



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

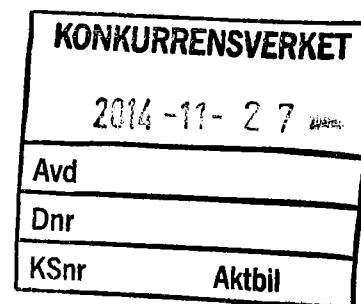
BESLUT
2014-11-27
Meddelat i Linköping

Mål nr
7359-14
Enhet 2

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

Vimmerby Industrifastigheter AB (VIFAB), 556203-5088
Stadshuset
598 81 Vimmerby

Ombud: advokaten Roger Wier
Advokatfirman Morris AB
Norra Hamngatan 18
411 06 Göteborg

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avvisar Vökby Bredbands ansökan och överklagande.

Dok.Id 186863

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 406 581 04 Linköping	Brigadgatan 3	013-25 11 00 E-post: forvaltningsrattenilinkoping@dom.se	013-25 11 40	måndag – fredag 08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Vimmerby Industrifastigheter AB (VIFAB) har den 31 september 2014, utan föregående annonsering, slutit avtal (Avtalet) med Zitius AB (Zitius) avseende ”Kommunikationsoperatörstjänster”.

Vökby Bredband AB (Vökby) yrkar att Avtalet ska ogiltigförklaras i enlighet med 16 kap. 13 § 1 st. 1 LOU. Vökby yrkar alternativt att förvaltningsrätten ska pröva målet som ett förvaltningsbesvär. Bolaget hävdar i denna del att tilldelningsbeslutet ska ses som ett beslut av offentligrättslig karaktär som kan överklagas med stöd av 22 a § FL.

VIFAB motsätter sig bifall till ansökan om överprövning och bestrider att beslutet om tjänstekoncession kan prövas genom förvaltningsbesvär.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS ANFÖRT

Vökby

Bakgrund

Det är uppenbart att Vimmerby kommun (kommunen), i vart fall fram till dess att Vökby vidtog rättsliga åtgärder, har ansett att anskaffningen av en kommunikationsoperatörstjänst utgör en offentlig upphandling. ITSAM och kommunen gick ut med en offentlig upphandling av samma omfattning som Avtalet som nu har träffats mellan VIFAB och Zitius. Föremålet för upphandlingen var detsamma. Kommunen och ITSAM beslöt dock att avbryta upphandlingen pga. bristande konkurrens. Istället för att återigen konkurrensutsätta kontraktet och få in flera anbud, valde kommunen att genom sitt helägda dotterbolag VIFAB enbart vända sig till en aktör på marknaden och med denna part träffa ett avtal med samma omfattning som den offentliga upphandlingen. Det avtal som träffats är dessutom mindre

ekonomiskt fördelaktigt för VIFAB än det som kommunen erhållit om upphandlingskontrakt tecknats med Vökby.

Tjänstekoncession

Vökby ifrågasätter av flera skäl att det rör sig om en tjänstekoncession. För det första har kommunen och ITSAM tidigare hanterat kontraktet som en offentlig upphandling. För det andra anser Vökby att Avtalet som träffats mellan VIFAB och Zitius inte i sig uppfyller de förutsättningar som krävs för att det ska anses vara en tjänstekoncession. Det krävs bl.a. att avtalet innebär att en betydande del av risken förknippad med tjänstens utnyttjande överförs från den upphandlande myndigheten till den ekonomiska aktören. Vökby menar att någon riskövergång inte har skett i förevarande fall. En stor del av risken ligger fortsatt på kommunen och VIFAB. Kommunen har investerat totalt 73 miljoner kr i infrastruktur (bredbandsutbyggnad). Risken för att denna investering inte lönar sig ligger kvar hos kommunen och VIFAB. Kommunen är beroende av att ett stort antal företag och konsumenter ansluter sig till det nya bredbandsnätet. Denna risk har inte överförts till Zitius då bolaget endast ska betala en rörlig ersättning till VIFAB. De fasta månadsavgifterna har tagits bort och därmed har inte Zitius övertagit någon risk.

VIFAB:s överträdelse

VIFAB har träffat ett upphandlingskontrakt utan föregående annonsering och överträtt de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Även om det skulle vara fråga om ett tjänstekoncessionskontrakt så är upphandlande myndighet som ingår avtal om tjänstekoncessioner skyldiga att beakta de grundläggande principerna. Det finns vidare en skyldighet för den upphandlande myndigheten att i tjänstekoncessionstillsättningar lämna insyn. Denna skyldighet om insyn syftar till att garantera varje potentiell anbudsgivare att upphandlingen kringgärdas av sådan offentlighet att tjänstemark-

naden är öppen för konkurrens och att det går att kontrollera om upphandlingsförfarandena är opartiska (jfr C-324/98 *Telaustria och Telefonadress*).

I mål C-458/03 *Parking Brixen* hänvisas till den grundläggande likabehandlingsprincipen. Domstolen menade att det stred mot angivna artiklar i fördraget – principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn – att tilldela en tjänstekoncession utan att alls begära in anbud. Samma situation gäller i förevarande fall då VIFAB inte har begärt in några anbud.

Överprövning av tjänstekoncession

Av skäl som framförts ovan anser Vökby att Avtalet inte ska ses som en tjänstekoncession. Om rätten ändock skulle komma till den slutsatsen ska Vökbys ansökan likväl tas upp till prövning. Det är visserligen korrekt att HFD uttalat att vid tjänstekoncession kan inte tilldelning överprövas enligt LOU (se HFD 2012 ref. 29). I förevarande fall rör det sig dock inte om en överprövning av ett tilldelningsbeslut utan om överprövning av avtals giltighet. Vökby menar också att hänsyn ska tas till att kommunen tidigare hanterat detta som en offentlig upphandling. I en sådan situation är det skäligt att Vökby får pröva giltigheten av resultatet av den offentliga upphandlingen, vilket får anses vara Avtalet.

Hänsyn ska också tas till EU:s kritik av den svenska situationen där det enbart skulle finnas ett rättsmedel tillgängligt vid tjänstekoncession i form av skadeståndstalan (EU-kommissionens motiverade yttrande från den 16 april 2014). Vökby anser att kritiken är befogad då en skadeståndstalan inte kan uppnå samma resultat som en överprövning av avtals giltighet. Det ska dessutom tilläggas att enligt slutbetänkande av den s.k. Genomförandeutredningen (SOU 2014:69) kommer det att finnas bestämmelser för överprövning av tjänstekoncessionstilldelningar. Mot bakgrund av det ovanstående gör således Vökby gällande att förvaltningsrätten ska pröva bolagets

ansökan även om rätten kommer fram till att det är fråga om ett tjänstekoncessionskontrakt.

Undantaget i 1 kap. 4 § LOU

Undantaget i 1 kap. 4 § LOU har en begränsad räckvidd och det bestrids att det är tillämpligt i förevarande fall. VIFAB avser inte att själv tillhandahålla teletjänster till allmänheten utan detta görs av en operatör som i sin tur via tjänsteleverantörer tillhandahåller tjänsterna. Hänsyn ska också tas till det faktum att detta (leverans av kommunikationsoperatörstjänster) är en konkurrensutsatt marknad där det finns ett flertal aktörer på marknaden.

Förvaltningsbesvär

VIFAB:s beslut att tilldela och teckna avtal är ett beslut som är överklagbart enligt FL. Vökby gör gällande att det i aktuellt mål dock är fråga om ett beslut av offentlighetsrättslig karaktär och att tilldelningen kan överklagas enligt 22 a § FL (jfr HFD 2012 ref. 28). Vökby begär således att förvaltningsrätten alternativt prövar detta ärende såsom förvaltningsbesvär.

VIFAB

Avtalet är inte ett tjänstekontrakt i LOU:s mening, utan en tjänstekoncession. Tjänstekoncessioner är uttryckligen undantagna från LOU och Avtalet kan därmed inte överprövas enligt LOU. Talan ska därför avvisas. Avtalet är dessutom ett sådant kontrakt som syftar till att ge Vimmerby kommun (kommunen) möjlighet att tillhandahålla eller driva publika telenät eller att för allmänheten tillhandahålla teletjänster (jfr 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 så hade Avtalet ändå varit undantaget från LOU.

VIFAB äger, bygger och förvaltar ett fiberbaserat kommunikationsnät inom kommunen, med ambitionen att alla kommuninnevånare ska erbjudas

anslutning till nätet. Kommunikationsnätet är ett passivt nät där VIFAB mot slutkunden har förberett för aktivering av oberoende operatör. Kommunikationsnätet är även ett öppet nät. Med detta menas att VIFAB tillgängliggör nätet på i alla väsentliga avseenden lika, skäliga och icke-diskriminerande villkor till marknads alla aktörer så att de ska kunna leverera tjänster till slutkund. Kommunikationsnätet ska hyras ut exklusivt till en kommunikationsoperatör (KO) och detta har skett genom Avtalet.

Avtalet

Genom Avtalet överlåter VIFAB åt en KO att tillhandahålla tjänster i nätet gentemot slutkunder, vilket framförallt är kommunens invånare och näringsidkare. KO ska enligt Avtalet tillse att slutkunderna minst erbjuds tjänster avseende internet, TV och IP-telefoni. Detta ska KO tillse genom tjänsteleverantörer av sådana tjänster. VIFAB ger ingen ersättning till KO för detta utan KO har istället en rätt att ta ut en avgift från slutkunderna. VIFAB garanterar inte ett visst antal slutkunder och garanterar därmed inte heller någon ersättning till KO. För tillgången till det av VIFAB ägda kommunikationsnätet betalar KO en avgift, som baseras på antalet slutkunder som köper tjänster från KO.

Avtalet är en tjänstekoncession

Avtalets utformning innebär att VIFAB inte betalar någon ersättning till KO. KO får istället ta ut ersättning från de som utnyttjar tjänsten, dvs. slutkunderna. En del av denna ersättning är KO dessutom skyldig att betala vidare till VIFAB, som betalning för rätten att använda kommunikationsnätet.

Avtalet innebär vidare att KO till fullo bär risken som är förknippad med tjänstens utnyttjande, dvs. risken att inga slutkunder väljer att använda de tjänster som KO enligt Avtalet är skyldig att erbjuda. VIFAB garanterar inte något minsta antal slutkunder eller någon garantiersättning för det fall

inga slutkunder väljer att använda tjänsterna kopplade till kommunikationsnätet. KO är vidare ansvarig för att på egen hand ingå avtal med olika tjänsteleverantörer som kan erbjuda tjänsterna till slutkunder, och som vill ansluta sig till kommunikationsnätet. KO har enligt Avtalet inga möjligheter att neka en tjänsteleverantör att ansluta sig till nätet. Sammantaget är Avtalet en tjänstekoncession då VIFAB inte betalar någon ersättning till KO utan ersättning utgörs av rätten att utnyttja tjänsten och KO bär risken som är förknippad med tjänsternas utförande.

Vidare kan en tjänstekoncession inte överprövas enligt LOU, oavsett om det är fråga om en överprövning av tilldelningsbeslut eller ett avtals giltighet. Av 1 kap. 2 § sjätte stycket LOU framgår att *endast* 1 kap. 12 § LOU gäller i fråga om tjänstekoncessioner. Det följer alltså redan av lagtexten att en tjänstekoncession inte kan överprövas enligt LOU.

Avtalet avser teletjänster

VIFAB:s kommunikationsnät är ett s.k. svartfibernät, vilket är en kommunikationsstruktur som omfattas av teletjänstundantaget. Syftet med Avtalet är att VIFAB ska kunna tillhandahålla teletjänster till allmänheten genom kommunikationsnätet. 1 kap. 4 § LOU är därför tillämplig, varför LOU också av denna anledning inte ska tillämpas på Avtalet.

Avtalet kan inte prövas genom förvaltningsbesvär

Ett beslut om tjänstekoncession kan inte överklagas genom s.k. förvaltningsbesvär (se HFD 2012 ref. 29).

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Fråga om Avtalet utgör tjänstekoncession

Med tjänstekoncession avses enligt 2 kap. 17 § LOU ett kontrakt av samma slag som ett tjänstekontrakt, men som innebär att ersättningen för tjänster-

na 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). I mål C-274/09 *Stadler* har domstolen utvecklat innebörden av begreppet verksamhetsrisk. Denna risk ska förstås som en risk för att utsättas för marknadens nycker. Detta kan innebära att bära risken för bristande efterfrågan, insolvens hos slutkunden eller att stå ansvarig för skador som kan uppstå till följd av brister i tjänsten.

EU-domstolen har i mål C-458/03 *Parking Brixen* konstaterat att ett krav för att ett kontrakt ska utgöra en tjänstekoncession är att leverantören tar en verksamhetsrisk för den verksamhet i vilken tjänsterna tillhandahålls till allmänheten. I det i målet aktuella fallet utgick inte någon betalning från den upphandlande myndigheten för uppdraget utan leverantören fick istället sin ersättning från avgifter som togs ut av allmänheten.

En tjänstekoncession föreligger således när ersättningen består i rätten att utnyttja tjänsten och leverantören bär risken som är förbunden med att tillhandahålla de aktuella tjänsterna. I mål C-206/08 *Eurawasser* har domstolen slagit fast att det däremot inte krävs att den ekonomiska risk som överförs på koncessionshavaren i sig måste vara betydande. Domstolen erinrade om att det är vanligt att vissa verksamhetssektorer, bl.a. sektorer med nära anknytning till allmännyttig verksamhet, regleras av bestämmelser som kan medföra att de ekonomiska riskerna begränsas. Domstolen konstaterade att det måste vara tillåtet för upphandlande myndigheter att säkerställa tillhandahållandet av tjänster genom en koncession, även om den risk som är förenad med utnyttjandet av tjänsten är mycket begränsad.

I mål C-274/09 *Stadler* har domstolen anknutit till sitt resonemang i *Eurawasser* och uttalat att det, när ersättningen uteslutande utbetalas av tredje man, räcker med att den verksamhetsrisk som den upphandlande myndig-

heten har överfört är mycket begränsad för att det ska anses vara fråga om en tjänstekoncession.

I förevarande fall betalar inte VIFAB någon ersättning till Zitius, utan bolagets ersättning betalas uteslutande av de som utnyttjar tjänsten, dvs. slutkunderna. Enligt Avtalet föreligger därtill en skyldighet för Zitius att till VIFAB betala en avgift för rätten att använda kommunikationsnätet.

Förvaltningsrätten finner att Avtalets utformning medför att Zitius bär verksamhetsrisken som är förbunden med att tillhandahålla de aktuella tjänsterna, dvs. bland annat risken för bristande efterfrågan från slutkunderna, eventuell insolvens hos slutkunderna samt att stå ansvarigt för skador som kan tänkas uppstå till följd av eventuella brister i tillhandahållna tjänster. VIFAB har inte i Avtalet uppställt någon garantiersättning för det fall att få eller inga slutkunder väljer att använda de tjänster som är kopplade till kommunikationsnätet. Det är också Zitius ansvar att ingå nödvändiga avtal med olika tjänsteleverantörer som kan erbjuda tjänsterna till slutkunder.

Mot bakgrund av det ovan anförda finner förvaltningsrätten att Avtalet är en tjänstekoncession och därmed är undantaget från LOU:s tillämpningsområde. Vad Vökby anför om kommunens investering i infrastrukturen föranleder ingen annan bedömning mot bakgrund av att verksamhetsrisken ligger hos Zitius.

Vad gäller det motiverade yttrandet från EU-kommissionen och det slutbetänkande av Genomförandeutredningen som Vökby hänvisat till så konstaterar förvaltningsrätten att dessa inte utgör gällande rätt och därmed inte ska tillämpas i målet. Tjänstekoncessioner är uttryckligen undantagna från tillämpningsområdet för såväl Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG som LOU (se Direktiv 2004/18/EG artikel 17 samt 1 kap. 2 §

fjärde stycket LOU). När en upphandlande myndighet tilldelar ett kontrakt i form av en tjänstekoncession föreligger således inte någon skyldighet att iaktta reglerna i LOU. Den enda regeln som ska tillämpas är bestämmelsen i 1 kap. 12 § LOU, vilken inte har relevans för situationen i förevarande mål. Detta betyder att ett avtal som är en tjänstekoncession inte idag kan prövas inom ramen för LOU vare sig det gäller överprövning av upphandling eller avtals giltighet. Förvaltningsrätten finner att detta även framgår klart av praxis (se bl.a. HFD 2012 ref. 29 och RÅ 2008 not. 101).

Fråga om Avtalet kan prövas genom förvaltningsbesvär

I HFD 2012 ref. 29 uttalas bl.a. följande avseende tjänstekoncessioner och förvaltningsbesvär. ”HFD konstaterar att ett beslut om tjänstekoncession inte kan överprövas enligt LOU och att det inte heller enligt nationella bestämmelser kan överklagas genom förvaltningsbesvär.”

När det gäller det avgörande till vilket Vökby refererat, HFD 2012 ref. 28, så var omständigheterna i detta mål mycket speciella. Målet handlade om beslut att anta anbud om regelbunden lufttrafik på flyglinje efter ett offentligt anbudsförfarande enligt EU:s lufttrafikförordning. Enligt artikel 16 i denna förordning får en medlemsstat efter ett visst förfarande införa allmän trafikplikt på en flyglinje om linjen anses väsentlig för den sociala och ekonomiska utvecklingen i en region. Syftet ska vara att säkerställa lufttrafik som inte skulle ha kommit till stånd om enbart kommersiella intressen fått styra. Förfarandet innefattar flera beslut som fattas dels av regeringen och dels av Trafikverket. Besluten förutsätter att kommersiellt bärkraftig trafik inte kan bedrivas på linjen samt att det utsedda företaget får ett visst stöd av allmänna medel för att driva trafiken. Mot bakgrund av detta ansåg HFD att aktuella beslut att anta ett visst anbud enligt detta förfarande måste anses som den avslutande åtgärden i ett ”offentlighetsligt förfarande”.

Omständigheterna i HFD 2012 ref.28 är således vitt skilda från den situation som föreligger i förevarande mål. Den aktuella marknaden är konkurrensutsatt med ett flertal aktörer, vilket även Vökby har tillstått i yttrande till förvaltningsrätten. Vidare erhåller inte Zitius något stöd av allmänna medel för att tillhandahålla aktuella tjänster, utan får sina intäkter endast genom den ersättning bolaget uppbär från slutkunderna.

Mot bakgrund av vad upphandlingen avser och med beaktande av att VIFAB ensamt och i egenskap av nätägare har fattat beslutet får det, enligt förvaltningsrättens bedömning, i allt väsentligt anses ha privaträttslig karaktär. Beslutet kan därmed inte överklagas med tillämpning av bestämmelserna i förvaltningslagen (jfr HFD 2012 ref 29).

Sammanfattning

Förvaltningsrätten finner att Avtalet är en tjänstekoncession och resultatet av ett beslut av privaträttslig karaktär. Detta innebär att Avtalet inte kan överprövas enligt LOU samt att det inte kan överklagas genom förvaltningsbesvär. Fråga om tjänstekoncessionen har upphandlats med iakttagande av de unionsrättsliga principerna om insyn, icke-diskriminering och likabehandling ska enligt gällande rätt tillgodoses genom en skadeståndstalan (jfr HFD 2012 ref 29). I enlighet härmed ska såväl ansökan om överprövning enligt LOU som överklagande enligt FL avvisas.

Vid denna bedömning finner förvaltningsrätten inte skäl att pröva om tele-tjänstundantaget i 1 kap. 4 § LOU är tillämpligt på Avtalet.

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

Mats Edsgården

Föredragande har varit Andrea Ritzer.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

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

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.