



### **KLAGANDE**

1. Skanova AB, 556446-3734 (mål nr 1243-17)
2. TeliaSonera Sverige AB, 556430-0142 (mål nr 1244-17)

Ombud: Advokaterna Olof Larsberger och Carl Norén  
Kastell Advokatbyrå AB  
Box 7169  
103 88 Stockholm

### **MOTPARTER**

1. Flens kommun

Ombud: Advokat Kristian Pedersen och Jurist Olle Lindberg  
Advokatfirman Kahn Pedersen  
Box 16119  
103 23 Stockholm

2. IP-Only Telecommunication Networks AB, 556597-6122  
753 81 Uppsala

### **ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten i Linköpings beslut den 10 april 2017  
i mål nr 7986-16 och 7987-16, se bilaga A

### **SAKEN**

Förutsättningar för överprövning av avtals giltighet enligt lagen  
(2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

### **KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

1. Kammarrätten bifaller överklagandet delvis och förklarar att samarbetsavtalet mellan Flens kommun och IP-Only Telecommunication Networks AB den 17 juni 2016 i den del som gäller anslutning av minst 15 kommunala punkter samt drift och underhåll av desamma är ogiltigt.
2. Kammarrätten avslår överklagandet i övrigt.

**YRKANDEN M.M.**

Skanova AB och TeliaSonera Sverige AB (Telia) yrkar att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, beslutar att det avtal som ingicks mellan Flens kommun (kommunen) och IP-Only Telecommunication Networks AB (IP-Only) är ogiltigt.

Kommunen motsätter sig i första hand ändring av förvaltningsrättens dom och anser i andra hand att målet ska återförvisas till förvaltningsrätten.

IP-Only har beretts tillfälle att yttra sig, men har inte hörts av.

**VAD PARTERNA ANFÖR**

*Telia*

Av avtalets ordalydelse framgår att etablering av stamnät och nya noder ingår i detsamma. Med beaktande av den separata fiberupphandlingen går det emellertid numera att ifrågasätta om dessa delar kommer att anskaffas på basis av avtalet. Därutöver är det IP-Only som ska etablera, äga och ansvara för spridningsnätet och aktiv utrustning, vilket i sig inte innebär kommunal anskaffning, utan utgör ett kontraktsvillkor i avtalet. Mot bl.a. denna bakgrund finns inga invändningar mot att kammarrättens bedömning görs utifrån förutsättningen att den kommunala anskaffningen genom avtalet begränsas till anslutningen av kommunala punkter.

Anslutningen av de kommunala punkterna hade mycket väl kunnat bli föremål för en separat, konkurrensutsatt upphandling. Det hade således varit fullt möjligt för kommunen att upphandla fiberanslutning till den egna verksamheten utan att samtidigt ställa krav på etablering av spridningsnät för anslutning till andra fastighetsägare. Även om IP-Only, med eller utan kommunens inblandning, valt att etablera ett spridningsnät skulle

anslutningen av kommunala punkter ändå ha kunnat utföras av annan leverantör. Avtalet utgör således inte någon odelbart enhet och kommunen, som har bevisbördan för sitt påstående därom, har inte på något sätt förmått visa motsatsen.

Förvaltningsrättens bedömning avseende tjänstekoncession är riktig. Frågan om verksamhetsrisk m.m. är överflödig eftersom det är IP-Only som ska etablera, äga och ansvara för spridningsnätet och aktiv utrustning, vilket inte utgör kommunal anskaffning. Avtalet innebär inte heller att IP-Only får någon ersättning i form av en ”rätt ” att utnyttja någon ”tjänst”. Kommunen har inte heller förmått precisera vilka tjänster som IP-Only skulle ha fått rätt att nyttja enligt avtalet. De tjänster som IP-Only erbjuder såväl kommunen som övriga kunder görs i stället på basis av IP-Onlys egen infrastruktur och inte till följd av någon av kommunen given rätt.

Kommunen påstår att IP-Only mer eller mindre skulle gå utan ersättning avseende de aktuella förpliktelserna enligt avtalet. Påståendet är felaktigt. I punkten 8 a) i avtalet regleras den ersättning för anslutning som IP-Only ska utge till kommunen. Denna ersättning avser nyttjandet av kommunens stamnät och ska således inte beaktas vid bedömningen av kommunens ersättning till IP-Only med anledning av anskaffningen enligt avtalet. I punkterna 8 b) och c) regleras däremot den ersättning som kommunen ska utge för anslutningen av de kommunala punkterna. Kommunen har alltså förbundit sig att avropa kommunala punkter för minst 7 050 000 kronor. Det verkliga beloppet, beroende på antalet avrop under den minst 25 år långa avtalsperioden, kan komma att bli flerfaldigt högre. Avtalets värde är därför betydligt mer än det garanterade värdet om drygt 7 miljoner kronor.

Det står alla aktörer på marknaden fritt att anlägga fibernät och ansluta fastigheter. Den kommunala anskaffningen utgörs av anslutning av kommunala punkter och utgör därmed den upphandlingsrättsliga kärnan av avtalet. Att kommunens syfte med avtalet må ha varit att få till stånd en bredbandsutbyggnad även till andra fastighetsägare inom kommunen och att

kommunen må ha använt sig av den kommunala anskaffningen enligt avtalet som ett incitament för att få till stånd en sådan utbyggnad är en annan sak och förändrar inte avtalets upphandlingsrättsliga klassificering som ett upphandlingskontrakt.

Förvaltningsrättens bedömning att teleundantaget är tillämpligt gjordes med hänsyn till att etablering av stamnät och nya noder omfattades av avtalet. Givet att denna anskaffning faller utanför avtalet är det helt uteslutet att teleundantaget skulle vara tillämpligt i förhållande till avtalet. Anskaffningen i form av anslutning av kommunala punkter kan nämligen aldrig anses syfta till att ge kommunen möjlighet att tillhandahålla sådana nät eller tjänster som avses i 1 kap. 4 § LOU. Sådan anskaffning innebär istället att kommunen, som vilken kund som helst, köper fiberanslutning av IP-Only. Kommunen är således helt likställd andra fastighetsägare som IP-Only säljer fiberanslutning och kringtjänster till.

Avtalet utgör inte någon tjänstekoncession och syftar inte till att kommunen ska kunna bedriva sådan verksamhet som omfattas av teleundantaget. Vad avtalet istället innebär är att kommunen genomför upphandlingspliktig anskaffning utan annonsering eller konkurrensutsättning. Detta är inte förenligt med LOU, utan förfarandet utgör en otillåten direktupphandling.

Telia har till stöd för sin talan bl.a. lämnat in en förteckning över anmälda teleoperatörer från Post- och telestyrelsen (PTS) samt förfrågningsunderlag för utbyggnad av fibernät från Flens kommun den 3 april 2017.

#### *Kommunen*

Nya omständigheter, i form av att avtal har ingåtts avseende etablering av stamnät genom en separat upphandling, har tillkommit i målet sedan förvaltningsrättens dom. Detta förändrar förutsättningarna för den upphandlingsrättsliga bedömningen och klassificeringen av avtalet. Det är

varken lämpligt eller förenligt med instansordningsprincipen att kammar-rätten, som första instans, gör en sådan bedömning på ett så väsentligen ändrat och utökat processmaterial. Målet bör därför återförvisas till för-valtningsrätten.

Telia har hävdat att etablering av stamnät ingår i avtalet. Den separata upphandlingen avseende just dessa arbeten är nu avslutad och avtal har tecknats. Det får således numera uppfattas vara ostridigt att etablering av stamnät inte ingår i avtalet.

Avtalets centrala och dominerande del är möjligheten att ansluta tusentals punkter i kommunen, där endast en försvinnande liten andel är de kommu-nala punkterna. Att anslutningen av de kommunala punkterna ingår i avtalet är en naturlig följd av att IP-Only åtar sig att faktiska etablera ett spridnings-nät som möjliggör en sådan anslutning, med en samkanalisation – som dels bygger på bestämmelserna i lagen (2016:534) om åtgärder för utbyggnad av bredbandsnät, dels endast kan åstadkommas med en leverantör med ett sådant spridningsnät – där så är möjligt. Det är inte möjligt att köpa tjänster genom anslutning till ett spridningsnät från någon annan än den som de facto anlägger spridningsnätet. I alla praktiska hänseenden är det som regleras i avtalet en odelbar enhet. Etableringen av spridningsnätet är helt enkelt en nödvändig förutsättning för anslutningen av de kommunala punkterna.

Avtalet utgör en tjänstekoncession. Det är således felaktigt att säga att de kommunala punkterna i avtalet omfattas av LOU. Punkterna 8 a) och 8 b) i avtalet ger vid handen att IP-Only mer eller mindre går utan ersättning avseende de aktuella förpliktelserna i avtalet. Det är fråga om en tjänste-koncession om ersättningen för tjänsterna utgörs i vart fall delvis av rätten att utnyttja tjänsten, samt att leverantören då tar över betydande delar av verksamhetsrisken. Det huvudsakliga ändamålet med avtalet är att möjliggöra tillgång till bredband för alla i kommunen. Anslutningen av de 15 kommunala punkterna utgör endast en obetydlig andel av föremålet för

avtalet, varför det huvudsakliga föremålet är just att förse samtliga fastigheter i kommunen med bredbandstjänster. Ersättningen för den dominerande delen av avtalet utgörs av de intäkter IP-Only eventuellt kommer att få från kommunmedlemmarna. Av förvaltningsrättens domskäl framgår att domstolen inte har ansett att det har framkommit att IP-Only skulle ha rätt att nyttja de kommunala punkterna som anges i avtalet. Vad som åsyftas med detta är för kommunen oklart. En förutsättning för att IP-Only ska få några intäkter är således att fastigheterna inom kommunen faktiskt ansluter sig. IP-Only står därmed ensamt den ekonomiska risken. Avtalet utgör därför en tjänstekoncession.

Kommunen bedriver verksamhet som omfattas av lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation (LEK). Det krävs inte att ett kontrakt utslutande avser verksamhet som faller inom teleundantagets tillämpningsområde, utan endast att kontraktet huvudsakligen avser sådan verksamhet för att kontraktet i dess helhet ska vara undantaget från LOU. Avtalets huvudsakliga syfte är att tillhandahålla ett publikt telenät, vilket i allt väsentligt motsvaras av ett allmänt kommunikationsnät enligt LEK. För att kommunens stamnät överhuvudtaget ska kunna användas på det sätt som kommunen avsett, krävs att någon bygger spridningsnät som ska anslutas till stamnätet. Annars kan inte alla avsedda användare anslutas mot stamnätet. Hela projektet syftar således till att förverkliga kommunens syfte med ägandet av stamnätet, dvs. att kunna erbjuda bredbandstjänster. Förvaltningsrätten lade, till skillnad från Telia, ingen vikt vid det faktum att kommunen inte fanns upptagen på listan över operatörer enligt LEK, vilket i sig är riktigt. Det är dessutom oklart varför kommunen inte finns med på listan när både kommunen och PTS är av uppfattningen att kommunen bedriver sådan verksamhet som omfattas av LEK.

Kommunen har till stöd för sin talan bl.a. lämnat in avtal efter upphandling av utbyggnad av fibernät inom kommunen samt underrättelse och e-post från PTS avseende fråga om underlåtelse att efterkomma uppgiftsskyldighet enligt LEK.

## KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten finner sig oförhindrad att ta upp målet till prövning. Det saknas således skäl att återförvisa målet till förvaltningsrätten.

### *Tillämplig lag och frågan i målet*

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling upphävdes i samband med att lagen (2016:1145) om offentlig upphandling trädde i kraft den 1 januari 2017. Enligt övergångsbestämmelserna gäller den upphävda lagen dock för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Den upphävda lagen ska därför tillämpas i detta mål.

Frågan i målet är om det aktuella avtalet, i sin helhet eller delar av det-samma, ska förklaras ogiltigt till följd av att det borde ha upphandlats enligt bestämmelserna i LOU.

### *Avtalets omfattning och frågan om odelbar enhet*

Förvaltningsrätten bedömde att etablering av stamnät och nya tekniknoder ingick som anskaffning i avtalet. I kammarrätten har såväl Telia som kommunen lämnat information om en separat upphandling hos kommunen avseende just nytt stamnät och nya tekniknoder samt att ett separat avtal har tecknats avseende detta efter genomförd upphandling. Vid dessa förhållanden anser kammarrätten att anskaffning av nytt stamnät och nya tekniknoder inte ingår i avtalet och därför faller utanför kammarrättens prövning.

Avtalet innebär således att kommunen erhåller minst 15 kommunala punkter samt drift och underhåll av desamma samt att IP-Only ska etablera, äga och ansvara för spridningsnät. Telia har anfört att avtalet till den del som rör spridningsnätet inte är en kommunal anskaffning och att den delen således faller utanför LOU:s tillämplighet. Kommunen har inte ifrågasatt detta. Kammarrätten finner inte skäl att göra någon annan bedömning.

Kammarrätten anser dock att avtalet till den del det rör de minst 15 kommunala punkterna m.m. är en anskaffning enligt LOU (jfr 2 kap. 10 § LOU) och därför omfattas av reglerna i LOU. Eftersom avtalet således innehåller delar som omfattas av LOU och delar som inte gör det, ska kammarrätten först ta ställning till om dessa delar kan separeras eller om de utgör en odelbar enhet.

I fall där det är fråga om ett blandat kontrakt, vars olika delar är sammanbundna så att de inte kan separeras och sålunda bildar en odelbar enhet ska transaktionen prövas i sin helhet vid den rättsliga kvalificeringen och bedömas på grundval av de bestämmelser som styr den del som utgör kontraktets huvudsakliga föremål eller dominerande beståndsdel. Det gäller oavsett om den del som utgör kontraktets huvudsakliga föremål omfattas av tillämpningsområdena för direktiven om offentlig upphandling eller inte (se EU-domstolen dom i mål C-145/08 och C-149/08 Club Hotel Loutraki).

Parternas avsikt att behandla de olika delarna av ett blandat avtal som en helhet eller inte är inte tillräcklig, utan bedömningen ska göras utifrån sakliga omständigheter (EU-domstolens dom i mål C-215/09 Mehiläinen).

Kommunen har i denna del framförallt anfört att de kommunala punkterna är en naturlig följd av att IP-Only åtar sig att etablera spridningsnätet, vilket då möjliggör en sådan anslutning. Därtill har kommunen anfört att det inte är möjligt att köpa tjänster genom anslutning till ett spridningsnät från någon annan än den som de facto anlägger spridningsnätet samt att avtalet i praktiskt hänseende är en odelbar enhet.

Det framstår i och för sig som praktiskt att avtalet omfattar såväl spridningsnätet som de kommunala punkterna. Kammarrätten noterar dock att kommunen inte har angett varför det är nödvändigt för anläggandet av spridningsnätet att de kommunala punkterna anskaffas genom samma avtal och med samma avtalspartner. Det kan även noteras att det av punkten 4 i) i

avtalet framgår att IP-Only ska ansluta de av kommunen avropade kommunala punkterna och leverera dessa via ett svartfiberpar mellan kommunal punkt och närmaste tekniknod. Enligt kammarrättens uppfattning innebär det att det spridningsnät som IP-Only ska anlägga enligt avtalet är frikopplat i förhållande till de kommunala punkterna. Punkten 4 c) i avtalet ändrar inte denna uppfattning. Med hänsyn till detta kan det inte anses visat att det varit nödvändigt att en och samma avtalspartner fullgör båda delarna av avtalet. Inte heller har det framkommit att de kommunala punkterna har varit nödvändiga för att uppnå syftet med spridningsnätet, dvs. att tillhandahålla bredbandstjänster till fastigheter i kommunen. Det har inte heller framkommit att en uppdelning av avtalet skulle avsevärt försvåra det av kommunen angivna syftet med avtalet. Enligt kammarrättens mening utgör avtalet därmed inte en odelbar enhet.

Eftersom avtalet således inte utgör en odelbar enhet, och anskaffningen av de 15 kommunala punkterna omfattas av LOU, borde kommunen ha upphandlat dessa enligt nu nämnd lag under förutsättning att den delen av avtalet inte utgör en tjänstekoncession eller att teleundantaget är tillämpligt.

#### *Tjänstekoncession*

Av 2 kap. 17 § LOU framgår att med tjänstekoncession avses ett kontrakt av samma slag som ett tjänstekontrakt men som innebär att ersättning för tjänsterna helt eller delvis utgörs av rätt att utnyttja tjänsten.

I målet har kommunen inte presenterat vilken tjänst som IP-Only, genom avtalet, har rätt att nyttja. Med hänsyn härtill kan IP-Onlys ersättning enligt avtalet inte anses utgöra en hel eller delvis rätt att utnyttja tjänsterna. Kammarrätten konstaterar även, i likhet med förvaltningsrätten, att de ekonomiska riskerna som kommunen gör gällande att IP-Only står för, är att hänföra till etableringen av spridningsnätet, vilket kammarrätten ovan har bedömt inte vara en kommunal anskaffning. Kammarrätten anser således att kommunen inte har förmått visa att avtalet utgör en tjänstekoncession.

### *Teleundantaget*

Enligt kammarrättens mening får det anses klarlagt att kommunen bedriver verksamhet av såväl det slag som åsyftas i 1 kap. 4 § LOU som annan verksamhet. I dessa fall aktualiseras frågan om ett visst kontrakt, i detta fall den del av kontraktet som innebär anskaffning av de minst 15 kommunala punkterna, kan hänföras till den ena eller andra verksamheten (jfr Kammar-rätten i Stockholms dom den 7 september 2010 i mål nr 143-10).

Såvitt har framkommit utgör anskaffningen av de 15 kommunala punkterna ett sätt för kommunen att tillförsäkra sin egen verksamhet bredbandsupp-koppling. Anskaffningen genomförs således inte huvudsakligen för att till-handahålla eller driva sådan verksamhet som avses i teleundantaget i 1 kap. 4 § LOU. Anskaffningen är istället hänförlig till annan verksamhet inom kommunen än sådan som avses i den nu nämnda bestämmelsen. Mot bakgrund härav anser kammarrätten att teleundantaget inte är tillämpligt i målet.

### *Sammanfattning*

Kammarrätten anser sammanfattningsvis att avtalet till den del som rör anslutning av kommunala punkter samt drift och underhåll av desamma kan separeras från avtalet samt att den delen utgör anskaffning enligt LOU. Avtalet utgör i denna del, enligt kammarrättens bedömning, inte en tjänstekoncession och teleundantaget är inte heller tillämpligt. Med beaktande av detta samt med hänsyn till att avtalet slöts utan föregående annonsering enligt 16 kap. 13 § 1 LOU ska Telias överklagande bifallas delvis och samarbetsavtalet mellan kommunen och IP-Only den 17 juni 2016 i den del som gäller anslutning av kommunala punkter samt drift och underhåll av desamma ska förklaras ogiltigt.

Eftersom kammarrätten har funnit att endast en del av det aktuella avtalet ska förklaras ogiltigt och att den andra delen inte omfattas av LOU, ska överklagandet i övrigt avslås.

---

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

---

Kammarrättsråden Ola Holmén (ordförande), Jan Källman (referent) och Hans-Olof Hallbäck har deltagit i avgörandet.

Föredragande: Kammarrättsfiskalen Eric Wahlberg



## 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, lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet 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 avtal inte får ingås, 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.