

Kammarrätten i Stockholm
Avdelning 3
Box 2302
103 17 Stockholm

Kammarrättens i Stockholm mål nr 143-10, AB Stokab ./. Advokatfirman Öberg & Associés

Kammarrätten i Stockholm har beslutat att inhämta yttrande från Konkurrensverket i målet. Kammarrätten har inte angett några särskilda frågor som yttrandet ska behandla. Konkurrensverket begränsar sitt yttrande till den principiella frågan om upphandlingsbestämmelsernas tillämplighet i det aktuella målet. Som framkommer av nedanstående redogörelse har Konkurrensverket kommit till slutsatsen att AB Stokabs verksamhet är sådan som faller in under undantaget i 1 kap. 4 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) samt att de i målet aktuella juristtjänsterna får anses vara för den verksamhetens bedrivande. Därmed undantas kontraktet från LOU:s tillämpningsområde.

Bakgrund

1. AB Stokab (Stokab) har inbjudit leverantörer att lämna anbud i upphandling avseende ramavtal för juridiska tjänster inom ramavtalsområdena 1. Konkurrensrätt 2. Övriga rättsområden 3. Löpande juridiska tjänster. Bland de leverantörer som lämnat anbud finns Advokatfirman Öberg & Associés AB (Öbergs) som lämnat anbud avseende ramavtalsområdena 1 och 3.
2. Av beslut den 24 augusti 2009 framgår att Stokab bestämt att teckna avtal med andra leverantörer än Öbergs och att Öbergs anbud inte utvärderats på grund av att anbudet inte uppfyllt de i upphandlingen ställda skall-kraven.
3. I förfrågningsunderlaget anges under rubriken 3.1 *Upphandlingsform* att LOU inte gäller för kontrakt som huvudsakligen syftar till att ge en upphandlande myndighet möjlighet att tillhandahålla eller driva publika telenät eller att för allmänheten tillhandahålla teletjänster. Stokab tillhandahåller ett publikt telenät/allmänt tillgängligt elektroniskt kommunikationsnät varvid Stokab inte omfattas av LOU.

4. Länsrätten i Stockholms län konstaterade i dom den 22 december 2009, mot bakgrund av vad som framkommit i målet, att Stokabs verksamhet omfattas av begreppet att "tillhandahålla eller driva publika telenät och att för allmänheten tillhandahålla teletjänster". Länsrätten ansåg dock att de juridiska tjänster som efterfrågades i upphandlingen inte kunde anses huvudsakligen syfta till att ge Stokab möjlighet att tillhandahålla eller driva publika telenät. LOU var därför tillämplig i den aktuella upphandlingen. Länsrätten biföll Öbergs ansökan om överprövning då den ansåg att de krav som Stokab ställt upp i upphandlingen var oproportionerliga. Stokab har överklagat domen till kammarrätten.

Rättsläget

Begreppen upphandlande myndighet och offentligt styrda organ

5. Med upphandlande myndighet avses, enligt 2 kap. 19 § LOU, statliga och kommunala myndigheter. Sådana offentligt styrda organ som avses i 2 kap. 12 § LOU ska jämföras med myndighet vid tillämpningen av denna lag.
6. Enligt 2 kap. 12 § LOU innefattar termen "offentligt styrda organ" sådana bolag, föreningar, samfälligheter och stiftelser som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär och 1) som till största delen är finansierade av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet, eller 2) vars verksamhet står under kontroll av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet, eller 3) i vars styrelse eller motsvarande ledningsorgan mer än halva antalet ledamöter är utsedda av staten, en kommun, ett landsting eller en annan upphandlande myndighet.

Teleundantaget

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 motsvaras av artikel 13 i direktiv 2004/18/EG och är med redaktionella ändringar utformad i enlighet med artikeln. I prop. 2006/07:128 s. 287 anges att vad som enligt direktivet förstås med publika telenät framgår av artikel 1.15.
9. Enligt artikel 1.15 i direktivet används vid tillämpningen av artikel 13 följande beteckningar med de betydelse som här anges:

- a) *publikt telenät*: den allmänna telekommunikationsstruktur som möjliggör överföring av signaler mellan bestämda nätterminaler med hjälp av kablar, radiolänkar, optiska medel eller andra elektromagnetiska medel,
 - b) *nätterminaler*: hela systemet av fysiska förbindelser och tekniska anslutningsspecifikationer som ingår i det publika telenätet och som är nödvändiga för tillgång till det publika nätet och effektiv kommunikation genom detta,
 - c) *publika teletjänster*: teletjänster som medlemsstaterna särskilt har anförtrott ett eller flera telebolag att tillhandahålla,
 - d) *teletjänster*: 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.
10. I beaktandesats 21 i direktivet 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 telekommunikationssektorerna (2) 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."
11. Av prop. 2006/07:128 s. 250 framgår följande. "Enligt artikel 8.1 i det äldre försörjningsdirektivet undantas från direktivets tillämpning kontrakt som upphandlande enheter, vilka bedriver en verksamhet som avser tillhandahållande eller drift av offentliga telekommunikationsnät eller tillhandahållande av offentliga telekommunikationstjänster, tilldelar på upphandlingar som uteslutande syftar till att göra det möjligt för dem att tillhandahålla en eller flera telekommunikationstjänster, om andra enheter fritt kan erbjuda samma tjänster i samma geografiska område och på i stort sett samma villkor. I artikel 8.2 i samma direktiv anges vidare att kommissionen i informationssyfte får i Europeiska gemenskapernas officiella tidning offentliggöra de tjänster som den anser vara undantagna. Kommissionen har i enlighet med denna bestämmelse offentliggjort i vägledande syfte en förteckning över de teletjänster som kommissionen anser uppfylla förutsättningarna för undantag (EGT C 156, 3.6.1999, sid. 3). Med hänsyn härtill gjorde kommissionen den bedömningen att förslaget till nytt försörjningsdirektiv inte skulle omfatta telekommunikationssek-

torn och direktivet fick också det föreslagna tillämpningsområdet. Eftersom det klassiska direktivet undantar upphandlingar som omfattas av försörjningsdirektivet, skulle uteslutning av en sektor från försörjningsdirektivet leda till att sådana upphandlande enheter som är upphandlande myndigheter inom den uteslutna sektorn omfattas av det klassiska direktivet vid upphandling för den uteslutna verksamheten. Därför har ett uttryckligt undantag för upphandlingar inom telesektorn förts in även i det klassiska direktivet. Motsvarande undantag föreslås i 1 kap. 4 § klassiska lagen. Avsikten är således att sådana upphandlande enheter inom någon av försörjningssektorerna som inte längre omfattas av försörjningsdirektivet inte heller skall komma att omfattas av det mer formbundna klassiska direktivet.”

12. Enligt 5 § lagen (2003:390) om införande av lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation ska den som vid ikraftträdandet av lagen har tillstånd enligt 7 eller 14 § telelagen (1993:597) eller motsvarande äldre bestämmelser anses anmäld enligt 2 kap. 1 § lagen om elektronisk kommunikation.
13. Enligt 2 kap. 1 § lagen om elektronisk kommunikation får allmänna kommunikationsnät av sådant slag som vanligen tillhandahålls mot ersättning eller allmänt tillgängliga elektroniska kommunikationstjänster endast tillhandahållas efter anmälan till den myndighet som regeringen bestämmer (tillsynsmyndigheten).
14. Enligt 1 kap. 7 § samma lag avses med *allmänt kommunikationsnät* elektroniskt kommunikationsnät som helt eller huvudsakligen används för att tillhandahålla allmänt tillgängliga elektroniska kommunikationstjänster. Med *allmänt telefonnät* avses elektroniskt kommunikationsnät som används för att tillhandahålla allmänt tillgängliga telefonitjänster och som möjliggör överföring av tal, telefaxmeddelanden, datakommunikation och andra former av kommunikation mellan nätanslutningspunkter.
15. EU-domstolen har fastslagit att en upphandlande enhet, i den mening som avses i direktiv 2004/17/EG om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, är skyldig att tillämpa det förfarande som föreskrivs i detta direktiv endast när den tilldelar kontrakt som har samband med de verksamheter som denna enhet bedriver inom en eller flera sektorer som avses med artiklarna 3-7 detta direktiv.¹ Domstolen har likaså uttalat, vad gäller det äldre försörjningsdirektivet (direktiv 93/38/EEG), att när en upphandlande enhet bedriver någon av de verksamheter som nämns särskilt i direktivet och inom ramen för denna verksamhet

¹ EU-domstolens dom i mål C-393/06 *Ing. Ainer*.

genomför en offentlig upphandling, regleras upphandlingen genom bestämmelserna i direktivet.²

16. EU-domstolen har flera gånger fastställt att bestämmelser som medger undantag från skyldigheten att följa unionsbestämmelserna ska tillämpas restriktivt.³ Det är vidare den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att en sådan undantagssituation verkligen föreligger.⁴

Bedömning

17. Inledningsvis vill Konkurrensverket klargöra följande avseende telekommunikationsmarknaden och dess förhållande till upphandlingslagstiftningen. Det tidigare direktivet avseende försörjningssektorerna (98/38/EEG) täckte in vissa kontrakt som tilldelades av upphandlande enheter inom telesektorn. Anledningen till en särbehandling av telekommunikationssektorn har varit införandet av en effektiv konkurrens inom denna sektor. I artikel 8 samma direktiv återfanns en lista på vilka telekommunikationstjänster som undantogs direktivets tillämpningsområde.⁵ Telekommunikationsmarknaden har gradvis nått en fullständig liberalisering av alternativ infrastruktur och det har skett en rättslig anpassning av öppna nät. Genom direktiv 96/19⁶ infördes en konkurrensfrämjande reglering avseende telekommunikation.
18. De som omfattas av definitionen i LOU benämns upphandlande myndigheter. Dessa är statliga och kommunala myndigheter, såsom beslutande församlingar i kommuner och landsting, vissa offentligt styrda organ (t.ex. flertalet kommunala och en del statliga bolag) och sammanslutningar av en eller flera upphandlande myndigheter eller ett eller flera offentligt styrda organ. Även till exempel kommunala och statliga aktiebolag kallas i LOU för upphandlande myndigheter. Stokab ägs till hundra procent av Stockholms stad och är en upphandlande myndighet i LOU:s mening.
19. 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. Undantagsbestämmelser ska tillämpas restriktivt. Frågan i målet gäller huruvida undantaget 1 kap. 4 § LOU är tillämpligt på upphandlingskontrakt avseende juridiska tjänster som Stokab upphandlat i sin verksamhet.

² EU-domstolens dom i de förenade målen C-462/03 och C-463/03 *Strabag*.

³ Se bl.a. EU-domstolens dom i mål C-20/01 och C-28/01, *Europeiska kommissionen mot Tyskland*.

⁴ Se bl.a. EU-domstolens dom i mål C-26/03 *Stadt Halle*.

⁵ Se EU-domstolens dom i mål C-392/93 *British Telecommunications* avseende tolkningen av det äldre direktivet. Se även Meddelande från kommissionen i enlighet med artikel 8 i direktiv 93/38/EEG (C 115/7).

⁶ Direktiv 90/388/EEG av den 28 juni 1990 om konkurrens på marknaderna för teletjänster i dess lydelse enligt kommissionens direktiv 96/19/EG av den 13 mars 1996.

20. Frågeställningen kan delas upp i två delar:

- 1) Faller Stokabs verksamhet in under undantaget och
- 2) Är det huvudsakliga syftet med kontraktet att ge Stokab möjlighet att tillhandahålla eller driva publika telenät eller att för allmänheten tillhandahålla teletjänster.

Frågeställning 1 - Faller Stokabs verksamhet in under undantaget?

21. Enligt bolagsordningen ska Stokab upplåta anläggningar för tele- och datakommunikation, främst i form av upplåtelse av optisk fiber och annan infrastruktur och utöva därmed förenlig verksamhet. Det kommunala ändamålet med bolagets verksamhet är att allmänt främja näringslivet genom att upplåta infrastruktur och stimulera utvecklingen av telemarknaden i Stockholmsregionen. Som nätägare hyr Stokab ut fiberförbindelser, plats i knutpunkter och antennplatser till operatörer och företag i behov av datakommunikation. Genom dotterbolaget S:t Erik Kommunikation AB agerar Stokab även som kommunikationsoperatör åt Stockholms stad vilket innebär att S:t Erik Kommunikation AB driver, förvaltar och utvecklar ett nät, S:t Erik Kom, som effektiviserar och binder samman förvaltningar, bolag, skolor, daghem, bibliotek, museer och andra kommunala verksamheter.
22. Stokab tillhandahåller så kallad svart fiber. Marknaden för elektronisk kommunikation beskrivs vanligtvis utifrån olika förädlingsnivåer. På den högst förädlade nivån finns de slutkundstjänster som erbjuds av operatörer till företag och hushåll. Exempel på sådana slutkundstjänster är telefoni och Internet-access. I de flesta fall kan dessa typer av tjänster delas upp i tre grundläggande komponenter; anslutning till nätet, trafik och tilläggstjänster. På nivån under slutkundstjänsterna finns transmissionskapacitet. Ibland säljs kapacitetstjänster som grossisttjänster till olika operatörer som i sin tur förädlar den till slutkundstjänster, ibland använder den som producerar kapacitetstjänsten den för eget bruk för att producera slutkundstjänster (vertikal integration). För att kunna producera kapacitetstjänster behövs ett kommunikationsmedium i vilket data kan överföras längre sträckor. Fiber är ett sådant medium. I fibern överförs data genom ljus, till skillnad mot t.ex. koppar där den överförs med elektriska signaler. Benämningen svart fiber avser en tjänst och syftar på fibern i sin oförädlade form, dvs. utan de tillhörande aktiva elektroniska komponenterna som används för att "lysa upp" fibern. Alternativ till svart fiber kan vara kopparkabel eller radiokommunikation - om kapacitetskraven inte är riktigt lika höga.⁷

⁷ Konkurrensverkets rapport 2009:4, *Åtgärder för bättre konkurrens*, s. 171 f.

23. Innan lagen om elektronisk kommunikation trädde ikraft utövade Stokab verksamheten under tillstånd enligt telelagen. Av Post- och Telestyrelsens beslut den 22 augusti 1996 framgår att den anser att Stokabs verksamhet utgörs av tillhandahållande av fasta teleförbindelser och att verksamheten omfattas av tillståndsplikten i telelagen, vilken omfattar i princip all överföringskapacitet. Styrelsen skriver att med fasta teleförbindelser avses en som separat tjänst tillhandahållen transparent överföringskapacitet och att s.k. svart fiber är en form av fast teleförbindelse. Den som, oavsett verksamhetsform, hyr ut fasta teleförbindelser och har en sådan ställning på marknaden att verksamheten är av betydelse för att få till stånd effektiva telekommunikationer eller konkurrens är tillståndsskyldig.
24. Öbergs har i målet gjort gällande att Nämnden för offentlig upphandling (NOU) beslutat att Stokab inte undantogs enligt den tidigare undantagsregeln i LOU (1992:1528). Konkurrensverket kan konstatera att NOU i beslut den 25 augusti 2000, avseende Stokabs då bedrivna verksamhet, noterat att Stokabs verksamhet omfattades av begreppet "drift eller tillhandahållande av ett allmänt telekommunikationsnät" i enlighet med dåvarande bestämmelserna i 4 kap. 1 § punkten 4 LOU (1992:1528). Enligt nämnden kunde dock inte Stokab åberopa något undantag (motsvarande dagens 1 kap. 4 §) då Sverige valt att inte implementera artikel 8 i direktiv 93/38/EEG som angav bl.a. att tjänster rörande "allmän tillgänglig fix telefoni" undantogs från direktivets tillämpningsområde bland annat i det geografiska området Sverige.⁸
25. Mot bakgrund av ovanstående redogörelse bedömer Konkurrensverket att Stokabs nuvarande verksamhet omfattas av begreppet tillhandahålla eller bedriva publika telenät i den mening som anges i 1 kap. 4 § LOU. Det faktum att dotterbolaget S:t Erik kommunikation AB tillhandahåller ett för Stockholms stad internt nät påverkar inte Stokabs ställning i nu aktuellt avseende då de olika verksamheterna drivs i olika bolag och är därmed olika juridiska personer.

Frågeställning 2 – Det huvudhuvudsakliga syftet med kontraktet

26. Av förfrågningsunderlaget 2.1 *Ramavtal* framgår att Stokab har behov av tillgång till juridiska tjänster inom de rättsområden som förekommer inom Stokabs verksamhet. För frågor där samordning med staden eftersträvas konsulteras dock i första hand stadens jurister. Stokab avser att teckna ramavtal inom tre ramavtalsområden. De områden som anbud kan lämnas inom har under p. 2.4.2 angetts vara:

⁸ Se även Meddelande från kommissionen i enlighet med artikel 8 i direktiv 93/38/EEG (C 115/7).

- 1) *Konkurrensrätt* (regulatoriska rättsfrågor inom ramen för lagen om elektronisk kommunikation, lagen om offentlig upphandling, övrig konkurrensrätt)
 - 2) *Övriga rättsområden* (allmän avtalsrätt och köprätt, obeståndsrätt, entreprenadjuridik, fastighetsrätt med tyngdpunkt på arrende och annan nyttjanderätt, ledningsrätt, miljörett inklusive vattenverksamhet)
 - 3) *Löpande juridiska tjänster* med särskild inriktning på upprättande och granskning av avtal samt konsultationer inom den löpande operativa verksamheten inom Stokab främst gällande:
 - konsultation eller stöd vid upprättande av avtal gällande upplåtelse av Stokabs fibernät till kund, främst tillhandahållande av fiber förbindelse samt upplåtelse av utrymme i knutpunkter och noder,
 - konsultation eller stöd vid upprättande av avtal med fastighetsägare rörande nyttjanderätt och hyresavtal m.m. i fastighet inför förläggning av Stokabs fibernät samt
 - konsultation eller stöd vid upprättande av avtal med leverantörer i samband med upphandling.
27. EU-domstolen har tydliggjort att om en upphandling görs för den verksamhet som nämns särskilt i försörjningsdirektivet och inom ramen för denna verksamhet genomför en offentlig upphandling, regleras upphandlingen genom bestämmelserna i direktivet. Analogt bör denna princip kunna tillämpas avseende undantaget i 1 kap. 4 § LOU. Konkurrensverket har redogjort för Stokabs verksamhet under fråga 1. Enligt Konkurrensverkets mening tillhandahåller eller bedriver Stokab ett publikt telenät. Vid detta förhållande är ett kontrakt avseende juridiska tjänster, som huvudsakligen syftar till att ge Stokab möjlighet att tillhandahålla eller driva det publika telenätet, undantaget från LOU:s tillämpningsområde. Såvitt framgår av handlingarna i målet bedriver inte Stokab någon annan verksamhet än tillhandahållandet eller drivandet av publikt telenät. De juridiska tjänsterna kan därför inte anses vara upphandlade till någon annan verksamhet utan måste huvudsakligen vara upphandlade för den aktuella verksamhetens bedrivande.

Sammanfattande slutsats

28. Att tillhandahålla eller bedriva publika telenät har tidigare mönstrats ut från begreppet försörjningsverksamhet. Då verksamheten är direkt konkurrensutsatt blir även upphandlingar för televerksamheter undantagna LOU. Undantaget gäller om kontraktet huvudsakligen syftar till att tillhandahålla eller driva publika telenät. Stokabs verksamhet är, enligt Konkurrensverkets bedömning, sådan som faller in under undantaget i 1 kap. 4 § LOU. Då bolaget endast verkar inom det undantagna området får de i målet aktuella juristjäns-terna anses vara för den verksamhetens bedrivande. Därmed undantas kontraktet från LOU:s tillämpningsområde.

Detta yttrande har beslutats av generaldirektören. Föredragande har varit upphandlingssakkunnig Ann Fryksdahl.

Dan Sjöblom

Ann Fryksdahl