

LÄNSRÄTTEN I  
STOCKHOLMS LÄN  
Allmänna avdelningen

DOM  
2009-12-22  
Meddelad i  
Stockholm

Mål nr  
17766-09  
Enhet 11

**SÖKANDE**

Advokatfirman Öberg & Associés, 556707-2557  
Box 2098  
103 13 Stockholm

**MOTPART**

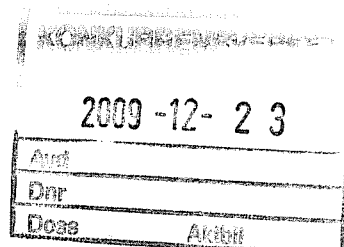
AB Stokab, 556475-6467  
Box 6813  
113 86 Stockholm

Ombud: Roland Strömngren

**SAKEN**

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling - LOU

**FÖR KÄNNEDOM**

**DOMSLUT**

Länsrätten avslår yrkandet att länsrätten ska inhämta förhandsavgörande från EG-domstolen.

Länsrätten förordnar att AB Stokabs upphandling av ramavtal för juridiska tjänster avseende ramavtalsområde 1. Konkurrensrätt och 3. Löpande juridiska tjänster ska göras om.

Länsrätten interimistiska förordnande i beslut 2009-09-08 upphör härmed att gälla.

Dok.Id 470579

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag
		E-post: lansrattenistockholm@dom.se		09:00-15:00

#### BAKGRUND

AB Stokab (Stokab) har inbjudit leverantörer att lämna anbud i upphandling avseende ramavtal för juridiska tjänster (ST 2009-564) 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.

Av tilldelningsbeslut 2009-08-24 framgår att Stokab beslutat att teckna avtal med andra leverantörer än Öbergs och att Öbergs anbud inte utvärderats p.g.a. anbudet inte uppfyllt de i upphandlingen ställda skall-kraven.

#### YRKANDEN M. M.

**Öberg** ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan Stokab a) vidtagit rättelse genom att uppta Öbergs anbud till slutlig prövning; b) gjort en ny bedömning av vilket eller vilka av de kvalificerade anbuden som är det för Stokab ekonomiskt mest fördelaktiga; c) i enlighet med vad som angivits i förfrågningsunderlag erbjuda de högst rankade leverantörerna att teckna ramavtal; d) vid avrop enligt ramavtalet, tilldela den leverantör kontrakt som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de villkor som angetts i ramavtalet. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om. Vidare yrkas att länsrätten inhämtar förhandsavgörande i enlighet med artikel 234 EG huruvida de av Stokab uppställda skall-kraven om omsättning, antal anställda och kravet att ha ett kontor i Stockholm är förenliga med EG-rätten. Till stöd härför åberopas att upphandlingen skett i strid med 1 kap. 9 § LOU och 1 kap. 24 § lag om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningslagen) och 5 kap. 3 § LOU genom att Stokab har ställt upp de för upphandlingen ovidkommande och icke-proportionerliga skall-kraven att anbudsgivare skall ha ”en omsättning på minst 15 Mkr per år och minst 10 anställda jurister. Företagen skall ha kontor i Stockholm”. Stokab har under anbudsutvärderingen underlåtit att ex officio bortse från dessa mot LOU och mot

EG-rätten stridande skall-kraven och följaktligen uteslutit Öbergs från vidare anbudsutvärdering. Stokab har frångått det i förfrågningsunderlaget anvisade kriteriet om utvärdering av anbud samt den där uppställda principen att de högst rankade leverantörerna (lägst sammanvägt pris) kommer att få teckna ramavtal. Genom att teckna ramavtal med samtliga kvalificerade anbudsgivare utan inbördes rangordning har Stokab förbehållit sig fri prövningsrätt. Stokab har härmed brutit mot likabehandlingsprincipen, öppenhetsprincipen samt proportionalitetsprincipen och brutit i det grundläggande kravet på objektivitet. Genom angivna brott mot LOU och gemenskapsrätten kommer Öbergs att lida skada då möjligheten att leverera juridiska tjänster till Stokab frántas under avtalstiden som uppgår till tre år med möjlighet till förlängning i maximalt tre år. Dessutom får ett ramavtal enligt 5 kap. 3 § LOU endast löpa under längre tid än fyra år om det finns särskilda skäl. Vidare anförs att Öbergs är en nischad advokatbyrå som tillhandahåller kvalificerad juridisk rådgivning på europarättens och konkurrensrättens område. Advokatfirmans affärsidé är att samla den främsta juridiska expertisen på marknaden i EG-rätt och konkurrensrätt för att därigenom kunna tillhandahålla klienterna ytterst kvalificerad juridisk rådgivning inom dessa områden. Med anledning av det till synes oproportionerliga skall-kravet avseende omsättning och antalet anställda samt att företagen skall ha kontor i Stockholm uppmanades Stokab per e-post 2009-05-26 av Öbergs att underlåta att tillämpa dessa skall-krav.

Jämfört med många medelstora advokatbyråer i Stockholm vilka uppfyller de reviderade skall-kraven besitter Öbergs lika stor och i många fall större – sakkunskap, erfarenhet, kunskaper och personella resurser inom avtalsområdet konkurrensrätt. De uppställda kraven är således indirekt diskriminerande och strider mot artiklarna 43 och 49 EG samt EG:s upphandlingsdirektiv i det att de gynnar i Stockholm lokalt etablerade medelstora och större advokatbyråer, till förfång för en relativt nystartad och inom det efterfrågade ramavtalsområdet nischad advokatfirma som Öbergs. Vidare anförs att Öbergs innehar en tillräcklig finansiell styrka för att de resurser som offereras kommer att kunna erbjudas under hela kontraktstiden. Likaså har de ett antal anställda jurister med olika

kompetensinriktning och nivåer. Öbergs har stor erfarenhet av att leverera uppdrag på ett högst tillfredställande sätt tack vare sin gedigna expertis på området. Advokatfirman har därför minst lika stora möjligheter att uppfylla kravet på tillgänglighet såväl avseende kompetens som förmågan att snabbt kunna leverera uppdragen, som de advokatfirmor med vilka ramavtal avses tecknas.

**Stokab** bestrider Öbergs yrkanden och invänder att ansökan ska avvisas, då det inte föreligger laglig grund att ta upp den till prövning. Som grund härför anføres i huvudsak följande. Stokab äger och förvaltar ett nät av fiberoptiska kablar, som möjliggör överföring av signaler mellan olika geografiska punkter. I denna telekommunikationsstruktur upplåter Stokab till alla och envar exklusiva fiberoptiska förbindelser, där kunden själv får sätta upp sina nätterminaler vid anslutningspunkterna. I strukturen ingår även knutpunktsutrymmen där Stokabs kunder i viss omfattning ges möjlighet att placera sina nätterminaler. I några enstaka fall hyr Stokab ut platser för antenner. Någon annan verksamhet än den till telekommunikationsnätet anknutna bedrivs inte av Stokab. Denna verksamhet utgör vad som i lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation betecknas som tillhandahållande av allmänna kommunikationsnät av sådan slag som vanligen tillhandahålls mot ersättning eller allmänt tillgängliga elektroniska kommunikationstjänster och även faller under Post- och telestyrelsens tillsyn. Stokabs verksamhet kan inte föranleda att lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster ("Försörjningslagen") kan bli tillämplig. Enligt 1 kap. 4 § LOU gäller inte LOU för kontrakt som huvudsakligen syftar till att ge en upphandlande myndighet möjlighet att tillhandahålla eller driva publika telenät eller att för allmänheten tillhandahålla teletjänster. Upphandlingen syftar uteslutande till att ge Stokab möjlighet att bedriva verksamhet som i sin helhet är sådan verksamhet som anges i 1 Kap. 4 § LOU. Kontrakt som ingås i upphandlingen utgör inte upphandlingskontrakt varken enligt LOU eller Försörjningslagen. Vidare bestrids att det skulle föreligga någon grund för att upphandlingen ska göras om eller att någon rättelse ska vidtas samt att behov av att inhämta förhandsavgörande föreligger. Till stöd härför fram-

hålls bl.a. följande. För att kunna komma ifråga som leverantör i den aktuella upphandlingen av juristtjänster avseende ramavtalsområde 1. "Konkurrensrätt" (och/eller övriga ramavtalsområden) krävs att anbudsgivaren har en omsättning på minst 15 MSEK och minst 10 anställda. Kraven har tillkommit för att tillse att de leverantörer som antas ska ha tillräcklig ekonomisk stabilitet och teknisk förmåga att utföra uppdraget, både initialt och under hela avtalstiden. Av 11 kap. 7 § LOU framgår att vid upphandlingar enligt lagen anvisas företagets omsättning, alternativt omsättningen för det verksamhetsområde upphandlingen gäller, som lämplig bedömningsgrund avseende ekonomisk ställning. Det omsättningskrav Stokab uppställt avser företagets omsättning. Upphandlingen avser verksamhetsområdet Juridiska tjänster. Omsättningskravet är rimligt och proportionerligt. Beträffande kravet på antal anställda är det vid upphandlingar enligt LOU en av de exklusiva parametrar som anvisas att bedöma anbudsgivarnas tekniska kapacitet, 11 kap. 11 § 8 p LOU. Även detta krav är rimligt och proportionerligt. Det kan även noteras att det vid upphandlingar enligt LOU, liksom i föreliggande upphandling är möjligt att under vissa förutsättningar vid behov åberopa andra företags ekonomiska tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Beträffande kravet att leverantör ska ha kontor i Stockholm anförs att Stokab inte har ställt krav att kontoret måste vara etablerat vid anbudstillfället. Vidare anser Stokab att det inte kan finnas någon upphandlingsrättslig regel som förhindrar bolaget att upphandla juristtjänster med krav på att leverantören ska finnas omedelbart tillgänglig på orten. Någon skaderisk för klaganden finns knappast heller då Stokab inte har gjort någon annan bedömning än att klaganden har kontor i Stockholm. Stokab har inte frångått förfrågningsunderlaget om att teckna avtal med de högst rankande leverantörerna. Hur avrop kommer att göras har klargjorts. Stokab har inte förbehållit sig någon fri prövningsrätt. Någon skaderisk föreligger inte för klaganden som uteslutits beroende på bristande skall-kravsuppfyllnad beträffande omsättning och antal anställda jurister. Upphandlingen avser inte ett ramavtal som löper längre tid än fyra år. Det finns dock möjlighet att, utöver den ordinarie avtalstiden på tre år förlänga avtalet med ett år i taget, högst tre gånger. Detta kommer att ske om särskilda skäl där-

till föreligger. Det saknas anledning att inhämta förhandsavgörande redan av det skälet att upphandlingar inom telesektorn inte längre är en gemenskapsrättslig fråga. Juridiska tjänster utgör B-tjänster och har undantagits från klassiska direktivets tillämpningsområde. De av Stokab efterfrågade tjänsterna förutsätter expertis inom svensk rätt. Denna expertis finns endast i mycket begränsad omfattning att tillgå utanför Sverige. Upphandlingar av juridiska tjänster som nu är i fråga utgör näppeligen någon gemenskapsrättslig fråga. Härutöver anförs att länsrättens avgörande är överklagbart, vilket i sig är ett skäl att inte inhämta förhandsavgörande.

**Öbergs** vidhåller sina yrkanden och bestrider att Stokabs verksamhet faller in under definitionen att ”tillhandahålla eller driva *publika telenät*” i den mening som avses i 1 kap. 4 § LOU och artikel 13 i direktiv 2004/18. Post- och Telestyrelsen har konstaterat att kommunen både som markägare och ägare av stadsnätet bör kommunen agera konkurrensneutralt och verka för att infrastruktur finns tillgängligt på så oförädlad nivå som möjligt, inklusive kanalisation. Då Stokab i första hand tillhandhåller en s.k. tjänst av allmänt ekonomiskt intresse (SGEI) som i konkurrensrättsliga sammanhang eventuellt skulle kunna betecknas som en s.k. nödvändig facilitet, finns det starkare skäl att med en teleologisk tolkning av 1 kap. 4 § LOU och artikel 13 i direktiv 2004/18 inte undanta bolaget från LOU:s tillämpningsområde. Vidare bestrids att den nu aktuella upphandlingen av juridiska tjänster syftar till att sluta ”kontrakt som huvudsakligen syftar till att ge en upphandlande myndighet möjlighet att tillhandahålla eller driva publika telenät eller att för allmänheten tillhandahålla teletjänster”. Enligt förfrågningsunderlaget framgår att ”Stokab har behov av tillgång till juridiska tjänster inom de rättsområden som förekommer inom Stokabs verksamhet”. Eftersom Stokabs verksamhet inte primärt omfattar ”tillhandahållande eller drift av publika telenät eller tillhandahållande av teletjänster för allmänheten” kan man inte påstå att de för den aktuella upphandlingen efterfrågade juristtjänsterna huvudsakligen syftar till att ge Stokab möjligheten att bedriva just denna verksamhet. Beträffande omsättningskravets bristande proportionalitet fram-

hålls att av tilldelningsbeslutet framgår att Stokab historiskt sett för egen del, inte haft något behov av expertis inom konkurrensområdet. Dessutom har avtal tecknats med samtliga nio kvalificerade leverantörer inom ramavtalsområde 1 "Konkurrensrätt" och Stokab har dessutom förbehållit sig fri prövningsrätt att avropa mellan dessa leverantörer utan inbördes rangordning. Detta styrker att omsättningskravet helt saknar relevans för den aktuella upphandlingen, åtminstone inom ramavtalsområdet konkurrensrätt. Samma slutsats torde kunna dras avseende kravet på antalet anställda.

**Stokab** gemmäler att Stokabs verksamhet i dess helhet avser drift och tillhandahållande av en allmän telekommunikationsstruktur som möjliggör överföring av signaler mellan bestämda nätterminaler med hjälp av kablar eller, såvitt avser antennplatserna, radiolänkarna och där det elektromagnetiska medlet är högfrekvent ljus eller, såvitt avser antennplatserna, radiovågor. Tillhandahållandet sker till envar på icke diskriminerande villkor. Verksamheten i sin helhet är således sådan verksamhet som avses i 1 kap. 4 § LOU. Syftet med upphandlingen är endast att tillgodose Stokabs behov för den verksamhet Stokab bedriver. Kontrakt som ingår i upphandlingen utgör inte upphandlingskontrakt, varken enligt LOU eller försörjningslagen. Någon överprövning enligt dessa lagar kan då inte heller ske. Stokab har även lämnat in och åberopat ett rättsutlåtande av advokat och doktoranden Andrea Sundstrand avseende begreppet upphandlande myndighet enligt LOU och enligt försörjningslagen.

Därefter har ytterligare skriftväxling förevarit varvid parterna vidhållit vad som tidigare anförts och yrkats.

Länsrätten beslutade interimistiskt 2009-09-08 att Stokab tills vidare inte får avsluta upphandlingen avseende ramavtalsområdena 1. och 3.

## DOMSKÄL

### *Tillämplig lagstiftning*

I 1 kap. 4 § LOU stadgas att denna lag gäller inte för kontrakt som huvudsakligen syftar till att ge en upphandlande myndigheter möjlighet att tillhandahålla eller driva publika telenät eller att för allmänheten tillhandahålla teletjänster.

Enligt 1 kap. 9 § LOU skall upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 2 § första stycket samma lag framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

*Länsrätten, som nu avgör målet slutligt, gör följande bedömning.*

### Inhämtande av förhandsavgörande från EG-domstolen

Länsrätten finner att det inte föreligger skäl att inhämta förhandsavgörande från EG-domstolen.

### LOU och försörjningslagens tillämplighet

Enligt förfrågningsunderlaget är Stokabs huvuduppgift att bygga ut och underhålla ett passivt konkurrensneutralt fibernät i Stockholmsregionen samt upplåta förbindelser i detta nät på likvärdiga villkor till marknaden. Mot bakgrund av vad som framkommit i målet anser länsrätten att denna verksamhet omfattas av begreppet att ”tillhandahålla eller driva publika telenät och att för allmänheten tillhandahålla teletjänster”.

Aktuell upphandling avser ramavtal för leverans av juridiska tjänster inom de rättsområden som förekommer inom Stokabs verksamhet.



Länsrätten konstaterar att lag om upphandling inom vatten, energi, transporter och posttjänster – försörjningslagen – inte är tillämplig i aktuell upphandling och att Stokab är en upphandlande myndighet enligt LOU.

Fråga i målet är om upphandlingen omfattas av undantaget 1 kap. 4 § LOU, dvs. är det huvudsakliga syftet med kontraktet att ge Stokab möjlighet att tillhandahålla eller driva publika telenät eller att för allmänheten tillhandahålla teletjänster.

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

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, entreprenad-juridik, fastighetsrätt med tyngdpunkt på arrende och annan nyttjande rätt, ledningsrätt, miljö rätt 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.

Även om de upphandlade juridiska tjänsterna tillgodoser ett visst behov i Stokabs verksamhet kan kontrakten för de upphandlande tjänsterna enligt länsrättens mening inte anses huvudsakligen syfta till att ge Stokab möjlighet att tillhandahålla eller driva publika telenät. Vid sådant förhållande är således LOU tillämplig i aktuell upphandling.

Kravet på viss omsättning, visst antal anställda och kontor i Stockholm

Av förfrågningsunderlaget (p. 4.1.2) framgår att bl.a. följande skallkrav ställs på anbudsgivaren. Företaget skall ha en god och stabil ekonomi med en omsättning på minst 15 Mkr per år och minst 10 anställda jurister. Företaget skall ha kontor i Stockholm.

LOU innehåller inte någon reglering av nivån på de krav som får ställas på leverantörernas förmåga eller vilka krav som får ställas på tjänsten. Vilken kravnivå som är tillåten får avgöras med tillämning av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna. En av dessa grundläggande principer är proportionalitetsprincipen, vilken innebär att en upphandlande enhet i en upphandling inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än som behövs och är ändamålsenlig för den aktuella upphandlingen. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas. En omständighet som diskvalificerar en leverantör måste vara relevant för den aktuella upphandlingen och inte vara av oväsentlig betydelse. Det är den upphandlande enheten som har bevisbördan för att något mindre ingripande alternativ inte finns.

Stokab har uppgett att ovannämnda krav har tillkommit för att tillse att de leverantörer som antas ska ha tillräcklig ekonomisk stabilitet och teknisk förmåga att utföra uppdraget, både initialt och under hela avtalstiden. Kravet på antal anställda är vid upphandlingar enligt LOU en av de exklusiva parametrar som anvisas att bedöma anbudsgivarnas tekniska kapacitet (11 kap. 11 § 8 p LOU). Vidare hänvisas till möjligheten att under vissa förutsättningar vid behov åberopa andra företags ekonomiska tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Beträffande kravet att leverantör ska ha kontor i Stockholm anges endast att Stokab inte har ställt krav på att kontoret måste vara etablerat vid anbudstillfället samt att det inte finns någon regel som förhindrar Stokab att upphandla juristtjänster med krav att på att leverantören ska finnas omedelbart tillgänglig på orten.

Länsrätten finner att Stokab inte visat att de uppställda kraven är nödvändiga för att uppnå syftet med de ställda kraven. Vid sådant förhållande strider de uppställda kraven på en omsättning om minst 15 Mkr, minst 10 anställda jurister och kontor i Stockholm mot proportionalitetsprincipen.

Vad Öbergs påtalat i övrigt visar inte att grund för ingripande mot upphandlingen med stöd av 16 kap. 2 § LOU.

Sammanfattningsvis finner länsrätten att Stokab genom den ovan påtalade felaktigheten genomfört upphandlingen på ett sätt som strider mot 1 kap. 9 § LOU. Felet har medfört att Öbergs anbud inte har utvärderats. Härigenom har Öbergs lidit eller kan komma att lida skada avseende ramavtalsområde 1. Konkurrensrätt och 3. Löpande juridiska tjänster. Förutsättningar för ingripande enligt LOU föreligger därför i denna del. Eftersom bristerna är hänförliga till förfrågningsunderlaget och upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen göras om när det gäller dessa ramavtalsområden.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (Dv 3109/1a)



Leif Nilsson

rådman

Föredragande har varit Ann-Kristin Rosén.

