

PM 2 2020-03-05 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom otillåten direkttilldelning.

En region har genom sin kollektivtrafikförvaltning slutit avtal om tillgång till ett system för webb-baserad fordonsinformation. För detta har regionen betalat hittills minst 10 miljoner kronor. Såvitt framkommit har avtalen aldrig föregåtts av någon upphandling.

Region Skåne slöt genom Skånetrafiken (nedan Skånetrafiken) ursprungligen under 2002 och 2003 ramavtal¹ samt ett antal ytterligare avtal² om köp av bland annat IT-tjänster från det privata företaget Nordic Port AB (nedan NordicPort). Tjänsterna avser huvudsakligen drift och support av ett system för webbaserad fordonsinformation kallad FRIDA m.m.

Såvitt framkommit har fordonsdatabasen FRIDA utvecklats av ett privat företag som heter NordicPort, i syfte att lämna webbaserad tillgänglighet för sökning och svar på frågor från olika länstrafikhuvudmän som rör deras egna verksamhet, såsom exempelvis miljö- avtals- och tillgänglighetsfrågor.

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.

Ett annonserat upphandlingsförfarande avseende tillgång till databasen och anknutna tjänster har såvitt framgår aldrig genomförts.³ Någon dokumentation avseende avtalens tillkomst har heller inte kunnat återfinnas, varken hos Skånetrafiken⁴ eller hos Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT)⁵ och i databasen TED.⁶

Det ramavtal som parterna tecknade i september 2002 avser endast perioden fram till och med den 30 juni 2007.⁷ Något nytt avtal som reglerar parternas förhållanden för tiden därefter finns inte förvarat hos Skånetrafiken och har såvitt kunnat utredas heller aldrig upphandlats.⁸ Enligt utdrag ur leverantörsreskontra har Skånetrafiken under perioden 2013 till och med 2018 betalat totalt c:a 4,1 miljoner kronor eller c:a 685.000 kronor per år till NordicPort.⁹ Det totala kontraktsvärdet av det aktuella avtalsförhållandet kan med ledning härav uppskattas till i vart fall 10 miljoner kronor, inräknat hela avtalsperioden sedan 2002.

¹ "RAMAVTAL KONSULTSTÖD INOM IS/IT-OMRÅDET FÖR REGION SKÅNE", undertecknat och daterat av parterna den 6 augusti och 5 september 2002.

² "LICENSAVTAL AVSEENDE PROGRAMPRODUKT", "Supportavtal avseende programprodukten FRIDA, webbsystem för fordonsinformation" samt "AVTAL OM HYRA AV PLATS PÅ SERVER", samtliga tecknade den 25 maj och den 6 juni 2003.

³ Se e-postmeddelande den 13 december 2019 från registrator vid Skånetrafiken. Av detta framgår att samtliga under 2002/2003 involverade personer numera har slutat på Skånetrafiken och även hade slutat före 2010. Vid en intern utredning har förutom tidigare utgivna avtal (fotnot 2) framkommit även det ramavtal som slöts i september 2002 (fotnot 1) samt det bakomliggande anbudet från Nordic Port. Avropen från ramavtalet finns inte bevarade i akten. Dessa handlingar brukar vanligtvis bevaras i Region Skånes Regionarkiv alternativt Region Skånes Koncerninköp (inköpsavdelning) men så är inte fallet utan dessa förefaller ha gallrats. Hur den egentliga kopplingen till Nordic Port och FRIDA fullt ut såg ut omkring 2002 finns inget svar på. Skånetrafiken har en dialog med Svensk Kollektivtrafik om upphandling och konkurrensutställning gällande fordonssystemet/fordonsdatabas. Är inte detta en görlig väg så har Skånetrafiken beredskap att hantera frågan på egen hand.

⁴ Skånetrafiken har trots upprepade begäran inte lämnat ut några andra avtal än de som redovisas i fotnot ovan. Något formellt avslagsbeslut har hittills heller inte lämnats. Skånetrafikens aktuella handläggning har utretts av Riksdagens ombudsmän (JO) som i beslut av den 21 november 2019 i ärende nr. 5818-2019 riktar kritik mot myndighetens handläggning och brister vid utlämnande av allmänna handlingar.

⁵ Sedan december 2009 ändrad till Europeiska unionens officiella tidning (EUT).

⁶ Europeiska gemenskapernas (unionens) officiella tidning (EGT/EUT) och databasen Tenders Electronic Daily (TED) är Europeiska gemenskapernas (sedan december 2009 Europeiska unionens) organ för upphandlingsinformation.

⁷ Enligt punkten 6 i ramavtalet (se fotnot 1) gäller detta till och med den 30 juni 2005 med möjlighet till ett (1) års förlängning vid maximalt två tillfällen

⁸ Någon annons om upphandling av aktuella tjänster under perioden 2005-2007 har inte kunnat återfinnas i EGT eller TED.

⁹ Aktuella utbetalningar uppgår under perioden 1 januari 2013 till och med den 31 december 2018 till 4.098.262 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. försörjningssektorerna¹⁰ 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, 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)*¹¹ som ytterst följer av EG-/EU-fördragets krav på etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster.¹²

Landstingskommunala myndigheter som ansvarar för den regionala kollektivtrafiken utgör sådana upphandlande enheter¹³ som obligatoriskt ska följa de vid varje tidpunkt gällande lag- och direktivbestämmelserna om upphandling inom försörjningssektorerna.¹⁴ Kontrakt som avser varor och/eller datatjänster och därmed anknutna tjänster¹⁵ ska om värdet överstiger gällande tröskelvärde handläggas enligt lagarnas direktivstyrda upphandlingsbestämmelser.¹⁶ 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.¹⁷ Tröskelvärdet för upphandling av varor och tjänster inom försörjningssektorerna uppgick under 2000 och 2001 till c:a 3,653 miljoner kronor.¹⁸ Motsvarande tröskelvärde uppgick 2008 till c:a 3,822 miljoner kronor.¹⁹

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. Enligt lagförarbetena²⁰ ska huvudregeln om affärsmässighet tolkas synonymt med de grundläggande principer om *likabehandling* och *öppenhet (transparens)* som numera skrivits in i upphandlingslagarna.²¹ 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*.²²

¹⁰ 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.

¹¹ För huvudregeln om affärsmässighet, se 1 kap. 4 § ÄLOU, se även 1 kap. 24 § ÄLUF och 4 kap. 1 § LUF.

¹² Se artiklarna 43 och 49 i EG-fördraget, numera artiklarna 18, 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt – FEUF.

¹³ Se 1 kap. 5 § ÄLOU (bestämmelsen tillämpas analogt) se även 2 kap. 20 § ÄLUF och 1 kap. 22 § LUF.

¹⁴ 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.

¹⁵ Datatjänster och därmed anknutna tjänster utgör s.k. A-tjänster (kategori 7 enligt bilagan A till ÄLOU respektive ÄLUF).

¹⁶ De direktivstyrda bestämmelserna för försörjningssektorerna återfinns i 4 kap. ÄLOU, 1-14 kap. ÄLUF samt (numera) 1-18 kap. LUF.

¹⁷ 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.

¹⁸ Se 4 kap. 8 § ÄLOU samt förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

¹⁹ Se 3 kap. 1 § ÄLUF samt regeringens tillkännagivande (2008:32) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

²⁰ Se prop. 1992/93:88, avsnitten 1.2. och 1.3 – se även JustR Nord's särskilda tillägg i HFD 2018 ref 60.

²¹ Se 4 kap. 1 § LOU och LUF.

²² 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.

Upphandling som omfattas av de direktivstyrda bestämmelserna ska som huvudregel handläggas enligt något av förfarandena för *öppen*, *selektiv* eller *förhandlad upphandling* med föregående annonsering.²³ En *förenklad upphandling* (med eller utan förhandling)²⁴ kan således inte komma i fråga i annat fall än vid upphandling under tröskelvärdet som omfattas av de nationella upphandlingsbestämmelserna i ÄLOU, ÄLUF eller LOU.²⁵ 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.²⁶

Direktupphandling, där den upphandlande enheten tecknar avtal direkt med en viss leverantör, får endast komma i fråga om upphandlingens värde är lågt²⁷ eller om det föreligger synnerliga skäl, såsom synnerlig brådskas²⁸ som inte är förorsakad av den upphandlande enheten.²⁹

Enligt de i lagarna införda dokumentationskraven ska den upphandlande enheten vidare upprätta ett anbudsöppningsprotokoll med en förteckning över inkomna anbud vilket ska bestyrkas av dem som deltar vid anbudsöppningen³⁰ samt även i övrigt dokumentera skälen för sina beslut och vad som i övrigt förekommit av betydelse vid upphandlingsförfarandet.³¹ Beslut om tilldelning ska meddelas skriftligen.³² Förutom annons- och förfrågningsunderlag ska det hos den upphandlande enheten således även finnas anbudsöppningsprotokoll och ett meddelande om tilldelningen, samt en dokumentation av upphandlingsförfarandet. Om angiven dokumentation inte finns bevarad ska det finnas ett beslut om utgallring.³³ Vid upphandling enligt de direktivstyrda förfarandena har den upphandlande enheten även varit skyldig att obligatoriskt, efter det att upphandlingen har avslutats, sända ett meddelande om s.k. efterannonsering för publicering i EGT och TED.³⁴

Yttrande

Skånetrafiken 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.

²³ Se 4 kap. 15 § ÄLOU samt motsvarande bestämmelser i 7 kap. 6 § ÄLUF och 10 kap. 5 § LUF.

²⁴ 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 tröskelvärdet.

²⁵ Motsvarande bestämmelser återfinns i 15 kap. ÄLUF och 19 kap. LUF.

²⁶ Se 6 kap. 2 a § ÄLOU. Vid upphandling enligt ÄLUF och LUF är det obligatoriskt med annonsering i en databas.

²⁷ 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 tröskelvärdet (577.423 kronor) för att senare 2014 höjas till 28 % av tröskelvärdet (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.

²⁸ Se 6 kap. 2 § andra stycket ÄLOU, se även 15 kap. 3 § ÄLUF och 19 kap. 7 § LUF.

²⁹ En *egenförvälad brådskas* 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.

³⁰ 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.

³¹ 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.

³² Ang. meddelandekravet, se 1 kap. 28 § ÄLOU, 9 kap. 9 § och 15 kap. 19 § ÄLUF samt 12 kap. 12 § och 19 kap. 29 § LUF.

³³ Se 10 § arkivlagen samt 12 kap. 14 § ÄLUF och 12 kap. 17 § LUF.

³⁴ Meddelandet ska skickas till OPOCE, Byrån för Europeiska gemenskapernas (numera Europeiska unionens) officiella publikationer.

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

Av utredningen i ärendet framgår att Skånetrafiken under 2002 och 2003 har slutit avtal med det privata företaget NordicPort om bland annat tillgång till det webbaserade fordonsdatasystemet FRIDA. Avtalen upphörde att gälla senast i juni 2007, men Skånetrafikens utbetalningar till NordicPort har trots detta fortsatt och fortgår såvitt känt alltjämt. Enbart under perioden 2013 till och med 2018 har Skånetrafikens betalat sammanlagt omkring 4 miljoner kronor till NordicPort. Det totala kontraktsvärdet av Skånetrafikens aktuella avtalsförhållande kan mot denna bakgrund uppskattas till minst 10 miljoner kronor, räknat från 2002 till och med i dag.

Eftersom upphandlingen avser ett så pass högt värde omfattas den av de vid varje tidpunkt gällande direktivbestämmelserna, med krav på bl.a. annonserad anbudsinfordran. Någon sådant förfarande finns emellertid inte dokumenterat, varken 2002/2003 eller senare. Upphandlingen har inte annonserats eller efterannonserats i EGT och i databasen TED på sätt som de vid varje tidpunkt gällande regelverket kräver. Något skäl för undantag från det lagstadgade annonseringskravet har inte ens påståtts föreligga.

Den omständigheten att Skånetrafiken har åsidosatt gällande bestämmelser och hittills under 16 år vidmakthållit ett avtalsförhållande som vid det här laget har genererat utbetalningar på uppskattningsvis minst tio miljoner kronor till NordicPort, ger anledning till allvarlig kritik mot Skånetrafiken som på detta sätt snedvidit konkurrensen på området för datatjänster och därmed anknutna tjänster.