

PM 2 2007-04-25 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom direktupphandling i strid mot bestämmelserna om offentlig upphandling (otillåten direkttilldelning).

Ett dotterbolag till det av Stockholms stad helägda AB Stockholmshem har utan föregående upphandlingsförfarande och utan annonserad anbudsinfordran tecknat avtal med ett annat kommunalt bolag om ledningsdragning m.m. för IT-kommunikation i Stockholmshems bestånd av fastigheter.

AB Stockholmshem (nedan Stockholmshem)¹ är ett av Stockholms stad, huvudsakligen genom holdingbolaget Stockholms Stadshus AB, helägt allmännyttigt² bostadsbolag som har till föremål för sin verksamhet att förvärva fastigheter eller tomträtter till tomter i syfte att på dessa uppföra och förvalta bostadshus med tillhörande affärlägenheter och kollektiva anordningar ävensom att handha liknande byggnads- och förvaltningsuppdrag åt Stockholms kommun. Enligt egen uppgift äger och förvaltar bolaget c:a 30.800 bostadslägenheter och c:a 3.700 kommersiella lokaler i Stockholm.

AB Stockholmshem Fastighetsnät (nedan Stockholmshem Fastighetsnät)³ är ett helägt dotterbolag till Stockholmshem och har till föremål för sin verksamhet att förvärva, bygga ut och förvalta AB Stockholmshems fastighetsnät för bredbandstjänster.

Den 5 december 2006 avtalade Stockholmshem Fastighetsnät med det tillika av Stockholms stad helägda IT-teknikbolaget AB Stokab (nedan Stokab)⁴ om installation och upplåtelse av fiberoptiskt nät för bredbandskommunikation i Stockholmshems bestånd av fastigheter. Något offentligt upphandlingsförfarande, innefattande annonserad anbudsinfordran, föregick aldrig avtalet med Stokab.

Ett bredbandsnät består av ett antal sinsemellan skilda delar med delvis olika operatörer. Kabelsystemet i exempelvis ett flerfamiljshus kallas för *fastighetsnät* och ansluter byggnadens olika lägenheter till en gemensam kopplingspunkt, en s.k. *husnod*, vilken som regel finns i källaren. I innerstadsområden, med tät bebyggelse, kan det vara praktiskt att länka fastighetsnätet direkt till det allmänna IT-nätet, som utgörs av ett *ortsnät (stadsnät)* eller motsvarande anläggning i kommunens öppna infrastruktur. Sammankoppling sker i så fall genom ett s.k. *anslutningsnät*, som fungerar som en förbindelselänk mellan fastighetsnätet och ortsnätet/stadsnätet. Anslutningsnätets längd och omfattning bestäms ytterst av avståndet till närmaste lämpliga anslutningspunkt. I ytterstadsområdena, där avstånden är större och bebyggelsen är organiserad i öar av enskilda eller sammanhängande bostadsområden, kan det vara mer lämpligt att installera större lokala nät, s.k.

¹ AB Stockholmshem, med organisationsnummer 556035-9555, bildades den 3 februari 1937 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 15 mars 1937; Nuvarande firma registrerades samma dag. Nu gällande bolagsordning antogs av bolaget den 25 mars 2003. Bolagets registrerade aktiekapital uppgår till 882 miljoner kronor vilket fördelas på 17.640.000 aktier med nominellt värde på vardera 50 kronor. Bolaget har som föremål för sin verksamhet enligt bolagsordningen att: "*förvärva fastigheter eller tomträtter till tomter i syfte att på dessa uppföra och förvalta bostadshus med tillhörande affärlägenheter och kollektiva anordningar ävensom att handha liknande byggnads- och förvaltningsuppdrag åt Stockholms kommun. Det sålunda angivna föremålet för bolagets verksamhet skall inte utgöra hinder för bolaget att avyttra fastigheter eller tomträtter*".

² Bestämmelser om allmännyttiga bostadsbolag återfinns i lagen (2002:102) om allmännyttiga bostadsföretag. Med allmännyttigt bostadsföretag avses enligt lagen ett aktiebolag, en ekonomisk förening eller en stiftelse som drivs utan vinstsyfte, i sin verksamhet huvudsakligen förvaltar fastigheter i vilka bostadslägenheter upplåts med hyresrätt samt av länsstyrelsen godkänts som allmännyttigt bostadsföretag. Med kommunalt bostadsföretag avses i lagen ett allmännyttigt bostadsföretag där en kommun har det bestämmande inflytandet. I den förteckning över allmännyttiga bostadsföretag som löpande förs av Länsstyrelsen i Stockholms län, finns bl.a. AB Stockholmshem upptagen.

³ AB Stockholmshem Fastighetsnät, med organisationsnummer 556715-5394, bildades den 8 november 2006 och registrerades av Bolagsverket den 27 november 2006; Nuvarande firma registrerades den 21 december 2006, tidigare firma har varit AB Grundstenen 113456. Nu gällande bolagsordning antogs av bolaget den 27 november 2006. Bolagets registrerade aktiekapital uppgår till 100.000 kronor vilket fördelas på 1.000 aktier med nominellt värde på vardera 100 kronor. Föremålet för och det kommunala ändamålet med bolagets verksamhet är att "*förvärva, bygga ut och förvalta AB Stockholmshems fastighetsnät för bredbandstjänster*".

⁴ AB Stokab, med organisationsnummer 556475-6467, bildades den 15 oktober 1993 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 25 december 1993; Nuvarande firma registrerades samma dag. Nu gällande bolagsordning antogs av bolaget 25 mars 2003 och godkändes av kommunfullmäktige i Stockholm den 17 mars 2003. Bolagets registrerade aktiekapital uppgår till 50 miljoner kronor vilket fördelas på 500.000 aktier med nominellt värde på vardera 100 kronor. Bolaget har som föremål för sin verksamhet enligt bolagsordningen att: "*upplåta anläggningar för tele- och datakommunikation, främst i form av upplåtelse av optisk fiber och annan infrastruktur, samt därmed förenlig verksamhet*". Stokab tillhandahåller ICT (Information Communication Technology) -infrastruktur med syfte att stimulera utvecklingen i Stockholm stad och Stockholm - Mälarenregionen. Stokab sköter också Stockholm stads interna data- och telekommunikationsnät. Stokab bildades 1994 och helägs av Stockholms stad genom holdingbolaget Stockholms Stadshus AB.

områdesnät, som en ytterligare förbindelselänk mellan anslutningsnäten och den allmänna strukturen. Varje sammankopplingspunkt, där de olika näten kopplas till varandra, kallas för *nod*. Som tidigare redovisats finns det i varje huskropp en s.k. *husnod* där fastighetsnätet kopplas till anslutningsnätet. Via en s.k. *anslutningsnod* kopplas anslutningsnätet antingen direkt till det kommunala ortsnätet (stadsnätet) eller så sker sammankopplingen via ett lokalt områdesnät, vilket genom en s.k. *områdesnod*, i sin tur kopplas samman med den allmänna strukturen i form av ortsnät (stadsnät) eller motsvarande.⁵

Själva fastighetsnätet utgör en fast anordning i byggnaden. Nät och byggnad brukar som regel innehas av gemensam ägare. I sådant fall utgör fastighetsnätet ett s.k. byggnadstillbehör⁶. Anslutningsnät respektive områdesnät är däremot normalt anlagda på andra fastigheter än de byggnader som försörjs av nätet. Äganderätten till näten innehas som regel av annan än markägaren/fastighetsägaren. Vanligtvis ägs dessa passiva nät av en *nätoperatör* som upplåter ledig kabelkapacitet till andra operatörer, exempelvis berörda fastighetsägare eller kommunikationsoperatörer. För att IT-kommunikation skall fungera fordras slutligen en *kommunikationsoperatör* och/eller en *internetoperatör* som förmedlar signaler på de anslutna näten till och från uppkopplade datorer. För detta behövs en särskild s.k. aktiv utrustning som placeras vid nätens kopplingspunkter (noderna). För att uppnå optimal konkurrens i konsumentled bör nätoperatör och kommunikationsoperatör inte vara samma person, i vart fall bör nätdelen vara avtalsmässigt skild från kommunikationsdelen så att även annan kommunikation än sådan som är knuten till nätoperatören kan komma ifråga.

Av avtalet den 5 december 2006 mellan Stockholmshem Fastighetsnät och Stokab, med rubriken ”*Ramavtal avseende upplåtelse av fiberoptiskt nät m.m.*” (nedan Ramavtalet), framgår i tillgängliga⁷ delar bland annat att de tre kommunala allmännyttiga bostadsbolagen i Stockholm: Stockholmshem, Svenska Bostäder AB samt AB Familjebostäder har beslutat att installera interna fastighetsnät med optisk fiberkabel i samtliga sina fastigheter. Fastighetsnäten ska anslutas till en öppen infrastruktur för IP-baserade tjänster där konkurrerande tjänsteleverantörer skall kunna erbjuda tjänster åt bostadsbolagens hyresgäster. För genomförande av utbyggnaden och anslutningen av de interna fastighetsnäten till den öppna infrastrukturen skall de tre bostadsbolagen bilda var sitt helägt dotterbolag. Dessa dotterbolag (Nätägarbolagen) skall dels upphandla och äga de interna fastighetsnäten dels teckna avtal med Stokab om förhyrning av en passiv fiberinfrastruktur som ansluter fastighetsnäten till Stockholms stads (gm. Stobab) allmänt tillgängliga ortsnät för IT-kommunikation.⁸

De interna fastighetsnät som kommer att komma ifråga i Stockholmshems bestånd av fastigheter omfattas således inte av Ramavtalet med Stokab utan förutsätts upphandlas separat. Inte heller reglerar Ramavtalet vem eller vilka kommunikationsoperatörer som skall tillhandahålla berörda hyresgäster service för datakommunikation i näten.⁹ Även denna tjänst skall upphandlas separat.

⁵ I Stockholm ägs och drivs ortsnätet (stadsnätet) av Stokab på uppdrag av Stockholms stad. Ortsnätet (stadsnätet) är operatörsneutralt och hyrs ut på likvärdiga villkor till alla tjänsteleverantörer och företag. Under förutsättning att samtliga tekniska specifikationer är uppfyllda är det således möjligt för en fristående nätoperatör att anlägga och ansluta lokala nät (exempelvis områdesnät eller anslutningsnät) för uppkoppling på Stokabs ortsnät i Stockholm.

⁶ Om byggnadstillbehör och fastighetstillbehör, se 2 kap. 1 och 2 samt 4 §§ jordabalken. För att exempelvis fast anlagd ledning för värme. Ljus eller annat skall anses utgöra tillbehör till fast egendom krävs enligt jordabalkens reglering att såväl ledning som fastighet ägs av samma person. Fast anbringad ledning i annans mark utgör således inte fastighets- eller byggnadstillbehör.

⁷ Ramavtalet har lämnats ut enbart i vissa delar. Exempelvis har uppgifter avseende priser och fakturering, samt avtalstid inte gjorts tillgängliga.

⁸ Bostadsbolagens här aktuella investering grundas på en av kommunfullmäktige i Stockholm den 17 oktober 2005 (KF § 20) fastställd ”Handlingsplan för uppkoppling av bredband till hyresgästerna i de kommunala bostadsbolagen till bredbandsnätet” innefattande bl.a. beslut att Stockholms stad skall ställa 700 miljoner kronor till förfogande för att AB Svenska Bostäder, AB Stockholmshem samt AB Familjebostäder skall kunna ansluta samtliga sina fastigheter till bredbandsnätet. Av beslutet framgår även att ”AB Svenska Bostäder, AB Stockholmshem, AB Familjebostäder och AB Stokab uppmanas att genomföra bredbandsutbyggnaden och anslutningen av bostäder och lokaler enligt föreslagen modell”.

⁹ I de berörda näten förutsätts olika kommunikationsoperatörer kunna konkurrera med varandra. Hyresgästerna skall alltså fritt kunna välja mellan erbjudanden från olika företag. Möjligheten till bredband innebär efter avtal med Hyresgästföreningen i Storstockholm en hyreshöjning med 42

Vad Ramavtalet däremot reglerar är Stokabs åtaganden i form av leverans, drift och underhåll av den passiva fiberinfrastrukturen i form av områdesnät, anslutningsnät och noder jämte villkoren för Stockholms hem Fastighetsnäts förhyrning av dessa.¹⁰ Angivna nät avser inte några sedan tidigare befintliga anläggningar, utan näten skall anläggas av Stokab på uppdrag av Stockholms hem Fastighetsnät. Äganderätten till näten skall tillfalla Stokab som i princip skall upplåta utrymme i de till följd av Ramavtalet anlagda kabelstrukturerna till Stockholms hem genom Stockholms hem Fastighetsnät.

Totalt avser Ramavtalet 31 177 lägenheter och lokaler fördelat på 527 fastigheter. Några pris- eller faktureringsuppgifter framgår inte eftersom Stokab har vägrat lämna ut Ramavtalet i samtliga delar. Enligt uppgift från Stockholms stad kan det samlade investeringsvärdet av bredbands-satsningen emellertid uppskattas till c:a 700 miljoner kronor, varav c:a 90 procent hänförs till själva fastighetsnäten. Återstående delar, c:a 10 procent, avser sådana anläggningar som Stokab enligt Ramavtalet med Stockholms hem Fastighetsnät skall tillhandahålla i form av: anslutningsnät, områdesnät jämte kopplingspunkter till befintligt ortsnät (stadsnät). Stockholms hems andel av det totala investeringsvärdet uppgår, enligt vad Staden vidare har uppgivit, till c:a 35 procent eller, i den del som hänförs till Stokabs här aktuella åtaganden, till c:a 24,5 miljoner kronor.¹¹

Förutom Stokab finns det på marknaden för fiberoptiska kabelanläggningar flera tänkbara, sinsemellan konkurrerande leverantörer.

Gällande rätt

All offentlig upphandling och vad som därmed äger samband regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU.

Tjänster för telefon- och dataöverföring¹² (CPV 64210000)¹³ vars sammanlagda kontraktswärde¹⁴ överstiger tröskelvärdet 236.000 euro eller c:a 2,154 miljoner kronor¹⁵ skall handläggas enligt bestämmelserna för tjänsteupphandling i 5 kap. LOU.

kronor per månad. För den summan får hyresgästerna tillgång till nätet och kan sedan, mot ytterligare ersättning, själva teckna avtal om bredbandstjänster med olika kommunikationsoperatörer.

¹⁰ Den infrastruktur som Stokab skall tillhandahålla enligt Ramavtalet utgörs av områdesnät, anslutningsnät samt noder (sammankopplingspunkter). Avtalet innefattar två alternativa nätstrukturer: Nätstruktur Typ 1 avsedd huvudsakligen för ytterstadsområden samt Nätstruktur Typ 2 avsedd huvudsakligen för innerstadsområden. Nätstruktur av Typ 1 består av en områdesnod för varje i avtalet definierat geografiskt område, anslutningsnoder för ca 100 - 2000 anslutna lägenheter/lokaler vardera, områdesnät som binder ihop områdesnod med anslutningsnoder, anslutningsnät till respektive huskropp samt husnod i varje huskropp. Nätstruktur av Typ 2 består av anslutningsnod, anslutningsnät som binder ihop anslutningsnod med en husnod per fastighet.

¹¹ Kommunstyrelsen i Stockholm, yttrande till Länsrätten i Stockholms län i mål 25240-05 (utl. 2005:184, dnr. 035-2620/2005).

¹² Såvitt framgår av 6 kap. 1 § första stycket punkten 5 LOU skall, oavsett kontraktswärdet, upphandlingar avseende telefoni, telex, radiotelefoni, personsökning eller sätellitjänster genomföras enligt de nationellt bestämda bestämmelser som finns införda i 6 kap. LOU. Data-kommunikationstjänster skall däremot upphandlas som en s.k. A-tjänst enligt de direktivstyrda bestämmelserna i 5 kap. LOU om kontraktswärdet överstiger gällande tröskelvärdet, annars enligt de nationella bestämmelserna i 6 kap. LOU. Enligt det nya gemenskapsrättsliga direktiv för den s.k. klassiska sektorn (2004/18/EEG) som med giltighet sedan den 1 februari 2006 skall tillämpas med bindande s.k. direkt effekt (set s.k. klassiska upphandlingsdirektivet) skall emellertid även upphandlingar avseende telefoni, telex, radiotelefoni, personsökning eller sätellitjänster upphandlas i enlighet med det direktivstyrda regelverket. Detta framgår av en hänvisning i artikel 7 punkten b) tredje strecksatsen i direktivet 2004/18/EEG. Den särreglering för telefoni m.m. som i angivet avseende finns införd i 6 kap. LOU kan således, med hänsyn till gällande EG-rätt, inte längre tillämpas. I detta sammanhang gäller även ett förhöjt tröskelvärdet på 236.000 euro (c:a 2,154 miljoner kronor). Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har i detta sammanhang angivit bl.a. följande ”De nya direktiven (2004/17/EG och 2004/18/EG) innehåller inget undantag för telekommunikationstjänster. När de nya upphandlingsdirektiven antogs år 2004 var sektorn av-reglerad i EU. Det fanns därför inget skäl att undanta denna typ av upphandling från direktivets tillämpningsområde. Eftersom telekommunikationstjänster är en A-tjänst skall därför upphandlingen ske enligt direktivets bestämmelser, om upphandlingen överstiger tröskelvärdena. NOU:s uppfattning är att denna bestämmelse har direkt effekt. Tiden för att införliva de nya EG-direktiven har löpt ut. Det medför att nuvarande reglering i LOU som innebär att upphandling av denna typ av tjänster oavsett värde skall göras enligt 6 kap inte längre är i överensstämmelse med direktivet. NOU anser därför att upp-handling av telekommunikationstjänster över tröskelvärdena skall genomföras enligt bestämmelserna i 5 kap. LOU” (NOU-info december 2006).

¹³ Vad som i angiven mening skall anses utgöra s.k. A- respektive B-tjänster framgår av bilaga A respektive bilaga B till LOU. Bilagorna bygger i allt väsentligt på en klassificering av tjänster som numera finns sammanställd i den av Europeiska rådet och parlamentet antagna s.k. CPV-nomenklaturen (*Common Procurement Vocabulary*). CPV klassificerar c:a 6.000 varor och tjänster. Tanken är att den skall ersätta förekommande nationella klassifikationer vid handel inom Europeiska unionen. Koden är 8-ställig och är strukturerad enligt följande: divisions (två siffror), main groups, (fyra siffror) samt product groups (sex siffror). ”Telefon- och dataöverföring” anges inom kategorin tjänster som CPV 464210000. - se Europeiska parlamentets och rådets förordning (EEG/2195/2002) av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), vilken trädde i kraft den 12 december 2003.

Lagen bygger i angivet avseende på gemenskapsrättsliga direktivbestämmelser och på de principer, bl.a. likabehandlingsprincipen, som bär upp den centrala EG-rätten. Enligt *likabehandlingsprincipen*, som är tillämplig på all upphandling, såväl över som under tröskelvärdena, skall bl.a. samtliga tänkbara leverantörer ges så lika förutsättningar som möjligt för att delta med anbud vid offentlig upphandling. Vissa leverantörer eller grupper får inte ensidigt gynnas.

Förutom statliga och kommunala myndigheter omfattar lagens bestämmelser även bl.a. kommunala bolag som har inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär¹⁶. Enligt 2 kap. 7 § kommunallagen (1991:900) är kommunerna med några undantag¹⁷ förbjudna att (direkt eller indirekt via företag) bedriva kommersiellt betingad näringsverksamhet. Med ledning av den rättsliga regleringen måste kommunala företag i allmänhet, och allmännyttiga kommunala företag² i synnerhet, anses utgöra sådana s.k. *upphandlande enheter* som är skyldiga att iakttä upphandlingslagens bestämmelser. Tillsyn över lagen utövas av Nämnden för offentlig upphandling (NOU).¹⁸

Med *upphandling* avses enligt legaldefinitionen i 1 kap. 5 § LOU alla köp av tjänster som sker från ett från den upphandlande enheten fristående rättssubjekt. Stadgandet är därvid undantagslöst. Således föreligger det inom den s.k. klassiska sektorn¹⁹ inte någon möjlighet för t.ex. kommunala bolag att utanför upphandlingslagens bestämmelser köpa tjänster från andra kommunala bolag. Inte heller finns det några lagliga möjligheter att mellan dylika rättssubjekt ”överföra” utförandet av vissa kommunala angelägenheter, så länge särskild ersättning utgår för tjänsternas fullgörande.²⁰

Enligt hittills gällande svensk rättspraxis²¹ föreligger det inte någon möjlighet för en upphandlande enhet att underlåta att tillämpa bestämmelserna i LOU vid transaktioner med någon annan från enheten fristående juridisk person. Denna slutsats bekräftas även av Upphandlingsutredningen, som på uppdrag av regeringen²² nyligen utrett bl.a. kommunal samverkan utan mellankommande upphandling.²³

Vidare förtjänar uppmärksammas att EG-kommissionen nyligen har väckt talan om fördragsbrott mot Tyskland i EG-domstolen. Ett antal tyska kommuner hade under åberopande av

¹⁴ Om ett upphandlingskontrakt avseende tjänster inte anger något totalpris skall kontraktsvärdet enligt 5 kap. 7 § LOU beräknas till det fulla värdet av tjänsterna under kontraktets löptid om denna är högst 48 månader och till månadsvärdet multiplicerat med talet 48, om löptiden är längre eller om kontraktet löper på obestämd tid.

¹⁵ Enligt förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling uppgår gällande tröskelvärde från och med den 1 januari 2006 till 200.000 euro eller 1,826 miljoner kronor. Vid direkt tillämpning av det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet gäller emellertid ett förhöjt tröskelvärde på 236.000 euro eller 2,154 miljoner kronor (se ovan, not 12).

¹⁶ Se 1 kap. 2 och 6 §§ LOU.

¹⁷ Undantagna är i visst avseende kommunala elhandelsföretag samt företag för kommunal tjänsteexport.

¹⁸ Se 7 kap. 9 § LOU samt förordningen (1993:98) med instruktion för Nämnden för offentlig upphandling.

¹⁹ Med *klassiska sektorn* avses det område för upphandling av varor, tjänster eller byggentreprenadarbeten som inte ingår i de s.k. försörjningssektorerna enligt tillämpningsbestämmelserna i art. 2-7 i Europeiska rådets och parlamentets direktiv 2004/17/EEG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet).

²⁰ För närvarande prövas av Regeringsrätten, i de s.k. SYSAV-målen (mål nr. 172-175-05, samt målen 176-179-05) huruvida det är förenligt med gällande rätt att två kommuner köper tjänster direkt från ett av dessa gemensamt minoritetsägt företag (SYSAV). Tidigare rättsinstanser har vid sina avgöranden inte ansett det förenligt med på området gällande nationell rätt eller gemenskapsrättslig praxis att kommunerna utanför den upphandlingsrättsliga regleringen köper varor eller tjänster direkt från hel- eller delägda företag.

²¹ Se Kammarrätten i Göteborg, dom den 7 april 2003 i mål 4851-2002, samt Kammarrätten i Stockholm, dom den 10 februari 2003 i de förenade målen 76-03 / 77-03. Se även Kammarrätten i Göteborg, ännu icke lagakraftvunna domar den 22 december 2005 i de förenade målen 1236--1239/05 samt 1241—1244/05 (de s.k. SYSAV-målen, se vidare ovan, not 20).

²² Se dir. 2004:47, jämte tilläggsdirektiven, dir. 2005:39.

²³ Se Upphandlingsutredningens slutbetänkande, SOU 2006:28, ”Nya upphandlingsregler 2” avsnittet 7.12 ”Kommunal samverkan” (s. 264). ”Den slutsats som enligt utredningens mening kan dras av vad som nu sagts är att det inte finns någon möjlighet att underlåta att tillämpa bestämmelserna i lagarna om upphandling vid transaktioner mellan kommuner inbördes eller mellan en kommun och en av kommunen tillsammans med annan ägd juridisk person, oavsett om värdet av transaktionerna uppgår till eller understiger tröskelvärdet”

kommunalt självstyre ingått avtal om köp av tjänster med ett fristående offentligrättsligt organ utan föregående upphandlingsförfarande och utan annonserad anbudsinfördran.²⁴

Någon möjlighet för kommunala bolag att inom den s.k. klassiska sektorn, utan mellankommande upphandling köpa och sälja tjänster mellan varandra föreligger således inte enligt gällande rätt.

Upphandlingsbestämmelserna är tvingande för de upphandlande enheterna. Regelverket behöver emellertid inte tillämpas vid upphandling av tjänster från en annan upphandlande enhet som på grund av lag eller annan författning, som är förenlig med Romfördraget, har ensamrätt (s.k. rättsligt monopol) på att utföra tjänsten (se 5 kap. 2 § samt 6 kap. 16 § LOU). Den omständigheten att en upphandlande enhet tror sig veta att enbart en viss leverantör rent faktiskt kan komma ifråga för leverans av aktuella tjänster (s.k. faktisk ensamsituation) medför däremot inte undantag från lagens huvudregel att upphandling ändå måste genomföras.

Av ett avgörande från EG-domstolen framgår att uppgivna ensamsituationer som inte grundas på någon legal ensamrätt inte kan medföra undantag från skyldigheten att annonsera upphandlingen och åtminstone försöka att införda konkurrerande anbud genom ett offentligt upphandlingsförfarande.

I målen *Kommissionen ./ Tyskland* (C-20/01 och C-28/01) bedömde domstolen bland annat huruvida en upphandlande enhet kan lägga sin subjektiva uppfattning att inga andra leverantörer rent faktiskt kan komma ifråga till grund för att underlåta infördran av anbud i konkurrens på den allmänna marknaden (faktisk ensamsituation). Förbundsrepubliken Tyskland medgav att de i EG:s upphandlingsdirektiv stadgade villkoren för att underlåta anbudsinfördran från flera företag inte hade uppfyllts i det aktuella fallet, men hänvisade till att den valda leverantören rent faktiskt var det enda företag som i praktiken kunde tilldelas kontraktet och att en ny upphandling inte skulle ändra detta förhållande (se punkten 57). EG-domstolen, som emellertid inte fann att förekomsten av en uppgiven faktisk ensamsituation kunde utgöra tillräckligt skäl för att underlåta upphandling i konkurrens på den allmänna marknaden, uttalade bl.a. att ett förfarande som används på grund av att det föreligger skäl för undantag (i målet var det ett tekniskt skäl som åberopades) måste vara förenligt med de grundläggande principerna i gemenskapsrätten, särskilt icke-diskrimineringsprincipen och att ”risken för att denna princip åsidosätts är särskilt hög när en upphandlande myndighet beslutar att en viss upphandling inte skall ske i konkurrens” (se punkterna 62 och 63). Förbundsrepubliken Tyskland fälldes således av EG-domstolen för att ha åsidosatt EU:s upphandlingsdirektiv 92/50/EEG (tjänsteupphandlingsdirektivet).²⁵

Oberoende av om upphandlingen hänförs till den av EG-direktiv styrda sektorn eller ej, föreligger det enligt 5 kap. 12 § LOU eller 6 kap. 2 § första stycket samt 2a § LOU en obligatorisk skyldighet för upphandlande enheter att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag samt att genom annons offentliggöra sina upphandlingar. Vid upphandling enligt 5 kap. LOU skall enligt 1 kap. 7 och 8 §§ LOU en annons om upphandlingen på snabbaste lämpliga sätt sändas till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer, för vidare annonsering i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT).

Samtliga företag som tillhandahåller den aktuella tjänster utgör ”leverantörer” i lagens mening och skall lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud (”anbudsansökan”).

Undantag föreligger enligt 5 kap. 17 och 19 §§ eller 6 kap. 2 § andra stycket samt 2 b § LOU vid tjänsteupphandling under följande förutsättningar:

²⁴ Se EG-domstolen, talan i målet *Kommissionen mot Tyskland* (C-480/06). Kommissionen angav bland annat följande: ”Såsom [EG-domstolen] uttryckligen har slagit fast är direktiven om offentlig upphandling tillämpliga när en upphandlande myndighet avser att skriftligen ingå ett oeröst avtal om leverans av varor med en i formellt hänseende fristående enhet vilken kan fatta egna beslut oberoende av denna myndighet. Det föreligger enligt kommissionen inte några omständigheter som motiverar att förevarande avtal tilldelas fritt efter ett förhandlat förfarande utan föregående anbudsinfördran. Kommissionen delar inte heller den tyska regeringens uppfattning att kommunala sammanslutningar, oavsett deras rättsliga form, till följd av det kommunala självstyret kan undgå att omfattas av bestämmelserna om offentlig upphandling. Rätten till kommunalt självstyre kan nämligen inte medföra att lokala myndigheter har rätt att inte beakta föreskrifterna om offentlig upphandling. När sådana lokala myndigheter sluter tjänsteavtal med andra organ, även om dessa också är upphandlande myndigheter, omfattas de av bestämmelserna om offentlig upphandling. Den tyska regeringen har enligt kommissionen inte styrkt att förevarande tjänsteavtal av tekniska skäl endast kan tillhandahållas av en viss tjänsteleverantör”.

²⁵ Se EG-domstolens dom den 10 april 2003 i de förenade målen *Kommissionen mot Tyskland* (C-20/01 och C-28/01).

- upphandlingens värde är lågt eller det föreligger synnerliga skäl såsom synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten,
- det har vid en annonserad upphandling inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud,
- det som skall upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras av endast en viss leverantör,
- upphandlingen gäller tilläggstjänster, eller
- upphandlingen gäller nya tjänster som består enbart av en upprepning av tjänster ingående i ett projekt som högst tre år tidigare varit föremål för upphandling enligt lagen om offentlig upphandling.

Enligt EG-fördraget gäller vidare en allmän princip om likabehandling. Fördraget har genom 2 § lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen giltighet som svensk lag. Inför Sveriges medlemskap i den Europeiska unionen uttalade regeringen följande:

"Den i Romfördraget centrala likabehandlingsprincipen återfinns bl.a. i artikel 6 om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet. Andra uttryckliga likabehandlingsprinciper återfinns i artikel 40 tredje stycket i Romfördraget angående likabehandling mellan producenter och konsumenter inom den gemensamma jordbrukspolitiken samt i artikel 119 i Romfördraget när det gäller lika lön för kvinnor och män. EG-domstolen har dock slagit fast att det inom gemenskapsrätten gäller en allmän likabehandlingsprincip, utöver de uttryckliga bestämmelser som återfinns i fördragen".²⁶

Den allmänna likabehandlingsprincipen skall förstås så att en medlemsstats myndigheter inte får särbehandla eller otillbörligt gynna vissa (t.ex. inhemska) leverantörer framför andra vid bland annat handel inom den offentliga sektorn.

Yttrande

AB Stockholmshem har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats, men skriftligen meddelat att bolaget inte har möjlighet att avsätta resurser för att besvara den här typen av skrifter. Bolaget framhåller dock att hela syftet med den bredbandsutbyggnad som de kommunala bostadsbolagen nu genomför är att öka konkurrensen på bredbandsmarkanden och skapa öppna bredbandsnät.²⁷

Bedömning

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp som uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att blanda samman myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen.

Av utredningen i ärendet framgår att Stockholmshem Fastighetsnät, som är ett av det kommunala allmännyttiga bostadsbolaget Stockholmshem helägt dotterbolag, har tecknat avtal med Stokab innebärande att Stokab skall anlägga, driva och underhålla fiberoptiska nät. Näten skall hyras ut till Stockholmshem Fastighetsnät för att möjliggöra anslutning av Stockholmsheims fastigheter för datakommunikation i s.k. bredband. Någon annonsering eller infordran av konkurrerande anbud har inte föregått avtalet, utan detta har tecknats direkt mellan Stockholmshem Fastighetsnät och Stokab.

Stockholmshem Fastighetsnät är inrättat i det allmännyttiga intresset att förvärva, bygga ut och förvalta Stockholmsheims fastighetsnät för bredbandstjänster. Bolaget utgör därmed en s.k. upphandlande enhet som skall följa bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling jämte gällande upphandlingsdirektiv.

²⁶ Se prop. 1994/95:19 del 1 sid. 478.

²⁷ AB Stockholmshem, yttrande till Konkurrenskommissionen den 13 mars 2007.

Den aktuella upphandlingen avser ett såpass högt sammanlagt kontraktsvärde att de av EG-direktiv styrda bestämmelserna i 1 kap. och 5 kap. LOU skall tillämpas. Enligt detta regelverk skall ett skriftligt underlag upprättas innan upphandlingen påbörjas. Upphandlingen skall därefter annonseras i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT) varvid samtliga intresserade leverantörer skall beredas möjlighet att lämna anbud på lika villkor.

Någon lagstadgad ensamrätt med innebörden att endast Stokab kan komma ifråga för aktuell anbudsgivning till Stockholmshem Fastighetsnät föreligger inte. Förutom Stokab finns det på marknaden i Stockholm konkurrerande företag som skulle kunna komma ifråga för anläggning och upplåtelse av fiberoptiska nät (områdesnät och anslutningsnät jämte noder).

Någon synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på Stockholmshem Fastighetsnät eller Stockholmshem, har inte ens påståtts föreligga. Någon tidigare konkurrensupphandling har inte genomförts och det är vare sig fråga om tilläggsbeställningar eller upprepningsarbeten. Det är inte heller så att de aktuella tjänsterna av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras endast av Stokab. Tvärtom är det allmänna nät (det s.k. ortsnätet eller stadsnätet) som drivs av Stokab på uppdrag av Stockholms stad operatörsneutralt och tillgängligt på likvärdiga villkor för konkurrerande tjänsteleverantörer och företag.

Inget av de i lagen om offentlig upphandling förekommande undantagen från kraven på upphandling i konkurrens på den allmänna marknaden är således tillämpligt i det aktuella fallet, utan upphandling skall genomföras i enlighet med lagens av EG-direktiv styrda bestämmelser.

Det aktuella avtalsförhållandet mellan Stockholmshem Fastighetsnät/Stockholmshem och Stokab strider därmed mot gällande bestämmelser om offentlig upphandling. Den för lagen om offentlig upphandling jämte bakomliggande EG-direktiv centrala likabehandlingsprincipen har således åsidosatts varigenom konkurrensen på den lokala marknaden för IT-tjänster m.m. har snedvridits. Genom bolagets kringgående av LOU riskerar Sverige dessutom att bli föremål för en process om fördragsbrott i EG-domstolen.