

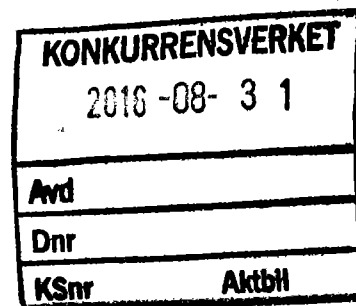


**KAMMARRÄTTEN  
I JÖNKÖPING**  
Avdelning 1:3

**DOM**

2016-08-29  
Meddelad i Jönköping

Mål nr 1245-16



**KLAGANDE**

Vökby Bredband AB, 556650-3321  
Box 94  
590 10 Boxholm

Ombud: Advokat Magnus Wennerholm  
Advokatfirman Glimstedt Växjö AB  
Box 124  
351 04 Växjö

**MOTPART**

Kinda kommun  
590 40 Kisa

Ombud: Advokaterna Linda Dahlström och Roger Wier  
Advokatfirman Morris AB  
Vallgatan 30  
411 16 Göteborg

**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten i Linköpings beslut den 19 april 2016 i mål nr 650-16,  
se bilaga A

**SAKEN**

Avvisning av ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1091) om  
offentlig upphandling (LOU) och överklagande enligt förvaltningslagen  
(1986:223)

- Klaganden/ombudet
- Motparten/ombudet
- Försäkringskassan
- Förvaltningsrätten
- Socialstyrelsen
- KKV**

**KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

1. Kammarrätten meddelar prövningstillstånd.
2. Kammarrätten avslår överklagandet.

- För kännedom
- För åtgärd
- För delgivning

Dok.Id 192608

**Postadress**  
Box 2203  
550 02 Jönköping

**Besöksadress**  
Slottsgatan 5

**Telefon**  
036-15 68 00 (vx)  
**E-post:** kammarrattenijonkoping@dom.se  
www.kammarrattenijonkoping.domstol.se

**Telefax**  
036-16 19 68

**Expeditionstid**  
måndag – fredag  
08:00-16:00

**YRKANDEN M.M.**

Vökby Bredband AB (Vökby) yrkar att kammarrätten ska upphäva förvaltningsrättens beslut och återförvisa målet till förvaltningsrätten för prövning i sak alternativt att kammarrätten ska upphäva förvaltningsrättens beslut och pröva målet i sak. Vökby anför bl.a. följande. Det förhållandet att Kinda kommun (kommunen) valt att hänvisa till LOU i förfrågningsunderlaget måste rimligen innebära att rättslig prövning med stöd av denna lagstiftning kan ske. Förvaltningsrätten redovisar inte på vilken grund den kommit fram till att det förhållandet att kommunen frivilligt valt att tillämpa LOU:s regelverk ändå inte medför att upphandlingen ska omfattas av detta regelverk och däri angivna rättsmedel. Det är ostridigt att det är fråga om en tjänstekoncession. EU:s nya upphandlingsdirektiv rörande upphandling av tjänstekoncessioner skulle vara genomförda i medlemsstaternas nationella lagstiftningar senast den 18 april 2016. Sverige har inte lyckats med detta inom den angivna genomförandetiden. Det föreligger direkt effekt för bestämmelserna om förfarandet vid upphandling av koncessioner och rättsmedel för prövning av sådana upphandlingar. Övergångsbestämmelserna ska tolkas så att Vökby kan få till stånd en rättslig prövning av aktuell upphandling då upphandlingen är pågående och ännu inte har avslutats eftersom kontrakt inte undertecknats.

**SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Kammarrätten finner skäl att meddela prövningstillstånd.

I målet är ostridigt att kommunen upphandlat en tjänstekoncession i den mening som avses i 2 kap. 17 § LOU. Eftersom tjänstekoncessioner uttryckligen undantagits från samtliga bestämmelser i LOU, förutom 1 kap. 12 §, kan en upphandling av en tjänstekoncession inte överprövas enligt denna lag (jfr HFD 2012 ref. 29). Att kommunen hänvisat till bestämmelser i LOU och frivilligt tillämpat vissa delar av LOU medför inte att föremålet

för upphandlingen inte längre skulle utgöra en tjänstekoncession och kan därför inte medföra en rätt till överprövning enligt LOU.

De EU-rättsliga bestämmelser som ligger till grund för nuvarande LOU framgår av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG (upphandlingsdirektivet) och rådets direktiv 89/665/EEG (rättsmedelsdirektivet). Av artikel 17 i upphandlingsdirektivet framgår att tjänstekoncessioner är undantagna från tillämpningsområdet för detta direktiv. Artikel 1.1 i rättsmedelsdirektivet ger, enligt lydelsen som infördes genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG, inte heller någon möjlighet till överprövning av en upphandling av en tjänstekoncession eftersom det av denna bestämmelse framgår att avtal enligt artikel 17 i upphandlingsdirektivet är undantagna från tillämpningsområdet för rättsmedelsdirektivet.

Frågan är därefter om den senare lydelse av i artikel 1.1 i rättsmedelsdirektivet som införts genom artikel 46 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU om tilldelning av koncessioner är tillämplig på nu aktuell upphandling och om Vökby, med stöd av direkt effekt, därmed har rätt till överprövning av tilldelningen. Direktiv 2014/23/EU och rättsmedelsdirektivet saknar övergångsbestämmelser som reglerar hur bestämmelserna om överprövning tidsmässigt ska tillämpas på redan påbörjade upphandlingar.

Vad gäller frågan om vilket direktiv som ska tillämpas på en upphandling som genomförts under fristen för införlivande av ett nytt direktiv framgår av EU-domstolens domar i mål C-576/10 *Kommissionen mot Nederländerna* p. 52–54 och mål C-337/98 *Kommissionen mot Frankrike* p. 36–44 bl.a. följande. Tillämpligt direktiv är i princip det som är i kraft när den upphandlande myndigheten väljer vilken typ av förfarande som ska användas och när den slutligen avgör frågan om det föreligger en skyldighet att vidta en föregående uppmaning till anbudsgivning för tilldelning av det

offentliga kontraktet. Det skulle strida mot rättssäkerhetsprincipen om de regler som ska tillämpas bestämdes med hänsyn till dagen för tilldelning av kontraktet eftersom denna tidpunkt betecknar slutet på förfarandet medan den upphandlande myndighetens beslut om huruvida föregående uppmaning till anbudsgivning ska ske normalt fattas i det inledande skedet av förfarandet. Om de förhandlingar som förs efter detta beslut uppvisar betydande skillnader i förhållande till de förhandlingar som förts tidigare och om de följaktligen visar på en önskan från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i avtalet skulle emellertid detta kunna medföra att det är berättigat att tillämpa bestämmelserna i ett direktiv vars frist för införlivande infaller efter dagen för nämnda beslut.

Av handlingarna i målet framgår att kommunen skickade ut ett meddelande med inbjudan att delta i upphandlingen den 3 december 2015 vilket är innan tiden för införlivandet av direktiv 2014/23/EU gått ut. Det har inte framkommit att kommunen och den leverantör som tilldelats kontraktet fört några förhandlingar efter den 18 april 2016 som skulle innebära några betydande skillnader gentemot de villkor för tjänstekoncessionen som anges i förfrågningsunderlaget. Med tillämpning av EU-domstolens slutsats i ovan angivna mål anser kammarrätten därför att de i rättsmedelsdirektivet genom direktiv 2014/23/EU införda bestämmelserna om överprövning av upphandlingar av tjänstekoncessioner inte är tillämpliga på nu aktuell upphandling. Någon möjlighet att med stöd av direkt effekt åberopa dessa bestämmelser föreligger därför inte i detta fall. Det var därför rätt av förvaltningsrätten att avvisa Vökbys ansökan om överprövning.

Vad gäller frågan om i målet aktuellt tilldelningsbeslut kan överklagas enligt förvaltningslagen gör kammarrätten samma bedömning som förvaltningsrätten. Överklagandet ska därför avslås.

---

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).

A line containing three handwritten signatures in black ink. From left to right, they appear to be Bodil Stelzer, Göran Mattsson, and Olle Molin. The signatures are written in a cursive style.

Kammarrättsrådet Bodil Stelzer (ordförande), kammarrättsrådet Göran Mattsson och tf. kammarrättsassessorn Olle Molin (referent) har deltagit i avgörandet

Föredragande: Victor Ericsson/VE



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I LINKÖPING**

**BESLUT**  
2016-04-19  
Meddelat i Linköping

Mål nr  
650-16

**SÖKANDE**

Vökby Bredband AB, 556650-3321  
Box 94  
590 10 Boxholm

Ombud: Advokaten Magnus Wennerholm  
Advokatfirman Glimstedt Växjö AB  
Box 124  
351 04 Växjö

**MOTPART**

Kinda kommun  
590 40 Kisa

Ombud: Advokaterna Linda Dahlström och Roger Wier  
c/o Advokatfirman Morris AB  
Vallgatan 30  
411 16 Göteborg

**SAKEN**

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU,  
och överklagande enligt förvaltningslagen (1986:223), FL; nu fråga om av-  
visning

---

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS BESLUT**

Förvaltningsrätten avvisar Vökby Bredband AB:s ansökan om överprövning  
och överklagande.

Dok.Id 246521

---

<b>Postadress</b> Box 406 581 04 Linköping	<b>Besöksadress</b> Brigadgatan 3	<b>Telefon</b> 013-25 11 00 <b>E-post:</b> forvaltningsratten@linkoping.dom.se www.forvaltningsratten@linkoping.domstol.se	<b>Telefax</b> 013-25 11 40	<b>Expeditionstid</b> måndag – fredag 08:00-16:00
--	--------------------------------------	--	--------------------------------	---

## BAKGRUND OCH YRKANDEN

Kommunalförbundet ITSAM har den 3 december 2015, på uppdrag av Kinda kommun (Kommunen), bjudit in lokala och nationella aktörer att lämna anbud på tjänstekoncession för Kommunikationsoperatör i Kommunens bredbandsnät. Kommunalförbundet ITSAM har den 26 januari 2016 underrättat om sitt beslut att sluta avtal med annat företag än Vökby Bredband AB (Vökby).

Vökby yrkar att förvaltningsrätten med stöd av LOU ska besluta att upphandlingen ska göras om, alternativt att förvaltningsrätten ska pröva målet som ett förvaltningsbesvär.

Kommunen yrkar att förvaltningsrätten ska avvisa Vökbys talan i sin helhet alternativt att ansökan om överprövning eller överklagandet av förvaltningsbeslut ska avslås.

## VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT

### *Vökby*

Kommunen har sedan början av 2000-talet byggt upp ett fibernät inom sitt område. Nätet är till större delen etablerat med stödmedel från staten och EU. Kommunen har fram till den nu aktuella upphandlingen tillsett att nätet hållits öppet på fibernivå, dvs. vilken aktör som helst har kunnat hyra fiber på lika villkor enligt en av Kommunen fastställd tariff. Den nu aktuella upphandlingen innebär att Kommunen frångår denna ordning och istället kommer att använda sig av en exklusiv kommunikationsoperatör.

Den 3 december 2015 inledde kommunalförbundet ITSAM, på uppdrag av Kommunen, en upphandling rörande tilldelning av tjänstekoncession. Av

förfrågningsunderlaget framgår att kommunikationsoperatörens uppgift är att med aktiv utrustning "tända" det passiva fibernätet. Med detta menas att kommunikationsoperatören driftsätter fibernätet genom att montera aktiv utrustning som installeras. Kommunikationsoperatörens uppgift är sedan att hålla fibernätet öppet för tjänsteleverantörer på lika villkor. Det är sedan tjänsteleverantörerna som till slutkunderna tillhandahåller tjänster i form av TV, internet och telefoni (broadbandstjänster).

Förfrågningsunderlaget innehåller krav som strider mot proportionalitetsprincipen. En kommunikationsoperatörs uppgift är att driftsätta fibernätet och sedan erbjuda tjänsteleverantörer att leverera tjänster till slutkunder inom nätet. Kommunikationsoperatören finansierar sin verksamhet genom avgifter från de tjänsteleverantörer som säljer broadbandstjänster till slutkunderna. Det är alltså inte kommunikationsoperatören som levererar tjänster till slutkunderna utan detta ska i ett öppet nät göras av tjänsteleverantörer som också tar betalt av slutkunden. Trots detta så följer av förteckningen över ska-krav (punkt 2.2, 2.4 och 2.6) att anbudsgivaren ska ha minst sex kontrakterade oberoende internetleverantörer, minst fyra kontrakterade oberoende TV-leverantörer samt minst två kontrakterade oberoende telefonileverantörer. Dessa av kommunikationsoperatören i förfrågningsunderlaget kontrakterade leverantörer är just tjänsteleverantörer som levererar broadbandstjänster. Det ovan redovisade kravet har inget samband eller koppling till den tjänst som kommunikationsoperatören ska leverera, dvs. driftsättning av fibernätet. Detta ska-krav är också mycket omfattande och leder till att endast ett ytterst fåtal stora aktörer på marknaden kan uppfylla kraven och lämna anbud. Vökby ingav inte något anbud eftersom det var omöjligt för Vökby att uppfylla det krav som ställdes.

Kommunen utför en upphandling för annan part. Den nu aktuella upphandlingen innebär att Kommun inte betalar för någon tjänst. Kommunen kommer inte köpa någon som helst tjänst av den kommunikationsoperatör som



kommunen nu upphandlar. Däremot kommer företag och privatperson anslutna till kommunens fibernät” tvingas” att köpa tjänster från en annan operatör än den operatör som de av egen fri vilja valt och med vilken de har avtal med. Vökbys cirka 1 200 kunder kommer att tvingas byta leverantör om de i fortsättningen ska köpa tjänster via kommunens fibernät. Kommunen saknar fullmakt från dessa företag och privatpersoner att genomföra upphandling av ny operatör åt dessa.

Upphandlingen är inte förenligt med lagar och förordningar rörande stödfinansierade nät. Kommunen frångår sin tidigare tillämpade princip genom att genomföra en upphandling av en s.k. kommunikationsoperatör. Detta innebär att fibernätet ej längre blir öppet på svarfibernivå utan kommer fortsättningsvis bara kunna användas av en leverantör. Detta strider mot de riktlinjer utarbetade i de stödsystem som Kommunen dragit nytta av vid etablering av fibernätet. Enligt dessa riktlinjer ska fibernätet vara öppet på passiv nivå, d.v.s. på svartfibernivå. Detta följer av Post- och telestyrelsens (PTS) riktlinjer, SFS 2012:39 samt Jordbruksverkets riktlinjer.

I förfrågningsunderlagets allmänna beskrivning (punkt 5.0) anges uttryckligen att ”*Upphandlingen sker genom upphandling enligt Lagen om offentlig upphandling (LOU) eller avseende Koncessioner och undantag, utan annonsering enligt principerna i LOU*”. Skrivningen är mycket tvetydig men kan enligt Vökby inte förstås på annat sätt än att Kommunen gav sig själv möjligheten att antingen tillämpa av LOU:s regelverk på upphandlingen eller att inte använda sig av LOU på den grunden att det rör sig om en tjänstekoncession. Annonsering har skett i detta fall, vilket inte kan ses på annat sätt än att Kommunen valde alternativet att tillämpa LOU på upphandlingen.

Förfrågningsunderlaget innehåller ytterligare skrivningar rörande tillämpning av LOU. Under rubriken ”Tilldelningsbeslut” i Upphandlingens föreskrifter anges: ”Sedvanlig avtalsspärr är satt till 10 dagar efter det att med-

delande om tilldelningsbeslut har skickat ut.” Avtalsspärr är något som regleras i 16 kap LOU. I ska-krav förteckningen hänvisas dessutom till reglerna om uteslutning av anbudsgivare i 10 kap. LOU. I förfrågningsunderlaget görs således en hänvisning till LOU i flera avseenden. Detta medför, såvitt Vökby kan bedöma, att Kommunen valt att tillämpa LOU på den nu aktuella upphandlingen. Enligt Vökbys mening föreligger inget hinder för en upphandlande myndighet att vid en upphandling av tjänstekoncession, som i och för sig är undantagen från LOU, ändå frivilligt välja att tillämpa LOU. Att LOU är en tvingande lagstiftning vid offentliga upphandlingar medför inte att en upphandlande myndighet inte frivilligt kan välja att tillämpa LOU vid upphandling av tjänstekoncession.

Vökby är väl medveten om att enligt rättspraxis omfattas inte tilldelning av tjänstekoncession av LOU:s regelverk och att det i den svenska rättsordningen saknas rättsmedel rörande tilldelning av tjänstekoncessioner, förutom möjligheten till skadestånd. Rör det sig om tilldelning av en tjänstekoncession kan denna inte överprövas enligt LOU. I detta fall är dock på det sättet att Kommunen, mot bakgrund av de uttryckliga hänvisningar till LOU som följer av förfrågningsunderlaget och som redovisats ovan, valt att tillämpa LOU på upphandlingen. En sådan “frivillig” tillämpning av LOU måste även enligt Vökby innebära att de rättsmedel som följer av LOU kan tillämpas på den aktuella upphandlingen.

Kommunen hänvisar till undantaget i 1 kap 4 § LOU. Detta är inte tillämpligt. Bestämmelsen är endast tillämpligt i undantagsfall och har en begränsad räckvidd. Kommunen avser inte att själva tillhandhålla teletjänster till allmänheten utan endast tillsätta en kommunikationsoperatör som i sin tur erbjuder tjänsteleverantörer att tillhandahålla bl. a. teletjänster till allmänheten. Undantaget är inte tillämpligt på den nu aktuella situationen, Hänsyn ska också tas till det faktum att det som upphandlingen avser (leverans av

kommunikationsoperatörstjänster) är en konkurrensutsatt marknad där det finns ett flertal aktörer på marknaden.

Vökby har idag KO-avtal med Kommunen och ca 1 200 kunder inom kommunen. Vökby's avtal löper ut den 31 oktober 2016. Vökby's nuvarande avtal rörande leverans av kommunikationsoperatörstjänster inom Kommunens fibernät ger Vökby rätt att efter skriftlig överenskommelse med Kommunen vidareförsälja, dvs. hyra ut svartfiberförbindelse till slutkund. Enligt avtalet kan Vökby teckna sådant avtal om försäljning av svartfiberförbindelse med en giltighetstid som sträcker sig längre än den avtalstid som följer av kommunikationsoperatörsavtalet med Kommunen. Kommunen har via ITSAM begärt att gällande avtal ska ersättas med ett interimsavtal som medför att Kommunen ska äga rätt att omgående säga upp avtalet med Vökby så snart en ny Kommunikationsoperatör tilldelats uppdraget. Vökby kontaktades nyligen av flera kundföretag som önskade hyra svartfiber. Det var fråga om avsevärda intäkter för Vökby men också för Kommunen i form av nätavgifter. Vökby ställde en förfrågan till Kommunen angående möjligheten till uthyrning av svartfiberförbindelser till vissa kunder inom Kommunen. Av Kommunens svar följer att förfrågan inte tillstyrktes med den motiveringen att upphandling pågår av nytt kommunikationsoperatörsavtal. Vökby kommer därmed att drabbas av skada på grund av Kommunens agerande.

För det fall att LOU inte ska anses tillämpligt begärs att förvaltningsrätten alternativt prövar denna ansökan med stöd av förvaltningslagen eftersom det i förfrågningsunderlaget föreligger en direkt hänvisning till förvaltningslagens bestämmelser. Det förvaltningsbeslut som Vökby vänder sig mot är det tilldelningsbeslut som meddelades den 26 januari 2016 och enligt vilket Kommunen antar leverantören ITUX anbud och meddelar att avtal kommer att tecknas med detta företag. Av beslutet framgår att Kommunen tillämpar en frivillig avtalsspärr om 14 dagar och att tiden för denna avtalsspärr räknas från dagen efter det att meddelande om tilldelningsbeslut har skickats.

Denna avtalsspärr som Kommunen tillämpar kan enligt Vökby inte tolkas på annat sätt än att Kommunen ger leverantörer möjlighet att vidta rättsliga åtgärder med anledning av beslutet. Såsom följer av Kommunens yttrande skulle Kommunens inställning numera vara den att det inte föreligger någon laglig möjlighet, vare sig enligt LOU eller enligt förvaltningslagen, att få tilldelningsbeslutet prövat. Det kan därmed ifrågasättas vad Kommunens syfte i sådant fall varit med att tillämpa en avtalsspärr. Kommunens beslut att tilldela kontraktet är ett beslut i förvaltningslagens mening och kan överklagas med stöd av 22 § förvaltningslagen. Beslutet har gått Vökby emot eftersom det innebär att Vökby inte längre kan agera som kommunikationsoperatör i Kommunens fibernät och hindras att få tillträde till Kommunens fibernät på passiv nivå.

#### *Kommunen*

Det är parterna emellan ostridigt att det fråga om ett tjänstekoncessionskontrakt som är undantaget LOU:s tillämpningsområde. Vökby påstår dock att Kommunen på frivillig väg, trots att LOU inte är tillämplig, valt att tillämpa LOU och att de rättsmedel som följer av LOU av detta skäl är tillämpliga i målet. LOU är en tvingande lagstiftning och lagen är antingen tillämplig eller inte. Det saknas därför betydelse om en aktör - som i viss situation inte, eller som aldrig, är skyldig att tillämpa LOU - väljer att använda hela eller delar av något av de förfaranden som LOU statuerar vid ett inköp. LOU kan alltså inte på frivillig väg bli tillämplig på sätt som Vökby gör gällande. Det är inte ovanligt att privata aktörer vid större inköp använder delar av LOU:s upphandlingsförfarande. Det är dessutom felaktigt att Kommunen har frivilligt tillämpat LOU i sin helhet på sätt som Vökby förefaller göra gällande. Kommunen har tvärtom varit tydlig med att det är fråga om en tjänstekoncession och att upphandlingen sker utan annonsering.

Vökby anger att det faktum att Kommunen har tillämpat en frivillig avtals-spärr om två veckor i sig utgör en indikation på att Kommunen vill ge leverantörerna en möjlighet att vidta rättsliga möjligheter. Detta tillbakavisas. Anledningen till att tillämpa avtalsspärren var att ge möjlighet för anbudsgivarna att inkomma med eventuella kommentarer och/eller synpunkter på tilldelningsbeslutet till Kommunen och därigenom kunna korrigera om någonting blivit fel. Det har alltså inte varit Kommunens avsikt att ge leverantörer möjlighet att inleda onödiga rättsliga förfaranden.

Det aktuella avtalet är dessutom ett sådant kontrakt som syftar till att ge Kommunen möjlighet att tillhandahålla eller driva publika telenät eller att för allmänheten tillhandahålla teletjänster, jmf. 1 kap. 4 § LOU. Den typen av upphandlingar/avtal är uttryckligen undantagna från LOU, dvs, även för det fall att det inte varit fråga om en tjänstekoncession hade avtalet varit undantaget från LOU. Upphandlingen kan därför även av den anledningen inte överprövas enligt LOU. Talan ska därför avvisas.

För det fall förvaltningsrätten ändock finner att LOU är tillämplig gör Kommunen gällande att förfrågningsunderlaget inte strider mot proportionalitetsprincipen på sätt som Vökby gör gällande. Det finns ingenting, på sätt som påstås, i upphandlingen som hindrar intresserade tjänsteleverantörer att sälja sina tjänster till slutkund, tvärtom är det en del av tjänstekoncessionskontraktet att kommunikationsoperatören måste "släppa" in alla intresserade tjänsteleverantörer på lika villkor. Vökby har haft möjlighet att lämna anbud och Vökby har och kommer också att ha möjlighet att ansluta sig via den exklusiva kommunikationsoperatören. Vökby har således inte lidit någon skada.

Kommuninvånarna kommer - tvärtom mot vad som påstås - få en större ekonomisk nytta genom den ökade konkurrensen som upphandlingen innebär. Det ska dessutom understrykas att ingen kommuninvånare kommer att,

på sätt som påstås, tvingas att byta tjänsteleverantör. Även Vökby kommer, som alla andra tjänsteleverantörer, att ha möjlighet att sälja sina tjänster genom kontrakterad kommunikationsoperatör. Vökbys resonemang kring skada saknar alltså helt grund. Det ska nämnas i detta sammanhang att Vökby dessutom var inbjudet att delta i aktuell upphandling men Vökby valde att inte lämna anbud.

Vad gäller svartfiber, så kommer nätet även fortsättningsvis vara öppet för svartfiber och det kommer alltså även framgent vara möjligt att hyra svartfiber på marknadsmässiga villkor. Det som är en förändring mot tidigare upplägg är, att denna upphandling syftar till att kontraktera en kommunikationsoperatör och det är, tvärtom mot vad Vökby påstår, enligt Post- och telestyrelsens vägledning fullt möjligt och tillåtet att ha en exklusiv kommunikationsoperatör.

Vad gäller Vökbys alternativa yrkande om att målet ska prövas som förvaltningsbesvär gör Kommunen gällande att förvaltningsrätten inte är behörig att förordna i enlighet med Vökbys yrkande, dvs. att upphandlingen ska göras om. Tilldelningsbeslutet har inte heller gått Vökby emot på sätt som Vökby gör gällande. Vökby hade samma möjlighet som andra leverantörer att lämna anbud i upphandlingen, och Vökby har genom att inte lämna anbud i upphandlingen visat att Vökby saknar intresse i saken, dvs. tilldelningsbeslutet kan inte heller anses angå Vökby jämfört med 22 § förvaltningslagen.

Tilldelningsbeslutet avseende tjänstekoncessionskontraktet är därmed inte ett sådant beslut som kan överklagas med stöd av 22 § förvaltningslagen. Beslutet innefattar inte någon sådan rättighet eller skyldighet som ger rätt till domstolsprövning. Vökbys överklagande ska därför även på denna grund avvisas.

## SKÄLEN FÖR BESLUTET

### *Överprövning enligt LOU*

Den första frågan som förvaltningsrätten har att pröva i målet är huruvida det förfarande som Kommunen via Kommunalförbundet ITSAM har genomfört kan vara föremål för överprövning enligt 16 kap. LOU.

Kommunen har i målet angett att upphandlingen ifråga utgör en tjänstekoncession som inte kan vara föremål för överprövning enligt LOU. Vökby har inte invänt mot att kontraktet utgör en tjänstekoncession men anser att det förhållandet att Kommunen valt att hänvisa till LOU i förfrågningsunderlaget samt valt att tillämpa en avtalsspärr vid sin kontraktstilldelning ska för-  
anleda att rättslig prövning med stöd av nämnd lagstiftning kan ske.

Med tjänstekoncession avses enligt 2 kap. 17 § LOU ett kontrakt av samma slag som ett tjänstekontrakt, men som innebär att ersättningen för tjänsterna helt eller delvis utgörs av rätten att utnyttja tjänsten. En förutsättning för att ett kontrakt ska anses utgöra en tjänstekoncession är att koncessionshavaren ges rätten att utnyttja sina egna tjänster kommersiellt och därigenom tar en ekonomisk risk (verksamhetsrisk).

Att i målet aktuellt förfarande utgör en tjänstekoncession finner enligt förvaltningsrättens mening stöd i det förhållandet att Kommunikationsoperatören enligt framkomna omständigheter bär en verksamhetsrisk vid tillhandahållande av aktuella tjänster. Mot bakgrund härav och med hänsyn taget till vad parterna framfört rörande kontraktets utformning utgår förvaltningsrättens vidare prövning från att upphandlingen avser inköp av en tjänstekoncession.

Tjänstekoncessioner är uttryckligen undantagna från tillämpningsområdet för Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (artikel 17). När en upphandlande myndighet tilldelar ett kontrakt i form av tjänstekoncession föreligger därmed inte någon skyldighet att iakttå reglerna i LOU. Av 1 kap. 2 § sjätte stycket LOU framgår att endast 1 kap. 12 § nämnd lag gäller i fråga om tjänstekoncessioner. Detta betyder även att ett avtal som är en tjänstekoncession inte kan bli föremål för rättslig prövning enligt LOU (se bl.a. HFD 2012 ref. 29 och RÅ 2008 not. 101). Det förhållandet att en beställare, såsom Kommunen gjort i förevarande fall, frivilligt valt att tillämpa LOU:s regelverk till någon del vid inköp av en tjänstekoncession kan inte heller, enligt förvaltningsrättens mening, medföra att inköpet ifråga faller inom LOU:s tvingande tillämpningsområde innefattande bl.a. tillgång till däri angivna rättsmedel.

Sverige skulle enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU om tilldelning av koncessioner (direktivet) genom vilket rättsmedelsdirektivets tillämpningsområde utvidgas och även kommer att omfatta tjänstekoncessioner (se artikel 46 och 47), senast den 18 april 2016 ha införlivat direktivets bestämmelser i lag (se artikel 51). Sverige har ännu inte satt ikraft de bestämmelser som är nödvändiga för att efterleva direktivet. Fråga uppkommer därmed om direktivets artiklar till någon del kan skapa rättigheter för enskild i avvaktan på att så ska ske.

Direktivets regler avseende tillgång till rättsmedel är, enligt förvaltningsrätten, utformade på sådant sätt att dessa bör inneha en direktverkande vertikal effekt. För att denna effekt ska kunna skapa rättigheter för enskilda krävs dock enligt praxis (se bl.a. EU-domstolens avgörande i mål *C-76/97 Tögel*) att tilldelning genomförts efter utgången av den förskrivna fristen för att införliva ett direktiv. Därutöver framgår det av förslaget om en ny lag om upphandling av koncessioner att lagen inte är avsedd att gälla för upphand-



lingar av koncessioner som har påbörjats före ikraftträdandet (se lagrådsremissen *Nytt regelverk om upphandling till lagrådet*, s. 237, jfr även EU-domstolens avgörande i mål *C-92/00 HI*).

Att i målet aktuellt förfarande har påbörjats före den 18 april 2016 samt att tilldelning av upphandlat kontrakt därtill skett före nämnd tidpunkt står klart i målet. Även om direktivet om tilldelning av koncessioner nu trätt i kraft föreligger således enligt förvaltningsrättens bedömning inte heller någon möjlighet för Vökby att med stöd av direktverkande EU-rätt få till stånd en rättslig prövning av aktuell upphandling. Ansökan ska därför avvisas.

Vid denna bedömning finner förvaltningsrätten inte skäl att pröva om tjänstundantaget i 1 kap. 4 § LOU är tillämpligt på det aktuella förfarandet.

#### *Förvaltningsbesvär*

Högsta förvaltningsdomstolen har i HFD 2012 ref. 29 fastslagit att ett beslut om tjänstekoncession som är av en privaträttslig karaktär inte kan överklagas genom förvaltningsbesvär.

Redovisade förhållanden i målet visar enligt förvaltningsrätten att det kontrakt som ifrågasatt koncession avser har en rent privaträttslig karaktär. Alldeles oavsett om hänvisning gjorts i förfrågningsunderlaget till förvaltningslagens bestämmelser kan tilldelningsbeslutet således enligt praxis inte överklagas med tillämpning av bestämmelserna i nämnd lag. Överklagandet enligt förvaltningslagen ska i enlighet med det anförda avvisas.

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

Tomas Kjellgren

Föredragande har varit Stefka Bokmark.

## HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

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

### Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan 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.