

PM 2 2019-10-09 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom otillåten direkttilldelning.

Ett statligt bolag som är verksamt inom försörjningssektorerna har – under föregivande av synnerlig brådska – beslutat köpa fakturerings tjänster för c:a 6 miljoner kronor direkt från ett privat företag.

SJ AB (nedan SJ)¹ har den 14 juni 2019 beslutat köpa fakturerings tjänster direkt från ett privat företag (nedan Faktureringsföretaget). Någon annonserad anbudsinfördan har inte genomförts, utan SJ har givit tillkänna sin avsikt att teckna avtal direkt med Faktureringsföretaget genom ett s.k. meddelande om frivillig förhandsinsyn (nedan Meddelandet).²

Upphandlingen har angivits³ till att huvudsakligen avse tjänster för *skanning och fakturering* (CPV 79999000)²⁸ inom ramen för ett *förhandlat förfarande utan föregående annonsering* (direkttilldelning).⁴ Till grund för valet av förfarande åberopar SJ synnerligen brådska skäl som följd av omständigheter som bolaget inte har kunnat förutse eftersom upphandlingen ha ”*påbörjats innan avgörandet att SJ utgör en upphandlande enhet vars verksamhet omfattas av LUF [lagen om upphandling inom försörjningssektorerna]*”.

Vid årsskiftet 2000/2001 delades det tidigare affärsverket Statens järnvägar upp i totalt sex statligt ägda aktiebolag, där persontrafikverksamheten övertogs av SJ. I samband härmed fattade bolagets styrelse ett beslut om att SJ inte var att anse som upphandlande enhet enligt bestämmelserna om offentlig upphandling,⁵ vilket bolaget senare vidhållit i yttranden hos berörda tillsynsmyndigheter och domstolar.

SJ helägs av staten som tillsätter bolagets styrelse och även i övrigt utövar ett bestämmande inflytande över verksamheten. SJ har till föremål för sin verksamhet att bedriva persontrafik och, inom ramen för affärsmässighet, bidra till att uppfylla de transportpolitiska målen och därmed en långsiktigt hållbar transportförsörjning i hela landet. Trafiktjänsterna tillhandahålls huvudsakligen enligt villkor som har fastställs av Trafikverket, som är den på området behöriga nationella trafikmyndigheten.⁶

Inom ramen för sin tillsynsverksamhet fann efter utredning 2005 den dåvarande Nämnden för offentlig upphandling (NOU)⁷ att SJ utgör en sådan *upphandlande enhet*⁸ som är skyldig att följa bestämmelserna om upphandling inom försörjningssektorerna.⁹

¹ SJ AB, med organisationsnummer 556196-1599, bildades den 29 mars 1977 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 9 januari 1978; Nuvarande firma registrerades 20 oktober 2000. Tidigare firma har varit Compass-Shipping, Hillerström Freys Spedition, Svelast Spedition, Nora Bergslags Järnvägsaktiebolag och FT Flygtåg. Bolaget, som enligt gällande bolagsordning har till föremål för sin verksamhet att ”*direkt eller indirekt genom dotter- eller intressebolag, bedriva persontrafik och, inom ramen för affärsmässighet, bidra till att uppfylla de transportpolitiska målen och därmed en långsiktigt hållbar transportförsörjning i hela landet, samt att bedriva därmed förenlig verksamhet*”, ägs av staten genom förvaltning av Näringsdepartementet.

² Meddelandet ”*Sverige-Stockholm: Fakturering 2019/S 116-285692 Meddelande om frivillig förhandsinsyn Tjänster*”, som skickades den 17 juni 2019 till EU-kommissionen för publicering den 19 juni 2019 i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED. Publiceringen har skett i enlighet med EU-direktiv 2014/25/EU (det s.k. LUF-direktivet).

³ Meddelandet punkten II.1.2.

⁴ Meddelandet, punkten II.1.4.

⁵ Se 4 kap. lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, med bestämmelser (4 kap. 1 § andra stycket 3) för verksamhet som består i bl.a. drift av fasta nät av järnvägstrafik. Dessa bestämmelser är numera i allt väsentligt överförda till lagen (2016:1146) om upphandling i försörjningssektorerna – LUF – vilken i sin tur bygger på det s.k. LUF-direktivet, se fotnot 21 nedan. Termen *upphandlande enhet* används numera enbart för aktörer som är verksamma inom försörjningssektorerna.

⁶ Se förordningen (2010:185) med instruktion för Trafikverket, jfr punkten 41 i EU-domstolens dom i mål C-388/17 –fotnot xx.

⁷ Nämnden för offentlig upphandling (NOU) hade enligt 7 kap. 9 § 1992 års LOU jämte förordningen (1993:98) med instruktion för myndigheten uppdrag att utöva tillsyn över den offentliga upphandlingen. Med giltighet från och med den första september 2007 har detta tillsynsansvar numera övergått på Konkurrensverket – se bl.a. 22 kap. LOU samt 1 § förordningen (2007:117) med instruktion för Konkurrensverket.

⁸ Den 17 juni 1998 fick NOU i uppdrag av regeringen (Fi98/3243) att utreda upphandlingsskyldigheten för företag med statligt ägande. Nämnden, redovisade sin kartläggning i en första rapport den 30 november 1998 (dnr 1998/0172-21, då betecknat som 172/98-21) och en slutrapport den 3 februari 2003, med en redovisning avseende de statliga företagens status som upphandlande enheter (dnr. 1999/0234-28). Därefter har nämnden genomfört fördjupade granskningar av sådana statliga företag som tillkommit efter det att den första granskningen inleddes 1998, däribland SJ.

⁹ Se NOU, beslut av en 1 november 2005 ”SJ AB:s tillämpning av lagen om offentlig upphandling”.

Härefter har även Konkurrensverket redovisat en liknande bedömning.¹⁰ I samband med denna handläggning uppgav SJ att bolagets verksamhet inte innefattar ”drift av nät” i syfte att betjäna allmänheten ifråga om transport med järnväg eftersom denna inte styrs av villkor som är fastställda av en behörig myndighet.¹¹ Bolaget ansåg sig därmed inte utgöra en upphandlande enhet som behövde tillämpa bestämmelserna om upphandling inom försörjningssektorerna.¹²

I januari 2013 ansökte Konkurrensverket om att SJ skulle betala upphandlingsskadeavgift med sammanlagt 8,5 miljoner kronor,¹³ eftersom bolaget ingått ett städserviceavtal utan föregående annonsering, trots att förutsättningarna för ett sådant agerande saknades. Efter beslut av Högsta förvaltningsdomstolen¹⁴ kom den rättsfråga som avsåg SJ:s status som upphandlande enhet, och därmed sammanhängande skyldighet att iaktta de unionsrättsliga upphandlingsbestämmelserna,¹⁵ att hänskjutas till förhandsavgörande av EU-domstolen. I dom av den 28 februari 2019 fastslog EU-domstolen att SJ har upphandlingsskyldighet.¹⁶ Enligt domstolen utgör den verksamhet SJ bedriver en sådan ”drift av nät” som avses i direktivet och även om SJ har en viss frihet att bestämma villkoren för driften av sin transportverksamhet tillhandahålls dessa trafik tjänster enligt villkor som fastställs av en på området behörig nationell myndighet (Trafikverket).¹⁷ Förutsättningarna för upphandlingsskyldighet enligt direktivet bedömdes därmed vara uppfyllda. SJ har därefter i Högsta förvaltningsdomstolen medgivit att det står klart att verksamheten omfattas av upphandlingslagstiftningen och att bolaget kommer att rätta sig i enlighet med detta.¹⁸

Svenska nationella domstolar (underrätterna) hade tidigare avvisat talan om upphandlingsskadeavgift på den grunden att de inte bedömde att SJ var en upphandlande enhet, med skyldighet att följa gällande upphandlingsbestämmelser.¹⁹ Mot denna bakgrund beslutade Högsta förvaltningsdomstolen den 14 juni 2019 att upphäva underinstansernas avgöranden samt återvisa målen till Förvaltningsrätten i Stockholm för fortsatt handläggning – se HFD 2019 ref. 31.

Kontraktsvärdet av upphandlingen kan utifrån vad som anges i meddelandet om frivillig förhandsinsyn²⁰ uppskattas till sex miljoner kronor, exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms).

Rättslig reglering

Med upphandling avses bland annat förfarandet till och med tilldelning av ett *kontrakt* med ekonomiska villkor som har slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande enheter och som avser bland annat tillhandahållande av tjänster mot ersättning.

För kontrakt som hänför sig till drift av nät i syfte att tillhandahålla tjänster för allmänheten i form av bland annat transporter med järnväg gäller särskilda bestämmelser. En sådan upphandling som har påbörjats efter den 1 januari 2017 regleras genom lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna – LUF – och det bakomliggande LUF-direktivet (2014/25/EU).²¹

¹⁰ Konkurrensverkets beslut av den 17 december 2008 i ärende nr. 685/2008.

¹¹ Jfr. 4 kap. 1 § första stycket 3 i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, numera 2 kap. 5 § LUF.

¹² Se yttrande till Konkurrensverket den 24 februari 2006 i ärende nr. 685/2008.

¹³ Konkurrensverkets ansökan avser två mål om 4 miljoner respektive 4,5 miljoner kronor i upphandlingsskadeavgift och handläggs för närvarande av Förvaltningsrätten i Stockholm, efter beslut av Högsta förvaltningsdomstolen (se fotnot nedan).

¹⁴ Högsta förvaltningsdomstolens beslut av den 21 juni 2017 i mål nr. 3999-4000-15.

¹⁵ Målet gällde tillämpningen av de äldre bestämmelserna i direktiv 2004/17/EG. Dessa bestämmelser har numera kommit ersättas genom det s.k. LUF-direktivet (2014/25/EU) – se fotnot 21 nedan.

¹⁶ EU-domstolens dom i *Konkurrensverket mot SJ* (C-388/17) EU:C:2019:161.

¹⁷ Se ovan redovisad dom, punkten 41.

¹⁸ Se HFD 2019 ref. 31, reciten punkten 7 (slutet).

¹⁹ Förvaltningsrätten i Stockholms dom av den 10 januari 2014 i mål nr. 1959-1960-13 samt Kammarrätten i Stockholms dom av den 5 juni 2015 i mål nr. 603-604-14.

²⁰ Meddelandet, punkten V.2.4, ”Upplysningar om kontraktets/delens/koncessionens värde (exkl. moms)”.

²¹ Europaparlamentets och rådets direktiv (2014/25/EU) av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster m.m.

Syftet med lagen är att bland annat säkerställa efterlevnaden av de unionsrättsliga bestämmelserna om etableringsfrihet och rörlighet mellan medlemsstaterna²² och att motverka korruption i offentlig verksamhet.²³ Det har därför i 4 kap. 1 § LUF införts ett antal grundläggande principer som oavsett förfarande ska iakttas vid offentlig upphandling, däribland krav på *likabehandling* och *öppenhet (transparens)*.²⁴ Av dessa följer att alla leverantörer²⁵ ska behandlas likvärdigt och ges sådan insyn att de i konkurrens med andra leverantörer kan lämna anbud utifrån samma villkor.

Av det till kravet på likabehandling kopplade *förbudet mot diskriminerande särbehandling* följer vidare att medlemsstaterna och deras upphandlande myndigheter och enheter inte får inskränka möjligheten till information om förutsättningarna att delta med anbud i en upphandling till att omfatta enbart nationellt etablerade företag. Tvärtom ska samtliga leverantörer som är verksamma på EU:s inre marknad ges samma relevanta information vid samma tillfälle.²⁶ Enligt vad Högsta förvaltningsdomstolen uttalat i HFD 2012 ref. 48 är det nämligen en av regelverkets viktigaste funktioner att säkerställa leverantörernas lika förutsättningar inom hela EU att kunna lämna konkurrenskraftiga anbud. I 4 kap. 2 § LUF finns därför en förtydligande bestämmelse enligt vilken en upphandling inte får utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

Företag över vilka det allmänna, exempelvis staten genom regeringen, kan utöva ett bestämmande inflytande²⁷ och som bedriver verksamhet inom lagens tillämpningsområde utgör enligt 1 kap. 23 § LUF sådana *upphandlande enheter* som vid sina anskaffningar ska iaktta de bestämmelser för upphandling inom försörjningssektorerna som anges i lagen och det bakomliggande LUF-direktivet.

En upphandling av tjänster för *skanning och fakturering* (CPV 79999000)²⁸ ska om kontraktsvärdet överstiger tröskelvärdet 4.201.678 kronor²⁹ handläggas enligt de direktivstyrda bestämmelserna i 1-18 kap. LUF. Vid detta förhållande ska konkurrerande anbud som huvudregel inforas genom annonsering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED.³⁰

Direkttilldelning – där den upphandlande enheten i ett *förhandlat förfarande utan föregående annonsering* tillåts vända sig direkt till en eller flera leverantörer³¹ – får enligt 6 kap. 8 § LUF tillämpas endast om det är *absolut nödvändigt* att tilldela kontraktet, men *synnerlig brådskande*, orsakad av icke förutsebara omständigheter gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid ett annonserat förfarande. Undantag kan således enbart komma ifråga vid extraordinära situationer där anskaffningen framstår som absolut nödvändig. Enligt praxis ska det i så fall röra sig om ett brådskande behov av varor eller tjänster av stor samhällsekonomisk betydelse eller av viktig medicinsk art.³²

²² Kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster enligt artiklarna 18, 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEU-fördraget).

²³ Se bl.a. betänkandet SOU 2018:44, jämte där angivna rättskällor.

²⁴ De grundläggande principer som här åsyftas följer numera av avdelning IV i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt - FEUF - (tidigare EG-fördragets art. 28-30 och 43-55 EG). Angående de grundläggande principernas innebörd, se bl.a. prop. 2006/07:128, s. 132 samt prop. 2015/16:195, avsnitt 9.1 (s. 426 ff.) och specialmotiveringen till 4 kap 1 § LUF.

²⁵ Med *leverantörer* avses enligt 1 kap. 15 § LUF företag som är verksamma med att på marknaden tillhandahålla varor, tjänster eller byggtreprenader.

²⁶ Se prop. 2006/07:128, s 132, samt EU-domstolens domar i *Succhi di Frutta* (C-496/99), EU:C:2004:236, pp. 108-111, *SIAC Construction* (C-19/00) EU:C:2001:553, p. 42 och i *Cartiera dell'Adda* (C-42/13) EU:C:2014:2345, p. 44, se även domstolens avgörande i *Connexion Taxi* (C-171/15) EU:C:2016:948, pp. 39 och 40.

²⁷ Ett *bestämmande inflytande* föreligger om det allmänna, direkt eller indirekt, innehar mer än hälften av andelarna i företaget eller kontrollerar majoriteten av röstetalet eller kan utse mer än halva antalet ledamöter i företagets styrelse eller ledningsorgan – se 1 kap. 24 § LUF.

²⁸ CPV, eller *Common Procurement Vocabulary*, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom Europeiska Unionen – se 4 kap. 17 § LUF samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), i lydelsen enligt Europeiska kommissionens förordning (EG) nr 213/2008.

²⁹ Gällande tröskelvärdet sedan den 1 januari 2018 för upphandling av varor och tjänster i försörjningssektorerna - se regeringens tillkännagivande (2018:34) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

³⁰ Tenders Electronic Daily (TED) är EU-kommissionens databas för elektronisk annonsering och inhämtande av anbud.

³¹ Se 6 kap. 5-12 §§ LUF.

³² Se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 28 oktober 2011 i mål nr 7469--7472-11.

Det ska även framstå som uppenbart att kontrakt omedelbart måste komma till stånd för att det inte annars ska uppstå mycket allvarliga konsekvenser för människors hälsa.

De omständigheter som åberopas till stöd för synnerlig brådskan måste vidare bero på yttre förhållanden, dvs. saker som ligger utanför det område som den upphandlande enheten har kunnat förutse eller påverka. *Egenförvållad brådskan* som exempelvis uppkommit till följd av bristande planering medför inte möjlighet till undantag.³³ I äldre lagförarbeten kommenteras den omständigheten att brådskan inte får vara ”orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses”³⁴ I rekvisitetet om oförutsebarhet ligger sålunda att förhållandena närmast ska ha *karaktären av force majeure*.³⁵

En upphandling som har annonserats genom meddelande om frivillig förhandsinsyn kan endast angripas genom ordinarie rättsmedel (rättelse/omgörelse eller ogiltighet av avtal). Ansökan om ett sådant ingripande ska ha givits in inom tio dagar från det att annonsen publicerats, annars går möjligheten att klaga förlorad.³⁶ Allmän förvaltningsdomstol kan dock, på talan av Konkurrensverket, senare besluta att en särskild *upphandlingsskadeavgift* ska betalas av en upphandlande enhet som utan iakttagande av föreskrifterna om annonserad anbudsinfördran har slutit avtal direkt med viss leverantör. En sådan straffavgift ska enligt 21 kap. 4 § LUF beräknas till lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor, dock inte mer än tio procent av det aktuella kontraktsvärdet. I rättspraxis har dylika avgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av kontraktsvärdet.³⁷ Talan om upphandlingsskadeavgift ska enligt samma kapitel 7 § senast vara väckt inom en frist om sex månader från lagkraftvunnen dom eller senast ett år från den tidpunkt då avtalet slöts.

Yttrande

SJ har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet anfört att bolaget inte delar Konkurrenskommissionens bedömning, utan anser att det har förelegat en sådan *synnerlig brådskan* som medger att en upphandlande enhet får genomföra upphandling utan föregående annonsering. Eftersom SJ är mån om att agera transparent har bolaget inför avtalstecknande publicerat en annons om s.k. förhandsinsyn för att ge marknaden möjlighet att invända mot valt upphandlingsförfarande. Då ingen leverantör ifrågasatt förfarandet och begärt överprövning har avtal ingåtts. SJ finner inte anledning att gå in på närmare detaljer i fråga om valt upphandlingsförfarande eller att föra en diskussion i saken med Konkurrenskommissionen.

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.

SJ har i ett avgörande av EU-domstolen som meddelades den 28 februari 2019 rättskraftigt bedömts utgöra en sådan *upphandlande enhet* som vid sina anskaffningar måste följa bestämmelserna om upphandling inom försörjningssektorerna.

Av utredningen i ärendet framgår att SJ den 14 juni 2019 beslutat tilldela ett kontrakt värt sex miljoner kronor direkt till Faktureringsföretaget. Till stöd för det valda förfarandet har SJ angivit att anskaffningen hade ”*påbörjats innan avgörandet att SJ utgör en upphandlande enhet vars verksamhet omfattas av LUF*” och att det därmed förelegat *synnerlig brådskan*.

³³ Se bl.a. EU-domstolens dom i *kommissionen mot Italien III* (C-385/02) EU:C:2004:522, punkten 38.

³⁴ Se prop. 2006/07:128, s. 327.

³⁵ Se bl.a. Kammarrätten i Sundsvalls dom av den 26 augusti 2015 i mål 3209-14.

³⁶ Se 20 kap. 3 § och 15 § första stycket 2 LUF.

³⁷ Se bl.a. Kammarrätten i Stockholm mål nr. 5426-12, 5427-12 respektive 5452-12, Kammarrätten i Göteborg mål nr. 7009-12, Kammarrätten i Stockholm mål nr. 1305-12, Förvaltningsrätten i Linköping mål nr. 1785-13, Förvaltningsrätten i Stockholm mål nr. 1271-12, 1273-12 och 1281-12, Förvaltningsrätten i Växjö mål nr. 286-12, Förvaltningsrätten i Luleå mål nr. 2166-11, Förvaltningsrätten i Göteborg mål nr. 13115-12, Förvaltningsrätten i Falun mål nr 2643-12, Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr. 2916-13, 22373-12, 2922-13 och 2987-13.

Upphandlingsskyldigheten dock varit känd sedan i vart fall EU-domstolens dom i februari 2019 och SJ har enligt vad bolaget själv angivit insett att verksamheten därmed omfattas av LUF. SJ har således haft mer än tre månader på sig att hinna genomföra en annonserad upphandling. Det kan därmed inte ha förelegat någon *synnerlig brådska* grundad på omständigheter som inte kan tillskrivas och inte har kunnat förutses av SJ.

För möjlighet till ett sådant undantag som SJ åberopar måste det vidare ha förelegat ett brådskande behov av stor samhällsekonomisk betydelse eller av viktig medicinsk art, där det framstår som uppenbart att kontrakt omedelbart måste komma till stånd för att det inte annars ska uppstå mycket allvarliga konsekvenser.

Eftersom den aktuella upphandlingen avser tjänster för skanning och fakturering kan det även sättas i fråga om anskaffningen har varit *absolut nödvändig*.

SJ har således inte haft laga grund för att på sätt som nu skett direkttilldela kontraktet till Faktureringsföretaget inom ramen för ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Detta tillsammans med att SJ redan vid sin tillkomst medvetet satt upphandlingsskyldigheten ur spel, genom att felaktigt påstå sig inte vara en upphandlande enhet, gör att det finnas anledning att rikta synnerligen allvarlig kritik. Om Konkurrensverket väljer att ingripa mot förfarandet riskerar SJ även att få betala ytterligare upphandlingsskadeavgift med uppskattningsvis i vart fall 420.000 kronor.