

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom otilåtten direkttilldelning.

Ett landstingskommunalt kollektivtrafikbolag har slutit licensavtal avseende ett system för webbaserad fordonsinformation. För detta har bolaget hittills betalat minst 10 miljoner kronor i olika löpande avgifter. Någon offentlig upphandling av detta avtal har inte kunnat beläggas.

Det landstingsägda kollektivtrafikföretaget Västtrafik AB (nedan Västtrafik)¹ har i februari 2001 slutit licensavtal med ett privat företag, Nordic Port AB (nedan NordicPort), om köp av tjänster för drift och support av ett system för webbaserad fordonsinformation kallad FRIDA. Detta avtal har därefter ersatts genom ett nytt drifts- och supportavtal från 2008² vilket i sin tur omförhandlats med nya priser 2013.³

Såvitt framkommit är fordonsdatabasen FRIDA utvecklad av NordicPort i syfte att lämna en webbaserad tillgänglighet för sökning och svar på frågor från olika länstrafikhuvudmän som rör deras egna verksamhet, såsom exempelvis miljö- avtals- och tillgänglighetsfrågor. Systemet uppdateras löpande genom olika tilläggstjänster, för vilka Västtrafik har tecknat särskilda avtal med NordicPort. Däribland tilläggsavtal avseende Besiktningdata Plus från 2015,⁴ tilläggsavtal APIer från 2017⁵ tilläggsavtal API miljöredovisning från 2018⁶ samt ett avtal för utökning av Connector, vilket också är från 2018.⁷

Till användningen av FRIDA är även kopplad en sammanslutning, Användarföreningen @frida, som har till uppgift att skapa och styra utvecklingen av FRIDA mot en enhetlig standard med gemensamma definitioner och standardiserad fordonsinformation. Användarföreningen ska även ta fram gemensamma nyckeltal inom bl.a. miljö-, tillgänglighets- och säkerhetsområdet samt utveckla FRIDA på ett sätt som främjar informations- och erfarenhetsutbyte inom det aktuella området.⁸

Västtrafik uppger att licensavtalet FRIDA är upphandlat i en *förenklad upphandling* genom förhandlat förfarande.⁹ Någon dokumentation som belägger detta påstående har dock inte visats.¹⁰

Enligt uppgift från Regionarkivet i Vänersborg, till vilket Västtrafik överlämnat all dokumentation och samtliga handlingar till ärenden som har påbörjats före 2011, finns det inte arkiverat någon upphandlingsrättslig dokumentation av nu aktuellt slag.

¹ Västtrafik AB (org.nr. 556558-5873) bildades den 9 juli 1998 och registrerades av dåvarande Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 21 augusti samma år. Nuvarande firma registrerades samtidigt. Gällande bolagsordning registrerades den 27 juni 2014, enligt vilken bolaget har till föremål för verksamheten att "... inom Västra Götalands län tillhandahålla alla typer av kollektivtrafik inklusive fartygstrafik samt övriga persontransporttjänster som kommuner och landsting ska svara för samt att fullgöra uppgifter som har anknytning härtill. Bolagets syfte är att för Västra Götalands läns landsting fullgöra uppgifter med anledning av landstingets roll som regional –kollektivtrafikmyndighet. Härmed avses att från landstinget få befogenheten att upphandla samt ingå avtal om allmän trafik med kollektivtrafikföretag. Ändamålet med bolaget omfattar även upphandling och tillhandahållande av övriga personaltransporttjänster som kommuner och landsting ska svara för samt att i övrigt fullgöra uppgifter inom trafikområdet som överlämnas från landstinget". Västtrafik helägs av landstinget Västra Götalandsregionen.

² "DRIFT- OCH SUPPORTAVTAL" av den 24 november och den 3 december 2008 (DS 110).

³ "AVTALSBILOGA A-DS 110 Drift och Support FRIDA Trafikbeställare Priser 2003-12-18" av den 19 och 20 december 2013.

⁴ "TILLÄGGSAVTAL AVSEENDE TJÄNSTEN FÖR BESIKTNINGSDATA PLUS, I PROGRAMPRODUKTEN FRIDA" av den 1 och 7 september 2015 (TABD 14281).

⁵ "TILLÄGGSAVTAL AVSEENDE APIer Utdata I PROGRAMPRODUKTEN FRIDA" av den 23 och 24 november 2017 (TABD 17111).

⁶ "TILLÄGGSAVTAL AVSEENDE API Miljöredovisning Utdata I PROGRAMPRODUKTEN FRIDA" av den 25 och 29 maj 2018 (TABD 181238).

⁷ Se anbud från NordicPort "Offert FRIDA: Utökning av Connector för Export av data från FRIDA2, av den 18 maj 2018.

⁸ Se vidare "Avtal om Användarförening för FRIDA - @frida" som slöts den 10 och 29 december 2003 mellan Västtrafik och SLTF Sverige AB.

⁹ Se e-postmeddelande, svar från Västtrafik den 22 mars 2019 varav framgår bl.a. följande "Västtrafik har tecknat ett Licensavtal som inkluderar drift- och supportavtal med Nordic Port AB. I december 2000 genomfördes en förenklad upphandling genom förhandlat förfarande enligt Lagen om offentlig upphandling (LOU) och avser tjänster för Västtrafik AB med dotterbolag. Avtal tecknades därefter i februari 2001 och drift- och supportavtal tecknades i december 2001 med start 2002. Nu gällande avtal är från 2014".

¹⁰ Se e-postmeddelande, svar av den 4 april 2019 från handläggande arkivarie vid Regionarkivet i Vänersborg, varav framgår bl.a. följande. "Jag har nu gjort sökningar bland de anbudsarkivserier/upphandlingsarkivserier daterade 1999-2001 från Västtrafik AB och jag har ej kunnat finna någon upphandlingsakt eller dokumentation som rör en upphandling om utvecklandet av en fordonsdatabas. Jag har även sökt i postlistor på in- och utgående skrivelser för åren 1999-2001 och jag har heller inte där kunnat finna dokumentation om upphandlingen, såsom annonsunderlag, förfrågningsunderlag, anbudsöppningsprotokoll och tilldelningsbeslut.

Såvitt gäller 2008 års drifts- och supportavtal, med efterföljande ändrings och tilläggsavtal, har någon upphandling inte ens påstått. Ett sådant förfarande har heller inte kunnat spåras, vare sig i Västtrafiks arkiv eller i de allmänt tillgängliga databaser där annonseringen i så fall ska ha skett. Någon upphandling har heller inte dokumenterats eller visats på annat sätt¹¹ och någon efterannons om att en sådan upphandling ska ha avslutats finns inte registrerad hos Europeiska kommissionen.¹²

Enligt utdrag ur leverantörsreskontra har Västtrafik under perioden 2013 till och med 2018 utbetalat sammanlagt 7.071.326 kronor, eller drygt 1 miljon kronor per år, till NordicPort för det aktuella licensavtalet med anslutande tjänster. Det totala kontraktsvärdet av dessa tjänster m.m. kan med ledning härav uppskattas uppgå till minst 10 miljoner kronor.

Rättslig reglering

Med upphandling avses förfarandet fram till och med tilldelningen av bl.a. ett *kontrakt* med ekonomiska villkor som har slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter eller enheter. För upphandling inom de s.k. försörjningssektorerna¹³ gäller särskilda bestämmelser. Mellan 1994 och 2006 reglerades dylika upphandlingar genom 4 kap. lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – ÄLOU. Regelverket har sedan den 1 januari 2008 ersatts genom lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster – ÄLUF, vilken i sin tur, från och med 2017, har ersatts av lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna – LUF. Lagarna har kommit till som en följd av de grundläggande principer om bland annat *likabehandling och icke-diskriminering* samt *öppenhet (transparens)*¹⁴ som ytterst följer av EG-/EU-fördragets krav på etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster.¹⁵

Regionala länstrafikbolag utgör sådana upphandlande enheter¹⁶ som obligatoriskt ska följa de vid varje tidpunkt gällande lag- och direktivbestämmelserna om upphandling inom försörjningssektorerna.¹⁷ Kontrakt som avser varor och/eller datatjänster och därmed anknutna tjänster¹⁸ ska om värdet överstiger gällande tröskelvärde handläggas enligt lagarnas direktivstyrda upphandlingsbestämmelser.¹⁹ Vid en bedömning av tröskelvärdet ska kontraktsvärdet beräknas med utgångspunkt i den uppskattade totala ersättningen för aktuella varor och/eller tjänster som ska betalas till leverantören.²⁰ Tröskelvärdet för upphandling av varor och tjänster inom försörjningssektorerna uppgick under 2000 och 2001 till c:a 3,653 miljoner kronor.²¹ Motsvarande tröskelvärde uppgick 2008 till c:a 3,822 miljoner kronor.²²

Enligt 1 kap. 4 § LOU gäller som huvudregel att all upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare och anbud ska behandlas utan ovidkommande hänsyn.

¹¹ E-postmeddelande, svar från Västtrafik (registrator) den 22 mars 2019 av vilket framgår att handlingar av aktuellt slag inte finns förvarade hos bolaget.

¹² E-postmeddelande, svar från Byrån för Europeiska unionens officiella publikationer (OPOCE), av den 28 mars 2019 att någon sådan annonsering inte finns.

¹³ Med försörjningssektorerna avses enligt 4 kap. 1 § första stycket 3 ÄLOU verksamhet som består i drift av nät i syfte att betjäna allmänheten i fråga om allmän kollektivtrafik.

¹⁴ För huvudregeln om affärsmässighet, se 1 kap. 4 § ÄLOU, se även 1 kap. 24 § ÄLUF och 4 kap. 1 § LUF.

¹⁵ Se artiklarna 43 och 49 i EG-fördraget, numera artiklarna 18, 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt – FEUF.

¹⁶ Se 1 kap. 5 § ÄLOU (bestämmelsen tillämpas analogt) se även 2 kap. 20 § ÄLUF och 1 kap. 22 § LUF.

¹⁷ På motsvarande sätt utgör företag som tillhandahåller aktuella varor, tjänster eller byggentreprenader *leverantörer* som ska ges möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan om att lämna anbud.

¹⁸ Datatjänster och därmed anknutna tjänster utgör s.k. A-tjänster (kategori 7 enligt bilagan A till ÄLOU respektive ÄLUF).

¹⁹ De direktivstyrda bestämmelserna för försörjningssektorerna återfinns i 4 kap. ÄLOU, 1-14 kap. ÄLUF samt (numera) 1-18 kap. LUF.

²⁰ Se 5 kap. 4 § ÄLOU (analog tillämpning), 3 kap. 2 § ÄLUF samt 5 kap. 2 § LUF – vid värdeberäkningen ska förekommande options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjas.

²¹ Se 4 kap. 8 § ÄLOU samt förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

²² Se 3 kap. 1 § ÄLUF samt regeringens tillkännagivande (2008:32) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

Enligt lagförarbetena²³ ska huvudregeln om affärsmässighet tolkas synonymt med de grundläggande principer om *likabehandling* och *öppenhet (transparens)* som numera har skrivits in i upphandlingslagarna.¹⁴ Reglerna syftar bland annat till att försvåra möjligheterna att i en upphandling gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt. Lagarna är också ägnade att motverka korruption samt att skydda skattebetalare och kollektivtrafikens kunder mot onödigt höga kostnader. Av kravet på likabehandling följer vidare ett principiellt hinder mot s.k. *evighetsavtal*.²⁴

Upphandling som omfattas av de direktivstyrda bestämmelserna ska som huvudregel handläggas enligt något av förfarandena för *öppen*, *sektiv* eller *förhandlad upphandling* med föregående annonsering.²⁵ En *förenklad upphandling* (med eller utan förhandling)²⁶ kan således inte komma i fråga i annat fall än vid upphandling under tröskelvärde som omfattas av de nationella upphandlingsbestämmelserna i ÄLOU, ÄLUF eller LOU.²⁷ Även enligt dessa bestämmelser ska den upphandlande enheten upprätta ett förfrågningsunderlag med en beskrivning av vad som ska upphandlas samt inhämta konkurrerande anbud genom antingen annons i en nationell databas eller på annat sätt som ger en effektiv konkurrens.²⁸ *Direktupphandling*, utan sådant krav på annonsering, kan endast komma i fråga om upphandlingens värde är lågt²⁹ eller om det föreligger synnerliga skäl, såsom synnerlig brådska³⁰ som inte är försakad av den upphandlande enheten.³¹

Enligt de i lagarna införda dokumentationskraven ska vidare den upphandlande enheten upprätta ett anbudsöppningsprotokoll med en förteckning över inkomna anbud vilket ska bestyrkas av dem som deltar vid anbudsöppningen³² samt även i övrigt dokumentera skälen för sina beslut och vad som i övrigt förekommit av betydelse vid upphandlingsförfarandet.³³ Beslut om tilldelning ska även meddelas skriftligen.³⁴ Förutom annons- och förfrågningsunderlag ska hos den upphandlande enheten således även finnas anbudsöppningsprotokoll och ett meddelande om tilldelningen, samt en dokumentation av allt som i övrigt förekommit av betydelse vid upphandlingsförfarandet. Om sådan dokumentation inte finns bevarad ska det finnas ett beslut om utgallring.³⁵

²³ Se prop. 1992/93:88, avsnitten 1.2. och 1.3 – se även JustR Nords särskilda tillägg i HFD 2018 ref 60.

²⁴ Se bland annat EU-domstolens dom i *Pressetext* (C-454-06) EU:C:2008:351, p. 80. Trots att gemenskapsrätten för offentlig upphandling vid denna tidpunkt inte innehöll något förbud mot avtal som ingås på obestämd tid klargjorde domstolen att ett systematiskt återinförande av en klausul om avstående från uppsägning av kontrakt inte skulle vara förenligt med regelverket om offentlig upphandling. Det har numera införts i regelverket bestämmelser som huvudsakligen syftar till att motverka tillkomsten av evighetsavtal.

²⁵ Se 4 kap. 15 § ÄLOU samt motsvarande bestämmelser i 7 kap. 6 § ÄLUF och 10 kap. 5 § LUF.

²⁶ En förenklad upphandling kan enligt 6 kap. 3 ÄLOU förenas med förhandling. För motsvarande bestämmelse se 1 kap. 27 § ÄLUF och 2 kap. 24 § LUF. Möjligheten till förhandling medför dock inte undantag från lagarnas krav på annonsering under tröskelvärde.

²⁷ Motsvarande bestämmelser återfinns i 15 kap. ÄLUF och 19 kap. LUF.

²⁸ Se 6 kap. 2 a § ÄLOU. Vid upphandling enligt ÄLUF och LUF är det obligatoriskt med annonsering i en databas.

²⁹ Enligt 6 kap. 2 § ÄLOU ska den upphandlande enheten vid behov fastställa riktlinjer för användning av direktupphandling. Som beloppsgräns för *lågt värde* har tidigare Nämnden för offentlig upphandling (NOU) angivit mellan ett och tre basbelopp (36.600-109.000 kronor). Denna värdegräns har senare kommit att kodifieras till att 2010 motsvara 15% av tröskelvärde (577.423 kronor) för att senare 2014 höjas till 28% av tröskelvärde (1.011.599 kronor). För närvarande (2018 och 2019) uppgår värdegränsen för direktupphandling inom försörjningssektorerna till 1.176.470 kronor – se 19 kap. 7 § tredje stycket LUF samt regeringen tillkännagivande (2018:34) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

³⁰ Se 6 kap. 2 § andra stycket ÄLOU, se även 15 kap. 3 § ÄLUF och 19 kap. 7 § LUF.

³¹ En *egenförförd brådska* som har uppkommit till följd av exempelvis bristande planering hos den upphandlande enheten grundar inte möjlighet till undantag. För att grunda undantag måste förhållandena således närmast ha karaktären av force majeure – se bl.a. Kammarrätten i Sundsvalls dom av den 26 augusti 2015 i mål 3209-14.

³² Ang. anbudsöppningsprotokoll, se 1 kap. 20 § och 6 kap. 7 § ÄLOU, 9 kap. 7 § och 15 kap. 11 § ÄLUF samt 12 kap. 10 § och 19 kap. 17 § LUF.

³³ Ang. dokumentationsplikten i övrigt, se 4 kap. 27 § och 6 kap. 13 § ÄLOU, 12 kap. 14 § och 19 kap. 30-31 §§ ÄLUF, samt 12 kap. 14 § och 16 § och 19 kap. 30-31 §§ LUF.

³⁴ Ang. meddelandekravet, se 1 kap. 28 § ÄLOU, 9 kap. 9 § och 15 kap. 19 § ÄLUF samt 12 kap. 12 § och 19 kap. 29 § LUF.

³⁵ Se 10 § arkivlagen samt 12 kap. 14 § ÄLUF och 12 kap. 17 § LUF.

Om det gäller upphandling inom de direktivstyrda förfarandena ska enheten även inom en viss tid efter det att upphandlingen avslutats skicka ett meddelande om detta till Europeiska kommissionen³⁶ för s.k. efterannonsering i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT)³⁷ och i databasen Tenders Electronic Daily (TED).

Yttrande

Västtrafik har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, utan att inom anvisad tid inkomma med något svar.

Slutlig 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.

Västtrafik är både som upphandlande myndighet och enhet skyldig att i sin verksamhet följa vid varje tidpunkt gällande upphandlingsbestämmelser. För upphandling som avser en av bolaget bedrivna linjetrafik för allmänna kommunikationer är det bestämmelserna för försörjningssektorerna som ska tillämpas.

Av utredningen i ärendet framgår att Västtrafik i februari 2001 har slutit ett licensavtal som inkluderar drift- och supportavtal med NordicPort. Detta avtal, som avser tillgång till det webbaserade fordonsdatasystemet FRIDA har ersatts av ett nytt avtal 2008, vilket i sin tur prisomförhandlats 2013. Västtrafik har härutöver även löpande tecknat olika tilläggs- och ändringsavtal med NordicPort under perioden 2015-2018. Västtrafiks utbetalningar till NordicPort uppgår under perioden 2013 till och med 2018 till omkring 7 miljoner kronor. Mot denna bakgrund kan det totala kontraktsvärdet av Västtrafiks avtalsförhållande till NordicPort, från 2001 fram till och med i dag, uppskattas till minst 10 miljoner kronor.

Västtrafik har till Konkurrenskommissionen angivit att det avtal som i februari 2001 tecknades med NordicPort har upphandlats i en *förenklad upphandling* genom förhandlat förfarande enligt (den dåvarande) lagen om offentlig upphandling (ÅLOU). Någon dokumentation av att en sådan upphandling överhuvudtaget genomförts, i form av annonsförlaga, förfrågningsunderlag, anbudsöppningsprotokoll och/eller tilldelningsbeslut, har emellertid inte kunnat återfinnas. Detta trots omfattande utredning. När det gäller det nya avtal som tecknades mellan Västtrafik och NordicPort under 2008 och som även omförhandlades 2013 har Västtrafik inte ens påstått, än mindre visat, att någon formaliserad upphandling med inhämtande av konkurrerande anbud föregått avtalstecknandet.

Även om Västtrafik verkligen skulle ha genomfört en förenklad upphandling under 2000-2001 har detta avtal ersatts av ett nytt avtal 2008, som i sin tur senare omförhandlats och utökats genom olika tilläggsavtal fram till och med 2018. I vart fall 2008 års avtal, som vid det här laget har varit kraft under mer än tio år, har aldrig varit föremål för något upphandlingsförfarande. Kontraktsvärdet av Västtrafiks hittills genomförda utbetalningar till NordicPort gör att det överhuvudtaget inte har varit lagligen möjligt att tillämpa en *förenklad upphandling*, varken då det första avtalet ingicks 2000/2001 eller senare.

I stället skulle ett formaliserat upphandlingsförfarande ha genomförts i enlighet med de gemenskapsrättsligt direktivstyrda bestämmelserna. Eftersom så inte skett finns det anledning att rikta allvarlig kritik mot Västtrafik, som har låtit ett nu snart 17-årigt avtalsförhållande löpa vidare utan mellankommande upphandling och därmed snedvridit konkurrensen på området för datatjänster och därmed anknutna tjänster.

³⁶ Meddelande ska skickas till Byrån för Europeiska gemenskapernas (numera Europeiska unionens) officiella publikationer (OPOCE).

³⁷ Numera Europeiska unionens officiella tidning (EUT).