet för att det ska vara möjligt att avgöra om ett avtalspaket ska anses utgöra en odelbar enhet eller inte.

Förvaltningsrätten anser härvid att det i målet framkommit att det huvudsakliga och helt dominerande syftet med avtalspaketet är att möjliggöra en utbyggnad av optofibernet till kommunens invånare och företag. Den argumentationen som kommunen framför tar framför allt sikte på fördelarna med att ingå de aktuella avtalen med en leverantör, vilket enligt förvaltningsrättens mening starkt talar för att avtalspaketets olika delar ska anses utgöra en odelbar enhet. Mot bakgrund av vad kommunen anfört om att det inte funnits någon annan leverantör som varit villig att för egna medel bygga ut och driva ett optofibernet samt vad som i övrigt framkommit om de olika delarna i avtalspaketet saknar förvaltningsrätten anledning att ifrågasätta kommunens bedömning av att det varit nödvändigt att ingå samtliga avtal i avtalspaketet med samme leverantör.

Vad avser Net at Onces hänvisning till RÅ 1996 ref. 100 och påståendet att det varit möjligt att i samband med upphandling av hyresavtalet även säkerställa utbyggnaden av ett lokalt bredbandsnät enligt samarbetsavtalet, framstår detta som orimligt då det senare utgör en så stor del i jämförelse med det förra, att det inte kan vara accessoriskt till detta.

Vid en sammantagen bedömning finner förvaltningsrätten att kommunen har presenterat tillräcklig bevisning för att på objektiva grunder bedöma att samarbetsavtalet, överlåtelseantalet och hyresavtalet är förbundna med varandra på ett sådant sätt att de ska anses utgöra en odelbar enhet. Vad Net at Once i övrigt anfört i denna del ändrar inte förvaltningsrättens bedömning.

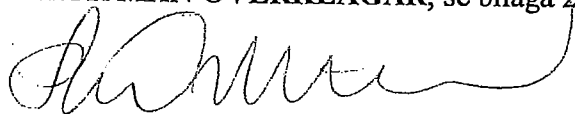
Följdfrågan som förvaltningsrätten då har att ta ställning till är vilket som är avtalspaketets huvudsakliga ändamål eller dominerande beståndsdel och om detta är upphandlingspliktigt eller inte.

Såsom förvaltningsrätten ovan konstaterat är avsikten med avtalspaketet att kommuninvånarna ska erbjudas ett utbyggt fibernät till såväl bostäder som företags- och industrilokaler. I sammanhanget framstår samarbetsavtalet, som syftar till att Skanova ska bygga ut fibernätet i kommunen, som den helt dominerade beståndsdel. Det är också den del i avtalspaketet som betingar det högsta värdet. Såsom kommunen i den här delen gör gällande hade varken överlåtelseavtalet eller hyresavtalet behövt ingås om Skanova inte hade åtagit sig att bygga ut fibernätet i kommunen. Förvaltningsrätten finner mot bakgrund härav att samarbetsavtalet utgör avtalspaketets huvudsakliga ändamål. Vad Net at Once anfört om att det nya direktivet ska gälla för hela kontraktet vid blandade kontrakt och att kommissionen uttryckt att verksamhet med lokal bredbandsutbyggnad har ett bestämt gränsöverskridanden intresse, medför ingen annan bedömning i detta avseende.

Då kommunen genom samarbetsavtalet inte genomför någon anskaffning och då avtalspaketet inte heller på någon annan grund skulle vara upphandlingspliktigt enligt LOU finner förvaltningsrätten att någon annonseringskyldighet enligt LOU inte föreläggat. Vad som framkommit i målet i övrigt medför inte heller att avtalet ska förklaras ogiltigt. Net at Onces ansökan om överprövning av avtalets giltighet ska därför avslås.

---

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga 2 (DV 3109/1C).



Kerstin Widmark

rådman

Målet har föredragits av föredraganden Lina Abrahamsson.

Förvaltningsrätten i Härnösand  
Box 314  
871 27 Härnösand

## Mål nr 425-14

### Net at Once Sweden AB ./. Bräcke kommun angående överprövning av avtals giltighet

Förvaltningsrätten i Härnösand har anmodat Konkurrensverket att yttra sig i målet. Yttrandet bör avse frågan om det så kallade teleundantaget i 1 kap. 4 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och undantagets tillämplighet på det i målet aktuella avtalet om hyra av fiberförbindelser mellan Bräcke kommun (kommunen) och TeliaSonera Skanova Access AB (Skanova). Förvaltningsrätten önskar härvid att Konkurrensverket särskilt uttalar sig om vad som bör beaktas vid bedömningen av om kommunens verksamhet ska anses omfattas av begreppet tillhandahålla eller driva publika telenät i den mening som avses i 1 kap. 4 § LOU. För det fall Konkurrensverket anser att kommunens verksamhet omfattas av begreppet bör Konkurrensverket även uttala sig om vad som avses med begreppet kontrakt och därmed i vilken mån övriga avtal ska beaktas vid bedömningen av vad som anses vara hyresavtalets huvudsakliga syfte. Yttrandet kan även avse andra frågor som Konkurrensverket vill beröra.

Konkurrensverket får anföra följande.

### Bakgrund

1. Kommunen och Skanova har den 20 augusti 2013 slutit tre avtal rörande bland annat drift och utbyggnad av telenät i kommunen; ett samarbetsavtal, ett avtal om överlåtelse av kommunens fibernät samt ett avtal om hyra av fiberförbindelser.
2. Enligt *samarbetsavtalet* ska Skanova bland annat bygga ut fibernät till bostäder och industri- och affärslokaler inom ett flertal tätorter i kommunen.
3. Enligt *överlåtelseavtalet* säljer kommunen sitt befintliga fibernät med tillhörande kanalisation till Skanova. Köpeskillingen uppgår till en krona.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN I HÄRNÖSAND	
Ink	2014 -06- 17
Målnr	425-14
Aktbil.	20

Adress 103 85 Stockholm  
Besöksadress Torsgatan 11  
Telefon 08-700 16 00  
Fax 08-24 55 43  
konkurrensverket@kkv.se

4. Enligt avtalet om hyra av fiberförbindelser (*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.
5. De tre avtalen föregicks av att kommunen och Skanova den 21 maj 2013 undertecknade ett så kallat *letter of intent* i vilket avtalsparterna uttryckte sin avsikt att tillsammans förhandla fram de närmare villkoren för den affär som sedermera kommit till uttryck i de tre avtalen den 20 augusti 2013.
6. Företaget Net at Once Sweden AB har den 5 februari 2014 med åberopande av 16 kap. 13 § LOU hos Förvaltningsrätten i Härnösand ansökt om överprövning av giltigheten av *hyresavtalet*. De övriga två avtalen (överlåtelseavtalet och samarbetsavtalet) är inte föremål för ansökan om överprövning. Kommunen har motsatt sig bifall till ansökan.

### Konkurrensverkets svar på förvaltningsrättens frågor

#### Aktuella bestämmelser m.m.

7. Enligt 1 kap. 4 § LOU gäller inte lagen för kontrakt som huvudsakligen syftar till att ge en upphandlande myndighet möjlighet att tillhandahålla eller driva publika telenät eller att för allmänheten tillhandahålla teletjänster.
8. Bestämmelsen i 1 kap. 4 § LOU motsvaras av artikel 13 i direktiv 2004/18/EG, som har följande lydelse. Detta direktiv ska inte tillämpas på sådana offentliga kontrakt som huvudsakligen syftar till att ge en upphandlande myndighet möjlighet att tillhandahålla eller driva publika telenät, eller att för allmänheten tillhandahålla en eller flera teletjänster.
9. Eftersom 1 kap. 4 § LOU genomför artikel 13 i direktiv 2004/18/EG ska bestämmelsen i LOU tolkas mot bakgrund av direktivets ordalydelse och syfte så att det resultat som avses i direktivet uppnås (principen om direktivkonform tolkning).<sup>1</sup>
10. Bestämmelsen i 1 kap. 4 § LOU utgör ett undantag från lagens tillämpningsområde och ska därför enligt EU-domstolens och Högsta förvaltningsdomstolens praxis samt svenska förarbetsuttalanden tolkas restriktivt, och

<sup>1</sup> Se bl.a. mål 14/83 *von Colson*, punkt 26, mål C-106/89 *Marleasing*, punkt 8, mål C-91/92 *Faccini Dori*, punkt 26, de förenade målen C-240/98–C-244/98 *Océano Grupo Editorial*, punkt 30, mål C-408/01 *Adidas*, punkt 21, de förenade målen C-397/01–C-403/01 *Pfeiffer*, punkt 110 och mål C-212/04 *Adeneler m.fl.*, punkt 108.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN HÄRNÖSAND	
Ink	2014-06-17
Målnr	425-14 20
	Aktbil.





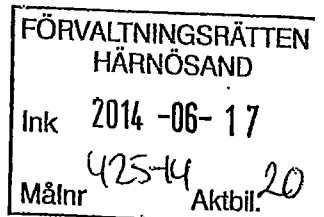
det är den som gör gällande att undantaget får tillämpas som har bevisbördan för att det föreligger sådana omständigheter som medger detta.<sup>2</sup>

11. I artikel 1.15 i direktiv 2004/18/EG återfinns definitioner av bl.a. begreppen *teletjänster* och *publikt telenät*. Dessa definitioner ska användas vid tillämpningen av bl.a. artikel 13 i direktivet. Med *teletjänster* avses tjänster som helt eller delvis består av överföring och sändning av signaler via det publika telenätet med hjälp av telekommunikationsteknik, med undantag för radio- och TV-sändningar. Med *publikt telenät* avses den allmänna kommunikationsstruktur som möjliggör överföring av signaler mellan bestämda nätterminaler med hjälp av kablar, radiolänkar, optiska medel eller andra elektromagnetiska medel.
12. I beaktandesats 21 i direktiv 2004/18/EG anges följande. Eftersom telekommunikationssektorn är utsatt för verklig konkurrens till följd av att gemenskapsbestämmelserna om liberalisering av denna sektor har genomförts, bör offentliga kontrakt på det området undantas från detta direktivs tillämpningsområde, i den mån dessa kontrakt huvudsakligen syftar till att ge den upphandlande myndigheten möjlighet att utöva vissa verksamheter inom telekommunikationssektorn. Dessa verksamheter fastställs genom definitionerna i artiklarna 1, 2 och 8 i rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport och telekommunikationssektorena på så sätt att det här direktivet inte är tillämpligt på kontrakt som har undantagits från tillämpningsområdet för direktiv 93/38/EEG enligt artikel 8 i det direktivet.

#### Bakgrunden till teleundantaget

13. För att kunna besvara förvaltningsrättens frågor finns det enligt Konkurrensverket anledning att undersöka bakgrunden till och den närmare utformningen av teleundantaget i 1 kap. 4 § LOU.
14. Enligt Konkurrensverkets bedömning är teleundantaget en konsekvens av ett generellt förhållningssätt i det upphandlingsrättsliga regelverket, nämligen att när företag eller andra organ agerar på en marknad och är utsatta för ett konkurrenstryck, har unionslagstiftaren ansett att det saknas anledning att underkasta sådana aktörer en skyldighet att genomföra anskaffningar enligt upphandlingsreglerna, eftersom de ändå kan presumeras genomföra inköp affärsmässigt. Statliga och kommunala myndigheter och vissa andra offentligt ägda eller kontrollerade organ agerar många gånger inte på sådana

<sup>2</sup> Se bl.a. mål 199/85 *Kommissionen mot Italien* punkt 14, de förenade målen C-20/01 och C-28/01 *Kommissionen mot Tyskland* punkt 58, mål C-385/02 *Kommissionen mot Italien*, punkt 19, mål C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, punkt 33 och mål C-26/03 *Stadt Halle*, punkt 46, prop. 2001/02:142 s. 99, prop. 2006/07:128 s. 291 samt Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i RÅ 2005 ref 10, RÅ 2008 ref 79 och RÅ 2009 not 134.



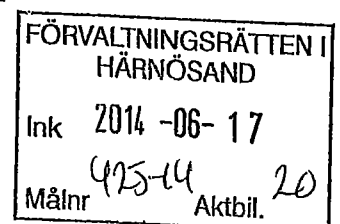


marknadsmässiga villkor med något reellt konkurrenstryck utan riskerar, enligt den grundsyn på vilken upphandlingslagstiftningen bygger, att ta ovidkommande hänsyn när de genomför inköp. Bland annat av detta skäl finns det enligt unionslagstiftaren ett behov av att underkasta upphandlande myndigheters inköp ett regelverk som syftar till att åstadkomma objektivitet och affärsmässighet m.m.

15. Unionslagstiftaren har, såsom har redogjorts för i punkt 12 ovan, bedömt att telekommunikationssektorn är utsatt för en verklig konkurrens. Marknadsaktörerna i denna sektor är i de olika medlemsstaterna i EU både privata och offentliga.
16. Det är mot denna bakgrund teleundantaget i 1 kap. 4 § LOU ska förstås.
17. Till skillnad från undantagen i exempelvis 1 kap. 6 § LOU tar teleundantaget i 1 kap. 4 § inte sikte på ett särskilt *kontraktsföremål*, utan på att en anskaffning i huvudsak syftar till att ge en upphandlande myndighet möjlighet att utöva de verksamheter som anges i bestämmelsen. Vilka slags varor, tjänster eller byggtreprenader som upphandlas saknar i sig betydelse vid bedömningen av om teleundantaget är tillämpligt.
18. Avgörande för teleundantagets tillämplighet är således, för det första, vilken eller vilka *verksamheter* den kontraktstilldelande myndigheten bedriver. Om myndigheten, utöver aktuell telekommunikationsverksamhet, också bedriver verksamhet som faller utanför bestämmelsens tillämpningsområde, ska det även prövas om kontraktet i fråga *huvudsakligen* syftar till att ge *myndigheten möjlighet att utföra verksamhet* som omfattas av teleundantaget.
19. Ett illustrativt exempel på teleundantagets tillämpningsområde återfinns i Konkurrensverkets yttrande den 23 mars 2010 till Kammarrätten i Stockholm.<sup>3</sup> I det målet genomförde ett kommunalt bolag, som bedömdes uteslutande bedriva verksamhet som omfattas av 1 kap. 4 § LOU, en upphandling av juristtjänster. Dessa tjänster skulle endast utföras åt det aktuella kommunala bolaget (och inte åt något annat bolag i den kommunala koncernen). Konkurrensverket bedömde att upphandlingen omfattades av teleundantaget och därför inte behövde genomföras enligt förfarandereglererna i LOU. Kammarrätten i Stockholm gjorde samma bedömning, och tillade för egen del att alla kontrakt som det kommunala bolaget tilldelade var undantagna från LOU:s tillämpningsområde.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Konkurrensverkets dnr 153/2010.

<sup>4</sup> Kammarrätten i Stockholm, mål nr 143-10. Ytterligare redogörelser för teleundantaget i LOU återfinns i Konkurrensverkets yttrande den 23 mars 2010 i ärende 153/2010 samt i ett beslut från Konkurrensverket den 13 mars 2013 i ärende 290/2012.





**Omfattas det eller de i målet aktuella avtalen av teleundantaget?**

20. När det gäller det i målet benämnda *hyresavtalet* mellan kommunen och Skanova, bedömer Konkurrensverket att detta avtal i sig inte kan anses syfta till sådan drift eller tillhandahållande som avses i 1 kap. 4 § LOU. När en upphandlande myndighet av en extern leverantör hyr kapacitet i ett telenät för myndighetens interna behov är det enligt Konkurrensverket 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 huruvida ett sådant telenät rent tekniskt också är sammankopplat med eller utgör en del av ett publikt telenät.
21. Fråga uppkommer emellertid om även *samarbetsavtalet* och *överlåtelseavtalet* ska kunna inverka på bedömningen av om hyresavtalet kan vara undantaget upphandlingsskyldighet enligt LOU. Frågan om det är möjligt att i detta avseende beakta flera olika avtal gemensamt behandlas nedan i punkterna 29-40.
22. Om hyresavtalet skulle kunna prövas tillsammans med *samarbetsavtalet* och *överlåtelseavtalet* (vilket alltså redogörs för i punkterna 29-40 nedan), uppkommer frågan om dessa tre avtal sammantaget omfattas av teleundantaget i 1 kap. 4 § LOU över huvud taget, dvs. syftar dessa avtal huvudsakligen till att kommunen ska tillhandahålla eller driva publika telenät eller att för allmänheten tillhandahålla teletjänster? Konkurrensverket redogör i det följande för denna fråga (punkterna 23-28).
23. Såsom Konkurrensverket har redogjort för ovan i punkterna 13-19, har teleundantaget tillkommit eftersom unionslagstiftaren bedömt att de upphandlande myndigheter som bedriver sådan verksamhet som avses i bestämmelsen verkar på en avreglerad och konkurrensutsatt marknad. Om en upphandlande myndighet emellertid istället väljer, såsom kommunen har gjort i förevarande mål, 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.
24. Om en upphandlande myndighet sluter avtal med ekonomiska villkor med en leverantör (eller flera leverantörer) i syfte att *leverantören* ska tillhandahålla eller driva sådana nät eller tjänster för allmänheten som avses i 1 kap. 4 § LOU, omfattas dessa avtal följaktligen enligt Konkurrensverkets bedömning inte av teleundantaget. I sådana fall uppträder den upphandlande myndigheten inte som en aktör på den eller de aktuella marknaderna, utan som en offentlig beställare och delfinansiär av en infrastruktur, vars existens kan ha bedömts vara av allmänt intresse, men där marknaden inte visat tillräckligt intresse eller tjänsterna skulle bli alltför dyra för användarna. Ett exempel på när en upphandlande myndighet uppträder som en sådan beställare är när

FÖRVALTNINGSRÄTTEN I HÄRNÖSAND	
Ink	2014 -06- 17
Målnr	425-14
Aktbil.	20



Post- och telestyrelsen genomför offentliga upphandlingar enligt LOU av teletjänster som därefter tillhandahålls personer med funktionsnedsättning.<sup>5</sup>

25. Det kan noteras att formuleringen "tillhandahållande eller drift av publika nät" också återfinns i 1 kap. 8 § lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF). Enligt den bestämmelsen avses med begreppen "tillhandahållande eller drift" både då en upphandlande enhet i egen regi bedriver sådan transportverksamhet som avses i bestämmelsen, men också när en upphandlande enhet uppdrar åt någon annan att utföra trafiken.<sup>6</sup> Följaktligen saknar det betydelse för tillämpligheten av 1 kap. 8 § LUF huruvida den upphandlande enheten själv utför verksamheten eller genom upphandling har lagt ut utförandet på andra företag.
26. Enligt Konkurrensverkets bedömning kan teleundantaget i 1 kap. 4 § LOU inte ges motsvarande innebörd som 1 kap. 8 § LUF. En avgörande skillnad mellan de båda bestämmelserna är nämligen att det enligt ordalydelsen i 1 kap. 4 § LOU är den *upphandlande myndigheten* som ska tillhandahålla eller driva nätet eller tjänsterna, medan 1 kap. 8 § LUF tar sikte på verksamheten som sådan, *oaktat vem* som utför den.
27. Därutöver är 1 kap. 8 § LUF inte en undantagsbestämmelse, utan en regel om i vilka situationer vissa transporttjänster omfattas av den lagen. De överväganden som ligger bakom utformningen av 1 kap. 8 § LUF är andra än dem som legat till grund för teleundantaget i 1 kap. 4 § LOU. Vidare följer det av beaktandesats 21 till direktiv 2004/18/EG att teleundantaget är avsett för kontraktstilldelningar som syftar till att ge den upphandlande myndigheten *möjlighet att utöva vissa verksamheter*, inte tilldelningar där myndigheten låter andra utföra dessa verksamheter. Mot bakgrund av den allmänna principen att bestämmelser om undantag från LOU:s (och det bakomliggande direktivets) tillämpningsområde ska tolkas restriktivt, och med särskilt beaktande av de överväganden som ligger bakom teleundantaget, är det enligt Konkurrensverket inte korrekt att tolka 1 kap. 4 § LOU på så sätt att den ges en motsvarande innebörd som bestämmelsen i 1 kap. 8 § LUF.
28. Utifrån vad som har framkommit i målet, kan de aktuella avtalen mellan kommunen och Skanova inte över huvud taget anses syfta till att ge *kommunen möjlighet att utföra sådan verksamhet* som avses i teleundantaget i 1 kap. 4 § LOU. Istället får avtalen sammantaget syfta till att Skanova ska tillhandahålla eller driva såväl publika telenät eller teletjänster som nät eller tjänster för de kommunala förvaltningarnas interna behov. Teleundantaget är därför enligt Konkurrensverket inte tillämpligt i målet.

<sup>5</sup> Se även prop. 2006/07:128 s. 287.

<sup>6</sup> Jfr prop. 2006/07:128 s. 453.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN I	
HÄRNÖSAND	
Ink	2014-06-17
Målnr	425-14
Aktbil.	20



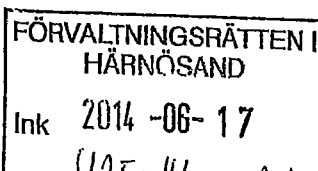
Kan hyresavtalet bedömas tillsammans med de två andra avtalen mellan kommunen och Skanova?

29. Vid den bedömning som Konkurrensverket har gjort ovan i punkterna 23-28, saknar det direkt betydelse för teleundantagets tillämplighet om hyresavtalet ska bedömas tillsammans med de två andra avtalen (överlåtelseavtalet och samarbetsavtalet) som slöts samma dag mellan kommunen och Skanova, eller om hyresavtalet istället endast ska bedömas för sig eftersom avtalet, oavsett vilket, inte kan anses omfattas av teleundantaget i 1 kap. 4 § LOU.
30. Konkurrensverket anser emellertid att det ändå finns skäl att i detta yttrande uttala sig om huruvida ett avtal, vilket i sig omfattas av LOU, i något fall kan vara undantaget annonseringsreglerna i LOU om avtalet endast ingår som ett delmoment i en större affär, vilken i sin tur *inte* innebär att den upphandlande myndigheten genomför en upphandlingspliktig anskaffning.
31. Enligt EU-domstolens rättspraxis kan ett blandat avtal, som innehåller både anskaffningar som omfattas av det upphandlingsrättsliga regelverket och transaktioner som faller utanför regelverket, under vissa förutsättningar i sin helhet falla utanför upphandlingsreglernas tillämpningsområde. Avtalets olika beståndsdelar ska för det första, på objektiva grunder, bedömas vara så pass svåra att separera och nödvändiga att behandla i en och samma affär att de bildar en "odelbar enhet". Om det är fråga om en sådan odelbar enhet, blir avtalets huvudsakliga ändamål eller dominerande beståndsdel avgörande för om affären ska anses upphandlingspliktig eller inte.<sup>7</sup>
32. Enligt EU-domstolens praxis utgör avtalsparternas uttryckliga eller presumeerade avsikt att betrakta de olika delarna av ett blandat avtal som oskiljaktiga inte en tillräcklig omständighet, utan en sådan bedömning ska grunda sig på sakliga omständigheter som kan göra dem motiverade och som kan ligga till grund för behovet att ingå ett enda avtal.<sup>8</sup>
33. Om ett visst villkor, som bedöms nödvändigt för en affärs slutförande, hade varit möjligt att ställa inom ramen för ett annonserat upphandlingsförfarande, är det inte fråga om en sådan odelbar enhet mellan upphandlingspliktiga och icke upphandlingspliktiga delar av en affär.<sup>9</sup>
34. Inte heller utgör allmänna påståenden om att ett visst affärs- eller avtalsupplägg är "fördelaktigt" eller "skapar goda förutsättningar för leverantören att utföra den aktuella verksamheten" tillräckliga skäl för att dra slutsatsen att

<sup>7</sup> De förenade målen C-145/08 och C-149/08 *Club Hotel Loutraki*, punkterna 48-49 (och där angiven rättspraxis) samt mål C-215/09 *Mehiläinen*, punkterna 36 och 39.

<sup>8</sup> Mål C-215/09 *Mehiläinen*, punkt 39.

<sup>9</sup> Jfr mål C-215/09 *Mehiläinen*, punkt 40.



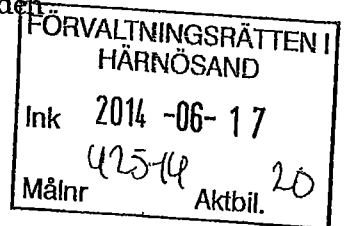


upphandlingspliktiga delar av en affär inte kan avskiljas från icke upphandlingspliktiga delar.<sup>10</sup>

35. Vid en läsning av EU-domstolens praxis framgår det inte otvetydigt i de olika avgörandena om de blandade kontrakt som varit föremål för prövning utgjorts av *ett enda* eller *flera* avtal.<sup>11</sup> Enligt Konkurrensverkets bedömning bör emellertid, oaktat detta, det faktum att en upphandlande myndighet och en leverantör genomför en affär i flera olika avtal, inte i sig utesluta att affären kan bedömas med ledning från EU-domstolens praxis om blandade avtal.
36. Att avtalsparterna väljer att teckna ner sina avsikter rörande ett flertal rättshandlingar i flera olika avtalsdokument, utesluter enligt Konkurrensverket inte att affärens olika delmoment ändå bildar en odelbar enhet på ett sådant sätt att det ska prövas vad som utgör dess huvudsakliga ändamål eller dominerande beståndsdel. Det finns enligt Konkurrensverkets bedömning inga bärande sakskaäl till varför EU-domstolens praxis rörande blandade avtal inte ska tillämpas endast på grund av att flera avtal har slutits istället för ett enda.
37. Om en affär genomförs i flera olika avtal, kan detta emellertid enligt Konkurrensverket i vissa fall utgöra en indikation på att de olika beståndsdelarna i objektiv mening inte är odelbara, men förekomsten av flera avtal kan lika väl i ett annat fall ha endast begränsad, eller ingen, betydelse för denna bedömning. 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.
38. Bedömningen av om en viss affär med blandade kontraktsföremål utgör en odelbar enhet och, om så är fallet, vad som utgör affärens huvudsakliga ändamål eller dominerande beståndsdel, ska göras mot bakgrund av samtliga relevanta omständigheter i det enskilda fallet. Kravet på att de olika beståndsdelarna i affären ska utgöra en odelbar enhet innebär att alla former av konstlade eller sakligt omotiverade upplägg i syfte att kringgå skyldigheten att genomföra upphandlingar enligt bestämmelserna i LOU förhindras. Vid sådana upplägg kan det alltså inte vara fråga om en odelbar enhet i den mening som avses i EU-domstolens rättspraxis.

<sup>10</sup> Jfr mål C-215/09 *Mehiläinen*, punkt 41.

<sup>11</sup> I *Mehiläinen* synes det ha varit fråga om ett enda avtal, men i *Club Hotel Loutraki* kan det möjligen ha varit fråga om ett "kontrakt" bestående av flera "avtal", se punkt 25 i domen. Jfr även EU-domstolens uttalanden i mål C-412/04 *Kommissionen mot Italien*, punkt 47 och 49 och C-536/07 *Kommissionen mot Tyskland*, punkt 40 i vilka det synes ha varit fråga om ett avtal. Möjligen kan omständigheterna i EU-domstolens avgörande i mål C-220/05 *Jean Auroux* ha varit sådana att det var fråga om flera olika avtal, se främst punkt 13 i domen.





39. Det är avtalsparterna som har full insyn i, och därmed avsevärt bättre möjligheter än en sökande leverantör i ett överprövningsmål, att säkra bevisning om relevanta omständigheter för bedömningen av såväl frågan om de olika beståndsdelarna bildar en odelbar enhet som frågan om vad som är affärens huvudsakliga ändamål eller dominerande beståndsdel. Bevisbördan för att dessa förutsättningar är uppfyllda bör därför enligt Konkurrensverkets mening åligga den upphandlande myndigheten och, i förekommande fall, den leverantör som har slutit avtal med myndigheten. En sådan bevisbörda får vidare antas öka sannolikheten för materiellt riktiga utgångar i mål där frågan om blandade avtal aktualiseras. Att placera bevisbördan på detta sätt ligger också i linje med hur bevisbördan har placerats i frågan om undantagsbestämmelser från annonseringsskyldigheten i LOU är tillämpliga.<sup>12</sup>
40. Sammanfattningsvis anser Konkurrensverket följaktligen att de två övriga avtalen mellan kommunen och Skanova i och för sig kan beaktas vid bedömningen av om hyresavtalet slutits i strid med LOU. Konkurrensverket tar dock i detta yttrande inte ställning till om de olika beståndsdelarna i den aktuella affären mellan kommunen och Skanova kan anses bilda en odelbar enhet och, om så skulle vara fallet, vad affärens huvudsakliga ändamål eller dominerande beståndsdel ska anses vara. Inte heller gör Konkurrensverket någon bedömning av huruvida överlåtelseavtalet och samarbetsavtalet skulle kunna falla utanför LOU:s tillämpningsområde på grund av att avtalen inte innebär att kommunen genomför någon anskaffning. Konkurrensverket tar således inte ställning till huruvida affären, om den ska bedömas i sin helhet, kunnat ske utan föregående annonsering enligt LOU.

#### Angående tredjemansinträde i förevarande mål

41. Om rätten överväger att bifalla Net at Once Sweden AB:s ansökan om överprövning och ogiltigförklara hyresavtalet mellan kommunen och Skanova, bör enligt Konkurrensverkets mening Skanova ha rätt att träda in i målet, dvs. ges tillfälle att yttra sig innan målet avgörs och överklaga en eventuell dom där avtalet ogiltigförklaras, se för denna fråga Konkurrensverkets yttrande den 18 juni 2012 i ärende 337/2012 (särskilt punkterna 33-40 och 43), Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 2262-12 samt Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 978-14.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN I HÄRNÖSAND	
Ink	2014 -06- 17
Målnr	425-14 Aktbil. 20

<sup>12</sup> Mål 199/85 *Kommissionen mot Italien* punkt 14, de förenade målen C-20/01 och C-28/01 *Kommissionen mot Tyskland* punkt 58, mål C-385/02 *Kommissionen mot Italien*, punkt 19, mål C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, punkt 33 och mål C-26/03 *Stadt Halle*, punkt 46, prop. 2001/02:142 s. 99, prop. 2006/07:128 s. 291 samt Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i RÅ 2005 ref 10, RÅ 2008 ref 79 och RÅ 2009 not 134.



### Konkurrensverkets slutsats

42. Bräcke kommuns avtal med Skanova den 20 augusti 2013 syftar inte till att ge kommunen möjlighet att tillhandahålla eller driva publika telenät eller att för allmänheten tillhandahålla teletjänster. Det så kallade teleundantaget i 1 kap. 4 § LOU är därför inte tillämpligt, oavsett om samtliga tre avtal mellan kommunen och Skanova den 20 augusti 2013, eller endast det avtal som är föremål för ansökan om överprövning, beaktas vid rättens prövning.

---

Detta yttrande har beslutats av generaldirektören. Föredragande har varit processrådet Daniel Johansson.

Dan Sjöblom

Daniel Johansson

Detta yttrande publiceras på Konkurrensverkets webbplats

FÖRVALTNINGSRÄTTEN I HÄRNÖSAND	
Ink	2014 -06- 17
Målnr	025-14 20
	Aktbil.



## 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.

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. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

### 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 nås 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.