



KLAGANDE

AB Stokab, 556475-6467

Ombud: Stadsjurist Roland Strömgren
Stadsledningskontoret
Juridiska avdelningen
105 35 Stockholm

2010 -09- 09	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

MOTPART

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

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Länsrätten i Stockholms läns dom den 22 december 2009 i mål
nr 17766-09, se bilaga A

SAKEN

Förutsättningar för överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig
upphandling - LOU

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten upphäver länsrättens dom och avslår Advokatfirman
Öberg & Associés AB:s ansökan om överprövning av AB Stokabs
upphandling av juristtjänster.

YRKANDEN M.M.

AB Stokab (Stokab) yrkar att kammarrätten upphäver länsrättens dom och avvisar Advokatfirman Öberg & Assocés AB:s (Öberg) ansökan om överprövning av Stokabs upphandling av juristtjänster. Till stöd för sin talan anför Stokab bl.a. följande. Det finns inte laglig grund att ta upp Öbergs ansökan till prövning eftersom den aktuella upphandlingen varken omfattas av LOU eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF). Den aktuella upphandlingen avser att tillgodose Stokabs behov av juristtjänster för den verksamhet som bolaget bedriver och inte något därutöver vilket tydligt framgår av förfrågningsunderlaget.

Stokabs verksamhet avser drift och tillhandahållande av en allmän telekommunikationsstruktur som möjliggör överföring av signaler mellan bestämda nätterterminaler. Länsrätten har helt korrekt konstaterat att denna verksamhet omfattas av begreppet att ”tillhandahålla eller driva publika telenät och att för allmänheten tillhandahålla teletjänster”. Stokab bedriver inte någon annan verksamhet, vilket klart framgår av vad som redovisats i målet. Den verksamhet som bedrivs i dotterbolag bedrivs av andra juridiska personer som i förekommande fall är självständiga upphandlande enheter/myndigheter.

Länsrätten har felaktigt bedömt frågan om undantaget för telekommunikationstjänster som anges i 1 kap. 4 § LOU är tillämpligt vid den aktuella upphandlingen. Länsrättens slutsats är svepande, allmänt hållen och ger ingen ledning när det gäller skälen för denna. Slutsatsen förutsätter att det finns en annan större verksamhet i Stokab eller att syftet med att ingå upphandlingskontrakt för de aktuella upphandlingsområdena inte huvudsakligen skulle vara att ge bolaget möjlighet att driva sin verksamhet, dvs. att syftet med att ingå kontrakt av juristtjänster huvudsakligen är något

annat än att ge Stokab möjlighet att tillhandahålla eller driva publika telenät eller för allmänheten tillhandahålla teletjänster. Den mest troliga förklaringen till länsrättens slutsats är att länsrätten ansett att upphandling av juristtjänster för verksamheten skulle vara en egen verksamhet eller något som inte huvudsakligen syftar till att ge Stokab möjlighet att tillhandahålla eller driva publika telenät. Den verksamhet som Stokab bedriver skulle alltså i upphandlingssammanhang delas upp i olika verksamheter. Detta står dock i strid med gällande EU-rätt. Någon sådan uppdelning ska inte ske. Är en verksamhet undantagen från LOU:s tillämpning enligt 1 kap. 4 § är alla upphandlingar som genomförs i syfte att bedriva den aktuella verksamheten undantagna från regelverket för offentlig upphandling. Denna princip framgår bl.a. av EU-domstolens domar i de förenade målen C-462/03 (Strabag AG) och C-463/03 (Kostmann GmbH) samt målet C-393/06 (Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt, GmbH). Det tidigare ingivna rättsutlåtandet av Andrea Sundstrand ger också stöd härför.

Öberg bestrider bifall till överklagandet och anför bl.a. följande. Länsrätten var behörig att pröva ansökningen om överprövning i sak. Det råder inget tvivel om att Stokab är en upphandlande myndighet enligt definitionen i 2 kap. 19 § LOU. Enligt artikel 1.1 i direktiv 89/665/EEG (rättsmedelsdirektivet) ska medlemsstaterna vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets beslut prövas effektivt vad beträffar upphandling. Stokab anser att skyldigheten att möjliggöra prövning av en upphandlande myndighets beslut inte gäller för det fall den upphandlande myndigheten i fråga inte är skyldig att upphandla. Resonemanget framstår som märkligt. Rimligtvis måste frågan huruvida en upphandlande myndighet i ett visst fall inte har varit skyldig att upphandla kunna prövas i domstol. Annars skulle förefintligheten av ett undantag i sig innebära att det inte skulle gå att pröva dess tillämplighet i samband med överprövning av ett beslut av en upphandlande myndighet. Stokabs slutsats är inte heller i linje med vad EU-domstolen har anfört i mål C-26/03 (Stadt Halle och RPL Recyclingpark Lochau GmbH).

Det är ostridigt att det i målet aktuella tilldelningsbeslutet fattats av en upphandlande myndighet. Även om det således till skillnad från vad länsrätten funnit skulle visa sig att beslutet omfattas av undantagsregeln i 1 kap. 4 § LOU kan man alltså inte som Stokab gör därav dra slutsatsen att länsrätten inte var behörig att uppta frågan till prövning.

Vad gäller frågan om undantagsregelns tillämplighet på den aktuella upphandlingen delar Öberg den bedömning som länsrätten har gjort. Enligt 1 kap. 4 § LOU är undantaget endast tillämpligt med avseende på kontrakt som huvudsakligen syftar till att ge upphandlande myndighet möjlighet att tillhandahålla eller driva publika telenät eller att för allmänheten tillhandahålla teletjänster. Värt att notera är att undantaget inte bara tar sikte på den verksamhet som bedrivs av den upphandlande myndigheten, vars karaktär i och för sig har betydelse för undantagets tillämplighet som sådant, utan även på det för upphandlingen relevanta kontraktet och dess syfte.

Undantagets tillämplighet i förevarande fall beror således liksom länsrätten har funnit inte endast på frågan om Stokabs huvudsakliga verksamhet är att tillhandahålla eller driva publika telenät, utan det krävs därutöver att det aktuella kontraktet (juristtjänster) huvudsakligen syftar till att ge Stokab en möjlighet att utöva just denna verksamhet och inte verksamhet över huvud taget.

I Stokabs årsredovisning för år 2009 kan bl.a. följande läsas. ”I Stokabs verksamhet ingår vidare att på uppdrag av Stockholms stad administrera, driva och utveckla stadens samlade kommunikationsnät för såväl administration som det mer publika behovet för skola, barnomsorg, fritid och kultur samt ett kommunikationsnät för Stockholms stads styrning av gatubelysning. Denna verksamhet bedrivs i ett helägt dotterbolag S:t Erik Kommunikation AB (S:t Erik) sedan 2008-01-01”. Att Stokab ”uteslutande” skulle bedriva verksamhet som avses i 1 kap. 4 § LOU framstår mot denna

bakgrund som felaktigt. Det faktum att Stokab har valt att bedriva delar av sin verksamhet – vilka obestridligen inte utgör verksamhet som avses i 1 kap. 4 § LOU – i det helägda dotterbolaget är i detta avseende ovidkommande.

Öberg ifrågasätter inte att Stokab behöver juristtjänster för att bedriva sin verksamhet, men detta behov är inte avhängigt av verksamhetens särskilda art. Den praxis från EU-domstolen som åberopats rörande direktiv 2004/17/EG (försörjningsdirektivet) har ingen som helst relevans för undantagsregeln i 1 kap. 4 § LOU. EU-domstolen slår fast att samtliga kontrakt inom området för verksamheter inom försörjningssektorn och kontrakt som används för utövandet av dessa verksamheter ska upphandlas i enlighet med försörjningsdirektivet. Nämnd praxis klargör således endast försörjningsdirektivets tillämplighet i förhållande till direktiv 2004/18/EG (det klassiska direktivet), vilket som huvudregel gäller för Stokabs upphandlingar.

Undantaget i 1 kap. 4 § LOU ska enligt fast rättspraxis tolkas restriktivt, vilket talar för att en analog tillämpning av praxis rörande försörjningsdirektivet torde vara utesluten.

Även om det aktuella kontraktet inte skulle anses omfattas av tillämpningsområdet för LOU och motsvarande unionsrättsliga direktiv om offentlig upphandling är Stokab likväl skyldigt att beakta de grundläggande reglerna i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF), se. tex. mål C-573/07 (Sea Sri). De av Stokab uppställda skall-kraven om omsättning, antal medarbetare och kontor i Stockholm är indirekt diskriminerande och oproportionerliga och står således under alla omständigheter i strid med artiklarna 49 och 56 i FEUF.

Stokab har därefter anfört bl.a. följande. Öberg argumenterar med hänvisning till bl.a. EU-domstolens avgörande i ”Stadt Halle” för att målet ska

tas upp till materiell prövning. Innebörden av 1 kap. 4 § LOU är dock att lagen inte ska tillämpas. När 1 kap. 4 § LOU är tillämplig bortfaller således även rätten till överprövning. Öberg för ”grumliga” resonemang om att det skulle krävas att det aktuella kontraktet (juristtjänster) huvudsakligen syftar till att ge Stokab en möjlighet att bedrivs just ”denna verksamhet” – den verksamhet som Stokab bedriver och som avses i 1 kap. 4 § LOU – och inte verksamhet över huvud taget. Stokab bedriver dock inte någon sådan generell diversifierad allmän verksamhet. Det aktuella kontraktet avser endast tjänster som uteslutande syftar till att ge Stokab möjlighet att utöva den verksamhet som bolaget faktiskt bedriver. Den verksamhet som bedrivs i bolaget S:t Erik bedrivs inte i Stokab alldeles oavsett ordvalen i Stokabs redovisning och det förhållandet att dotterbolag redovisningsmässigt konsolideras i moderbolaget.

Av det av Öberg åberopade rättsfallet ”Ing. Aigner” framgår med all tydlighet att samtliga kontrakt som används för utövande av verksamhet inom försörjningssektorn undantas från det klassiska direktivets tillämpningsområde. Regleringen i 1 kap. 4 § LOU har tillkommit för att tillse att upphandlingar inom telesektorn inte ska omfattas av lagen på samma sätt som undantagsbestämmelsen i 1 kap. 3 § säkerställer att upphandlingar för de verksamheter som tillhör områdena vatten, energi, transporter och posttjänster inte ska regleras av LOU, trots att den upphandlande enheten i och för sig är att anse som upphandlande myndighet enligt 2 kap. 19 § LOU. Att undantag ska tolkas restriktivt innebär inte att rätten vid tillämpning av 1 kap. 4 § LOU ska bortse från detta och frånkänna undantaget rättslig relevans.

Eftersom det aktuella kontraktet inte omfattas av tillämpningsområdet för LOU kan Öbergs påståenden om brott mot artiklarna 49 och 51 i FEUF inte heller tas upp till prövning inom ramen för överprövning enligt LOU.

Öberg har slutligen anfört bl.a. följande. Det är av vikt att tydliggöra att den aktuella undantagsregeln inte undantar en hel sektor och därmed samtliga upphandlingskontrakt inom denna sektor, utan endast upphandlingskontrakt som syftar till att ge en upphandlande myndighet möjlighet att tillhandahålla en viss typ av tjänster inom den aktuella sektorn. Förutom att detta går att utläsa direkt ur den aktuella bestämmelsens lydelse framgår det dessutom av beaktandesats 21 i direktiv 2004/18/EG, varför ändamålet med undantagsbestämmelsen överensstämmer med dess textuella innebörd.

Av EU-domstolens domar i bl.a. mål C-44/96 (Mannesmann Anlagenbau Austria AG m.fl.) och mål C-373/00 (Adolf Truley) följer att den juridiska form i vilken en viss verksamhet bedrivs saknar avgörande betydelse för kvalificeringen av ett visst organ som en upphandlande myndighet och för upphandlingsreglernas tillämpningsområde. EU-domstolen har utvecklat en funktionell tolkning av begreppet ”upphandlande myndighet” och slagit fast en möjlighet till tillämpning av upphandlingsdirektiven som innebär att ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor inte omfattas av direktiven när en myndighet, som är en upphandlande myndighet, anskaffar varor och tjänster från en enhet som är anknuten till myndigheten, men som i formellt hänseende är fristående i förhållande till den (se även prop. 2009/10:134 Upphandling från statliga och kommunala företag). Av detta följer att Stockholms stad, Stokab och S:t Erik - som i konkurrensrättsligt hänseende utgör en och samma ekonomiska enhet - även enligt LOU kan betraktas som en och samma ekonomiska enhet och som en upphandlande myndighet med hänsyn till de omfattande möjligheter till kontroll som Stockholms stad har bibehållit över Stokab och dess dotterbolag S:t Erik.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

I 1 kap. 4 § LOU anges följande. Denna lag gäller inte för kontrakt som huvudsakligen syftar till att ge en upphandlande myndighet möjlighet att

tillhandahålla eller driva publika telenät eller att för allmänheten tillhandahålla teletjänster.

I lagens förarbeten (prop. 2006/07:128 s. 287) anges att vad som enligt direktiv 2004/18/EG förstås med publika telenät och teletjänster framgår av artikel 1.15. I artikel 1.15 anges att vid tillämpningen av artikel 13 (motsvarigheten till 1 kap. 4 § LOU) avses med *publikt telenät* den allmänna kommunikationsstruktur som möjliggör överföring av signaler mellan bestämda nätterminaler med hjälp av kablar, radiolänkar, optiska medel och andra elektromagnetiska medel.

Frågan i målet gäller huruvida undantaget i 1 kap. 4 § LOU är tillämpligt på upphandlingskontrakt avseende juridiska tjänster som Stokab upphandlat i sin verksamhet. Avgörande för bedömningen blir om Stokab tillhandahåller eller driver publika telenät, betydelsen av den verksamhet som bedrivs i dotterbolaget S:t Erik och av Stockholms kommun samt om kontraktet avseende juristtjänster huvudsakligen syftar till att ge Stokab möjlighet att tillhandahålla eller driva ett publikt telenät.

Kammarrätten har inhämtat ett yttrande från Konkurrensverket avseende frågan om upphandlingsbestämmelsernas tillämplighet på den aktuella upphandlingen. Verket har i yttrande den 23 mars 2010 anfört i huvudsak följande.

Frågeställning 1

Faller Stokabs verksamhet in under undantaget?

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 utveckling 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.

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 Internetaccess. 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 krävs ett kommunikationsmedium i vilket data kan överföras längre sträckor. Fiber är ett sådant medium. I fibern överförs data genom ljus, till skillnad från 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 komponenter som används för att "lysa upp" fibern. Alternativ till svart fiber kan vara kopparkabel eller radio-kommunikation – om kapacitetskraven inte är riktigt lika höga.

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.

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 att bl.a. att tjänster rörande "allmän tillgänglig fix telefoni" undantogs från direktivets tillämpningsområde bland annat i det geografiska området Sverige.

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 huvudsakliga syftet med kontraktet

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 offentligt telenät. Vid detta förhållande är ett kontrakt avseende juridiska tjänster, som huvudsakligen syftar till att ge Stokab möjlighet att tillhandahålla eller driva det offentliga telenätet, undantaget från LOU:s tillämpningsområde. Såvitt framgår av handlingarna i målet bedriver Stokab inte någon annan verksamhet än tillhandahållandet eller drivandet av offentligt 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

Att tillhandahålla eller bedriva publika telenät har tidigare mönstrats ut från begreppet försörjningsverksamhet. Då verksamheten är direkt konkurrensutsatt blir även upphandlingen 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 juristtjänsterna anses vara för den verksamhetens bedrivande. Därmed undantas kontraktet från LOU:s tillämpningsområde.

Kammarrätten gör följande bedömning.

I likhet med Konkurrensverket anser kammarrätten att Stokabs verksamhet, som består av uthyrning av s.k. svart fiber, plats i knutpunkter och antennplatser till operatörer och företag som behöver datakommunikation, utgör tillhandahållande och drift av ett publikt telenät i den mening som avses i 1 kap. 4 § LOU.

Öberg har i målet gjort gällande att den i Stokabs dotterbolag S:t Erik bedrivna verksamheten, som ostridigt inte utgör sådan verksamhet som avses i 1 kap. 4 § LOU, liksom ägaren Stockholms kommuns verksamhet i övrigt, ska tillgodoräknas Stokab vid upphandlingen av juristtjänster, med följd att undantagets tillämplighet ska bedömas med beaktande av samtliga dessa verksamheter. Kammarrätten konstaterar i denna del att det av punkt 1 i förfrågningsunderlaget framgår att Stokab är upphandlande enhet och att det i punkt 2.1 anges att upphandlingen sker för att tillgodose Stokabs behov av juridiska tjänster inom de rättsområden som förekommer inom Stokabs verksamhet. Ingenstans framgår att även S:t Erik eller Stockholms kommun har rätt att avropa tjänster från ramavtalet, vilket medför att den aktuella upphandlingen inte grundar någon rätt eller skyldighet för S:t Erik eller Stockholms kommun att avropa sådana tjänster. Kammarrätten konstaterar vidare att de av EU-domstolen fastslagna principerna som Öberg åberopat till stöd för att Stokab, S:t Erik och Stockholms kommun ska ses som en upphandlande enhet vid tillämpningen av LOU inte avser nu förevarande situation, utan den situation när kommunen under vissa förhållanden kan anlita egna bolag för tjänster som, om de upphandlades externt, hade omfattats av regleringen i LOU (jfr bestämmelsen i 2 kap. 10 a § LOU som trädde ikraft den 15 juli 2010). Med hänsyn till det anförda finner kammarrätten att det vid bedömningen av det aktuella undantagets tillämplighet saknas skäl att beakta annan verksamhet än den som bedrivs inom Stokab.

Därmed återstår frågan om innebörden av kravet på att det upphandlade kontraktet *huvudsakligen* ska syfta till att ge Stokab möjlighet att tillhandahålla eller driva publika telenät.

Bestämmelsen i 1 kap. 4 § LOU öppnar med hänsyn till dess ordalydelse för olika tolkningar i fråga om hur huvudsaklighetskriteriet ska förstås. En möjlig tolkning är, såsom länsrätten har anförts, att en bedömning av det specifika kontraktsinnehållet fordras för att bestämma om undantaget är tillämpligt. Även den av Stokab förordade tolkningen ryms inom bestämmelsens ordalydelse.

Skälen till att telekommunikationssektorn utmönstrades ur försörjningsdirektivet (2004/17/EG) framgår av direktivets beaktandesats 5 där bl.a. följande sägs.

Tillämpningsområdet för direktiv 93/38/EEG täcker för närvarande vissa kontrakt som tilldelas av upphandlande enheter med verksamhet inom telesektorn. En rättslig ram, som nämns i den fjärde rapporten om genomförandet av EU:s lagstiftning på teleområdet från den 25 november 1998, har antagits för att öppna telesektorn. En av följderna blev att effektiv konkurrens, både rättsligt och faktiskt, infördes i denna sektor. Med hänsyn härtill har kommissionen för kännedom offentliggjort en förteckning över teletjänster som redan kan undantas från det direktivets tillämpningsområde i enlighet med dess artikel 8. Ytterligare framsteg har konstaterats i den sjunde rapporten om genomförandet av EU:s lagstiftning på teleområdet från den 26 november 2001. Upphandlingen inom denna sektor behöver således inte längre regleras.

Bakgrunden till det aktuella undantaget för teletjänster beskrivs enligt följande i beaktandesats 21 i direktiv 2004/18/EG.

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.

I förarbetena till bestämmelsen i LOU (prop. 2006/07:128 s. 250) anges vidare bl.a. 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 sådana 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 telekommunikationssektorn 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.

Mot bakgrund av de återgivna uttalandena synes syftet med direktiven och bestämmelsen i LOU ha varit att helt utmönstra telesektorn från regleringen i upphandlingsbestämmelserna, vilket motiveras med att det numera anses råda såväl rättslig som faktisk konkurrens inom denna sektor. Skäl att beträffande teleområdet endast undanta vissa kontrakt, med sektorsspecifikt innehåll, saknas med hänsyn till det anförda.

Kammarrätten finner vidare, i likhet med Konkurrensverket, att EU-domstolens praxis beträffande gränsdragningen mellan tillämpningen av försörjningsdirektivet och det klassiska direktivet, t.ex. i de förenade

målen C-462/03 (Strabag AG) och C-463/03 (Kostmann GmbH), ger vid handen att det är verksamhetens art och kopplingen till viss verksamhet som är avgörande, medan föremålet för upphandlingen, dvs. det specifika kontraktet, saknar betydelse för frågan om vilket direktiv som är tillämpligt. En ordning där direktivens tillämplighet styrs av *vad* som upphandlas saknar därmed stöd i de principer som fastslagits av domstolen. En sådan tillämpning är dessutom, som ovan nämnts, oförenlig med syftet med att utmönstra telesektorn från upphandlingsregleringen. Syftet med huvudsaklighetskriteriet torde närmast ha varit att utöka undantagets räckvidd snarare än inskränka detsamma genom att undvika att upphandlande myndigheter drabbas av ”smittningseffekter” från den ej undantagna verksamheten (jfr exempelvis mål C-44/96 /Mannesmann Anlagenbau Austria AG m.fl./).

I konsekvens med det anförda aktualiseras enligt kammarrättens bedömning frågan om kontraktets huvudsakliga syfte först när det konstateras att myndigheten bedriver verksamhet såväl av det slag som utpekats i 1 kap. 4 § LOU som annan verksamhet, som inte undantagits i LOU eller LUF. I en sådan situation kan det uppstå ett behov av att kunna hänföra ett visst kontrakt till den ena eller andra verksamheten. Detta är emellertid inte fallet i förevarande mål.

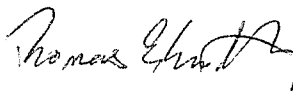
I fall som det förevarande, där Stokab endast bedriver i 1 kap. 4 § LOU utpekad verksamhet, ska således alla kontrakt – även beträffande juristtjänster – undantas från LOU:s tillämpningsområde. Enligt kammarrättens mening omfattas därför inte Stokabs upphandling av juristtjänster av bestämmelserna i LOU. Därmed finns inte grund för att få upphandlingen i sak överprövad i domstol. Vad Öberg i övrigt har anført avseende de i målet aktuella frågeställningarna medför ingen

annan bedömning. Stokabs överklagande ska därför bifallas på så sätt att länsrättens dom upphävs och Öbergs ansökan om överprövning avslås.

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



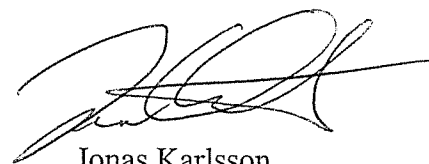
Helena Jäderblom
lagman
ordförande



Thomas Ekroth
kammarrättsråd
referent



Martin Wittrock
assessor



Jonas Karlsson
föredragande

LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN
Allmänna avdelningen

DOM
2009-12-22
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
17766-09
Enhet 11

28

SÖKANDE

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

MOTPART

AB Stokab, 556475-6467
Box 6813
113 86 Stockholm

Ombud: Roland Strömgren

SAKEN

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

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.

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 fräntas 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 anförs 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 föränleda 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 gemälar 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, entreprenadjuridik, 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 tillämpning 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.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten*.

Överklagandet skall ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. 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 skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger 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 Regeringsrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Regeringsrätten
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 härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.