



SVEA HOVRÄTT
Patent- och
marknadsöverdomstolen

DOM
2018-02-13
Stockholm

Mål nr
PMT 761-17

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Patent- och marknadsdomstolens dom 2016-12-21 i mål nr PMT 17299-14, se bilaga A

PARTER

Klagande

Telia Sverige AB, 556430-0142
123 86 Farsta

Ombud: Advokaterna E.S., P.H. och O.L.

Motpart

Konkurrensverket, 202100-4342
103 85 Stockholm

SAKEN

Konkurrensbegränsande samarbete

DOMSLUT

1. Patent- och marknadsöverdomstolen upphäver tingsrättens dom såvitt den gäller Telia Sverige AB och lämnar Konkurrensverkets talan utan bifall.
 2. Telia Sverige AB tillerkänns ersättning av allmänna medel för rättegångskostnader med 6 750 201 kr, varav 6 550 000 kr för ombudsarvode, 80 000 kr för eget arbete och 120 201 kr för utlägg.
-

Dok.Id 1380099

Postadress
Box 2290
103 17 Stockholm

Besöksadress
Birger Jarls Torg 16

Telefon
08-561 670 00
08-561 675 00

E-post: svea.hovratt@dom.se
www.patentochmarknadsoverdomstolen.se

Telefax
08-561 675 09

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00–15:00

YRKANDEN M.M.

Telia Sverige AB (Telia), tidigare TeliaSonera Sverige AB, har yrkat att Patent- och marknadsöverdomstolen ska ogilla Konkurrensverkets talan och tillerkänna Telia ersättning för rättegångskostnaderna såväl i Patent- och marknadsdomstolen som i Patent- och marknadsöverdomstolen.

Konkurrensverket har bestritt ändring av Patent- och marknadsdomstolens dom.

Parterna har i Patent- och marknadsöverdomstolen åberopat samma omständigheter som i Patent- och marknadsdomstolen och utvecklat respektive talan så som den framgår av Patent- och marknadsdomstolens dom.

Parterna har också åberopat samma bevisning här som i Patent- och marknadsdomstolen. Omförhör har dock ägt rum med vittnet J.B.

DOMSKÄL

Bakgrund

I ett förfrågningsunderlag den 15 juni 2009 bjöd Göteborgs stad, genom Göteborgs Stad Upphandling AB, in till upphandling av ”Förbindelser för datakommunikation” avseende perioden 2010-01-01 – 2012-12-31 med möjlighet till två års förlängning. Av förfrågningsunderlaget framgår att upphandlingen avsåg fasta datakommunikationsförbindelser, s.k. WAN-förbindelser, för i huvudsak stadsnätet. Med stadsnätet avsågs ”det nät som direkt eller indirekt har fast anslutning till stadens centrala IT miljö på Intraservice”.

Till förfrågningsunderlaget hörde bl.a. en beskrivning av de tekniska krav som ställdes på bl.a. olika accessformer enligt den s.k. OSI-modellen, benämnda nivå 2, nivå 3 och en kombination av nivå 2 och nivå 3. Vidare uppställdes vissa krav på service från leverantören. Grund för tilldelning angavs vara det lägsta priset. Parterna i målet är

eniga om att det som upphandlades av Göteborgs stad ska benämnas ”datakommunikationstjänster”. Staden avsåg att teckna ett s.k. ramavtal med endast en leverantör och anbud skulle vara inlämnade senast den 25 augusti 2009. Göteborgs stad hade även år 2004 genomfört en upphandling av förbindelser för datakommunikationstjänster, i vilken upphandling bl.a. stadens helägda bolag Göteborg Energi GothNet AB (GothNet) och Telia lämnade anbud. Då blev det slutliga utfallet av upphandlingen att staden tecknade avtal med GothNet varvid Telia blev underleverantör. Även ett annat företag, TDC Sverige AB (TDC), fick då avtal som underleverantör till GothNet.

Så som anges i Patent- och marknadsdomstolens dom lämnade Telia inte in något anbud i 2009 års upphandling, vilket däremot GothNet gjorde. Även företagen Net at Once AB (Net at Once) och DGC Access AB (DGC) lämnade anbud. Några andra anbud fick inte Göteborgs stad. Under sommaren 2009 hade företrädare för Telia och GothNet vissa kontakter med varandra. Det utväxlades även dokument mellan företagen. Utfallet av upphandlingen blev att Göteborgs stad tecknade avtal med GothNet och att Telia kom att bli ensam underleverantör av vissa accessformer till GothNet.

Konkurrensverket har påstått bl.a. att Telia och GothNet var konkurrenter i upphandlingen och att de kommit överens om en ”rollfördelning” innebärande att Telia inte skulle lämna anbud i upphandlingen för att i stället få uppdraget som underleverantör åt GothNet.

Telia har mot Konkurrensverkets påståenden bestritt att någon överenskommelse träffats samt invänt bl.a. att företaget av kommersiella och tekniska skäl inte kunde leverera de tjänster som efterfrågades och att tjänsterna inte fanns i Telias standardutbud.

Telia har uppgett att den tjänst som Göteborgs stad upphandlade år 2004 var en nivå 2-tjänst som ingår i företagets standardutbud, av Telia benämnd TeliaWAN, och att utvärderingskriterierna var pris och kvalitet. Enligt Telia möjliggjorde detta att företaget då kunde lämna anbud.

Påverkan på samhandeln

Så som Patent- och marknadsdomstolen funnit hade upphandlingen och därigenom de i målet påstådda förfarandena kunnat påverka samhandeln inom EU varför även konkurrensreglerna i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) är tillämpliga.

Bevisbördan

Målet gäller en talan av Konkurrensverket om konkurrensskadeavgift varvid myndigheten enligt fast praxis har bevisbördan för att det förelegat omständigheter som medför en överträdelse av konkurrensreglerna, i förevarande fall förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete enligt 2 kap. 1 § konkurrenslagen (2008:579), (KL), respektive artikel 101.1 i EUF-fördraget. I Konkurrensverkets bevisbörda ligger således bl.a. att visa omständigheter som innebär att företagens samarbete har till syfte eller resultat att begränsa konkurrensen. I myndighetens bevisbörda beträffande ett konkurrensbegränsande resultat ligger att verket måste visa att konkurrensen begränsats genom det ifrågasatta förfarandet (se t.ex. EU-domstolens dom den 11 september 2014, CB mot kommissionen, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punkt 52). De berörda företagen har bevisbördan för omständigheter som kan leda till undantag enligt 2 kap. 2 § KL respektive artikel 101.3 i EUF-fördraget.

Var Telia och GothNet konkurrenter?

Om Telia och GothNet varken var faktiska eller potentiella konkurrenter i upphandlingen saknar det påstådda samarbetet och informationsutbytet betydelse ur konkurrenssynpunkt. Telias invändning medför därför att Patent- och marknadsöverdomstolen inleder prövningen med att ta ställning till frågan om Telia hade eller skulle haft möjlighet att leverera efterfrågad tjänst även i 2009 års upphandling.

Konkurrensverket har åberopat såväl muntlig som skriftlig bevisning till stöd för sina påståenden om de upphandlade tjänsterna och att Telia och GothNet var konkurrenter.

Den skriftliga bevisningen består i huvudsak av förfrågningsunderlaget samt av dokument från Telia och från Post- och telestyrelsen (PTS). Vad gäller värdet av bedömningar om marknadsförhållanden som gjorts i andra konkurrensrättsliga sammanhang kan, så som Patent- och marknadsdomstolen påpekat (s. 112), viss vägledning fås från sådana fall. Det är dock påkallat att iaktta försiktighet vid värdering av sådan bevisning i mål om konkurrensskadeavgift eftersom utgångspunkten för prövningen då är en annan. Det gäller t.ex. bevisvärdet av beslut i koncentrationsärenden där någon invändning mot koncentrationen inte gjorts liksom beslut där tillträde till en tjänst avgjorts av en myndighet med uppgift att reglera en marknad. I sådana fall har bedömningarna om förhållanden gjorts med ett annat syfte än i mål om konkurrensskadeavgift. Av begränsat värde är också vanligen påståenden och bedömningar från andra företag än de berörda särskilt med hänsyn till att sådana företag kan ha motstående intressen. I varje fall måste uppgifterna kompletteras med annan bevisning, eftersom utgångspunkterna för vad som uppges kan variera.

Av den av Konkurrensverket åberopade bevisningen i den här delen, bl.a. förfrågningsunderlaget och en rapport från PTS, framgår att det som upphandlades av Göteborgs stad år 2009 var tjänster för tillträde till den infrastruktur i form av koppar- och fiberledningar som möjliggör uppkoppling mot Internet. Tjänsterna hade olika innehåll beroende på om det var en nivå 2-tjänst eller en nivå 3-tjänst. Med hänsyn till hur upphandlingen var utformad i förfrågningsunderlaget med tillhörande dokument, kan denna bevisning inte läggas till grund för någon bestämd slutsats om Telia och GothNet var konkurrenter i upphandlingen. Företrädarna för Net at Once, J.B. och O.S. samt för DGC, D.G. har uppgett att de utgick från att Telia skulle lämna anbud, vilket talar för en konkurrenssituation. GothNets dåvarande vd M.D. har emellertid framhållit att han bedömde att Telia skulle haft svårt att leverera den kombinerade tjänst som upphandlingen avsåg, vilket talar emot att det förelåg en konkurrenssituation. Vidare saknas utredning om varför anbud inkom endast från de i sammanhanget mindre företagen GothNet, Net at Once och DGC.

Telia har bekräftat att företaget i och för sig tillhandahöll sådana nivå 2- och nivå 3-tjänster som angavs i förfrågningsunderlaget, men inte den kombination av dessa som efterfrågades. H.C. säljansvarig på Telia, har berättat att Telias nivå 2-tjänst, Telia WAN, innebär att uppkoppling mot Internet är möjlig samt att nivå 3-tjänsten, benämnd Telia DataNet, inbegriper även viss utrustning, exempelvis en router. Han har vidare berättat att Telia inte tillhandahåller någon tjänst som innebär en kombination av Telia WAN och Telia DataNet samt att Telia aldrig tillåter kunden att få tillträde till sådan utrustning som placerats hos kunden, i förfrågningsunderlaget benämnd "CPE". Enligt H.C. är det också mycket ovanligt att Telia lämnar anbud där tilldelningskriteriet är lägsta pris. När det aktuella förfrågningsunderlaget hade kommit från Göteborgs stad bedömde Telias tekniker, enligt H.C. att Telia inte hade de tjänster som efterfrågades varför Telia beslutade att inte lämna något anbud. De uppgifter som lämnats av H. Carlsson har bekräftats av förhöret med Telias säljare Emil Hall.

Annat är vid dessa förhållanden inte visat än att Telia redan i juni 2009 hade beslutat att inte lämna något anbud i upphandlingen.

Vidare har Telia invänt att företaget inte hade utbyggd fiberaccess till samtliga efterfrågade adresser och att inköp av sådan access från systerföretaget Skanova i praktiken inte var möjligt på grund av hög kostnad för utbyggnaden. Enligt Telia hade det inte heller varit möjligt att köpa fiberaccess från GothNet, som redan hade en omfattande utbyggnad av sådan access, på grund av att det pris som GothNet fordrade var högre än det pris som GothNet erbjöd Göteborgs stad. Det skulle alltså ha uppstått en s.k. prisklämning för Telia. J.B. f.d. vd på Net at Once, har också bekräftat att Telia hade en kostnadsnackdel i upphandlingen på grund av begränsad utbyggnad av sitt fibernät.

Enligt Patent- och marknadsöverdomstolens bedömning, grundad främst på de uppgifter som Telia lämnat, har de skäl som angetts av Telia för att inte tillhandahålla de efterfrågade tjänsterna i upphandlingen väsentligen sin grund i affärsmässiga och tekniska överväganden internt inom Telia. Telias befintliga tjänster har dock varit så

närallgande de upphandlade tjänsterna att hindren för Telia att delta i upphandlingen, enligt Patent- och marknadsöverdomstolens mening, inte kan anses ha varit oöverstigliga, vare sig vad gäller tekniken eller prissättningen. Telia måste alltså anses ha kunnat lämna anbud i upphandlingen. (För ett liknande resonemang om möjlig potentiell konkurrens då hindren för konkurrens inte har varit oöverstigliga, se EU-domstolens dom den 20 januari 2016 i mål C-373/14 P, Toshiba Corporation mot Europeiska kommissionen, EU:C:2016:26, punkterna 30 – 31 och 34.).

För en bedömning av frågan om Telia och GothNet var konkurrenter i upphandlingen är det inte nödvändigt att ta ställning till om företagen var faktiska konkurrenter. Förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete är tillämpliga även om de berörda företagen endast är potentiella konkurrenter. Mot bakgrund av den utredning som åberopats i målet bedömer Patent- och marknadsöverdomstolen att Telia och GothNet i varje fall var potentiella konkurrenter avseende de datakommunikationstjänster som upphandlades av Göteborgs stad under sommaren 2009.

Innebar kontakterna mellan Telia och GothNet ett avtal eller ett samordnat förfarande?

I konkurrensrättslig mening var alltså Telia och GothNet konkurrenter till varandra avseende de upphandlade tjänsterna. Nästa fråga att bedöma blir då innebörden av de kontakter som ostridigt ägt rum mellan företagen under sommaren 2009.

Vad först gäller frågan om företagen träffat det påstådda avtalet eller om de samordnat sina förfaranden på det sätt som avses i 1 kap. 6 § KL för att avtalskriteriet ska vara uppfyllt, gör Patent- och marknadsöverdomstolen i allt väsentligt samma bedömning som Patent- och marknadsdomstolen gjort. Det fanns, enligt Mats Devert, en önskan att få Telia som underleverantör till GothNet på grund av att Telia hade en bra produkt med stabila leveranser och goda felhanteringsrutiner. Den åberopade e-postdialogen mellan Telia och GothNet angående den tänkta avsiktsförklaringen, LOI, visar emellertid entydigt att parterna i väsentliga avseenden inte hade nått fram till en gemensam avsikt. Telia hade i och för sig inga principiella invändningar mot de

formuleringar som utväxlades men förutsatte att villkoren skulle bli acceptabla för företaget, bl.a. i fråga om servicenivå och priset. Dessa förhållanden kan inte bedömas vara av mindre betydelse i sammanhanget. Konkurrensverket har alltså inte visat att det fanns något avtal eller samordnat förfarande om en ”rollfördelning” mellan Telia och GothNet i upphandlingen år 2009.

Beträffande påståendet om informationsutbyte har H.C. berättat att han, då Telia bestämde sig för att inte lämna anbud i upphandlingen, kontaktade GothNet och i stället erbjöd Telia WAN samt att GothNet var nöjt med detta. I förhandlingen mellan Telia och GothNet föreslog GothNet i ett e-postmeddelande den 1 juli 2009 att det i en avsiktsförklaring skulle anges att ”Telia skall leverera tjänsterna i egenskap av underleverantör till GothNet som åtar sig att lämna in anbudet”. Enligt vad utredningen visar var omständigheten därutöver inte föremål för vidare överväganden eller diskussion mellan Telia och GothNet under sommaren 2009. I augusti 2009 påbörjade parterna framtagande av ett utkast till samarbetsavtal. H.C. har uppgett att GothNet i varje fall under augusti månad insåg att Telia inte skulle lämna något anbud. Av utkast till samarbetsavtal som utväxlades mellan parterna under tiden den 21 – 24 augusti 2009 framgår att Telia inte skulle lämna något anbud i upphandlingen. Patent- och marknadsöverdomstolen instämmer därför även i Patent- och marknadsdomstolens bedömning (s. 89) att Telia informerat GothNet om sitt beslut att inte lämna anbud i upphandlingen.

Av Europeiska kommissionens riktlinjer för bedömningen av horisontella samarbetsavtal, EUT C 11, 14.1.2011, s.1, framgår att även en ensidig informationsöverföring kan vara oförenlig med samarbetsförbuden (se punkt 62 i riktlinjerna med vidare hänvisning till praxis från EU-domstolen). EU-domstolen har också angett att det är oförenligt med konkurrensreglerna att för en konkurrent ”avslöja det beteende man har beslutat eller som man överväger att själv tillämpa på marknaden, när dessa kontakter syftar till eller resulterar i konkurrensvillkor som inte motsvarar de normala villkoren på marknaden...” (se dom den 8 juli 1999 i mål C-49/92 P, Europeiska kommissionen mot Anic Partecipazioni SpA, EU:C:1999:356, punkt 117).

Med hänsyn till att Telia och GothNet i varje fall var potentiella konkurrenter kan det, på sätt som framgår av den nyss angivna domen, antas att GothNet tagit hänsyn till informationen från Telia när GothNet lämnade sitt anbud i upphandlingen. Eftersom informationen lämnades inför anbudsgivning med anledning av en offentlig upphandling saknar det betydelse att Telia ansåg sig inte vara aktivt på marknaden. Informationsöverföringen från Telia till GothNet har därmed, som Patent- och marknadsdomstolen funnit (s. 88), utgjort en samordning i den mening som avses i 1 kap. 6 § KL och artikel 101.1 i EUF-fördraget.

Syftade informationen från Telia till GothNet till att begränsa konkurrensen?

Patent- och marknadsöverdomstolen har ovan funnit att Telia informerat en potentiell konkurrent om att företaget inte skulle lämna anbud i den aktuella upphandlingen och att det varit fråga om ett samordnat förfarande. Informationsöverföringen kan därmed ha varit otillåten om den syftat till eller fått till resultat att konkurrensen begränsades. Utgångspunkterna för bedömningen om ett förfarande syftat till att begränsa konkurrensen har på senare år klarlagts i praxis. Vad som i förevarande fall ska bedömas är om den aktuella informationen från Telia till GothNet var av sådant allvarligt slag att någon närmare bedömning av eventuella effekter på konkurrensen inte behöver göras.

Frågan om en syftesöverträdelse föreligger, dvs. om ett avtal eller en samordning mellan företag redan till sin art är skadlig för konkurrensen, ska bedömas med beaktande av alla relevanta omständigheter, inbegripet de aktuella tjänsternas beskaffenhet, de faktiska villkoren på marknaderna och deras struktur, samt det ekonomiska och juridiska sammanhang som avtalet eller samordningen ingår i. Det saknar betydelse om dessa omständigheter är hänförliga till den relevanta marknaden (se t.ex. EU-domstolens dom den 11 september 2014, CB mot kommissionen, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punkterna 53 och 78 samt bl.a. PMÖD 2017:2, ”Aleris”).

För att avgöra om ett avtal eller samordnat förfarande haft till syfte att begränsa konkurrensen i det avseende som avses i de aktuella bestämmelserna ska ledning sökas främst i innehållet i avtalet eller i förfarandet och i de objektiva mål som avtalet eller

förfarandet strävar efter att uppnå (se t.ex. EU-domstolens dom den 20 november 2008, Beef Industry Developement Society och Barry Brothers, C-209/07, EU:C:2008:643, punkterna 16 och 21).

Det viktigaste kriteriet för att avgöra huruvida en samordning mellan företag innebär en konkurrensbegränsning genom syfte är om det kan fastställas att en sådan samordning i sig själv uppvisar en tillräcklig grad av skadlighet för konkurrensen (se EU-domstolens dom i målet CB mot kommissionen, punkt 57). Begreppet konkurrensbegränsning genom syfte kan endast tillämpas på vissa typer av samordning mellan företag som är så skadliga för konkurrensen att någon bedömning av samordningens effekter inte behöver göras (CB mot kommissionen, punkt 58).

Vad gäller informationsutbyte mellan konkurrenter är bedömningen beroende av vilken information som utbyts. Information som minskar osäkerheten om konkurrenters uppträdande på marknaden bedöms ofta som oförenlig med samarbetsförbudet. I Europeiska kommissionens riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i EUF-fördraget på horisontella samarbetsavtal (EUT C 11 den 14 januari 2011, s. 1) uttalas att "[i] allmänhet är information som avser priser och kvantiteter mest strategisk, följt av information om kostnader och efterfrågan. --- Den strategiska nyttan av informationen är också beroende av hur aggregerad och gammal den är, vilken marknadskontext det är fråga om och hur ofta information utväxlas." (punkt 86).

Täta utbyten av färsk och individualiserad information är således mest allvarligt ur konkurrenssynpunkt medan utbyte av offentlig information anses mindre allvarligt (jfr punkt 92 i riktlinjerna). Det kan alltså inte sägas generellt att informationsutbyte är ett samarbete som i sig syftar till att begränsa konkurrensen. Om däremot informationsutbytet är en del av annat och större samarbete mellan konkurrenter om exempelvis marknadsdelning kan utbytet bedömas vara ett samarbete som syftar till att begränsa konkurrensen (se t.ex. EU-domstolens dom den 7 januari 2004 i mål C-204/00 P m.fl., Aalborg Portland A/S m.fl. mot kommissionen, EU:C:2004:6, punkt 281).

Bedömningen av det ekonomiska och rättsliga sammanhang i vilket ett förfarande som avser uppdelning av marknader ingår, kan begränsas till vad som visar sig vara absolut

nödvändigt för att dra slutsatsen att det rör sig om en konkurrensbegränsning genom syfte (se den ovan nämnda domen i ”Toshiba Corporation”, punkterna 28 och 29 som även i de föregående punkterna innehåller en redovisning av rådande praxis). Vid bedömningen är det väsentligt att sammanblandning inte sker med den analys som görs då eventuella konkurrensbegränsande effekter av ett förfarande ska konstateras. Det innebär bl.a. att en fråga om vissa åtgärder inte kan uteslutas från att vara konkurrensbegränsande ska prövas vid en bedömning av deras verkan och inte vid bedömningen av deras syfte (se EU-domstolens dom i målet CB mot kommissionen, punkt 81, med hänvisning till punkt 131 i generaladvokatens förslag till avgörande i målet samt PMÖD 2017:2, ”Aleris”, med däri gjorda hänvisningar).

Av det nu anförda framgår att analysen ska inledas med ett ställningstagande till om det ifrågasatta förfarandet i sig vid första påseende är av sådan art att det är ägnat att begränsa konkurrensen. Vid denna analys måste alltså beaktas att utrymmet för att fastställa att ett samarbete innebär en begränsning genom syfte är snävt.

I förevarande fall innebar Telias information att GothNet fick besked om att en potentiell konkurrent inte avsåg att tävla om det kontrakt som skulle tecknas till lägsta möjliga pris. Även om GothNet svävade i ovisshet om hur de andra större tänkbara konkurrenterna skulle agera måste beskedet från Telia bedömas vara av sådan art att det i sig vid ett första påseende var ägnat att begränsa konkurrensen, även om det möjligen var känt att Telia sällan vinner upphandlingar på lägsta pris.

Nästa steg i bedömningen av om ett förfarande syftar till att begränsa konkurrensen är att beakta det rättsliga och ekonomiska sammanhang i vilket förfarandet äger rum. Denna analys får dock inte som ovan anförts bli så omfattande att den i praktiken övergår till en sådan analys som ska göras vid en bedömning av om förfarandet fått till resultat att konkurrensen begränsats.

Konkurrensreglerna i EUF-fördraget och konkurrenslagen är avsedda att förhindra beteenden och förfaranden av företag på marknader som i övrigt är fungerande och där förutsättningarna för konkurrens inte är störda av exempelvis offentliga regleringar (jfr

1 § KL). Av EU-domstolens praxis följer att om annan lagstiftning ger upphov till ett rättsligt ramverk som omöjliggör ett konkurrensmässigt agerande från företagen är konkurrensreglerna inte alls tillämpliga. (Se EU-domstolens dom den 11 november 1997 i målen C-359/95 P och C-379/95 P, Europeiska kommissionen m.fl. mot Ladbok Racing Ltd, EU:C:1997:531, punkterna 33 och 34 med där angiven rättspraxis samt EU-domstolens dom den 14 oktober i mål C-280/08 P, Deutsche Telekom AG mot Europeiska kommissionen m.fl., EU:C:2010:603, punkterna 80 – 82.)

Det rättsliga och ekonomiska sammanhanget utgörs i förevarande fall av en offentlig upphandling där den upphandlande enheten, Göteborgs stad, bl.a. ställt specifika s.k. skall-krav. Enligt Telias egen bedömning skulle företaget haft svårt att uppfylla dessa krav, både av tekniska och affärsmässiga skäl. Även företrädare för GothNet bedömde att Telia skulle få svårt att vinna upphandlingen. Enligt Patent- och marknadsöverdomstolens bedömning var villkoren i upphandlingen utformade så att de i hög grad försvårat för Telia att effektivt konkurrera om efterfrågade tjänster, särskilt kravet på fiberutbyggnad till adresser där GothNet redan hade befintlig kabel. Av uppgifter i målet framgår också, bl.a. genom vad vittnet David Giertz berättat, att vid kommunala upphandlingar av förbindelser för datakommunikation har företag som är fristående från kommunen svårt att vinna där det redan finns ett utbyggt kommunalt stadsnät.

I det nu aktuella fallet har inte ett konkurrensmässigt agerande omöjliggjorts genom det rättsliga ramverk som kringgärdat den offentliga upphandlingen, varför konkurrensreglerna i och för sig är tillämpliga. De förutsättningar för en effektiv konkurrens som i praktiken fanns utgör emellertid en del av de faktiska villkoren på marknaden och därmed det ekonomiska och rättsliga sammanhang som ska beaktas vid bedömningen av om en syftesöverträdelse föreligger. Göteborgs stad har, som ovan konstaterats, genom villkoren i förfrågningsunderlaget i hög grad försvårat för Telia att konkurrera om efterfrågade tjänster. Staden har därigenom i väsentlig mån stört förutsättningarna för en effektiv konkurrens i upphandlingen.

Vid denna bedömning kan Telias information till GothNet, med den snäva innebörd syftesbegreppet har enligt artikel 101.1 i EUF-fördraget och EU-domstolens avgöranden, inte anses ha syftat till att begränsa konkurrensen eftersom denna begränsats genom de aktuella villkoren i upphandlingen. Telia kan således inte genom informationen till GothNet bedömas ha överträtt förbuden i 2 kap 1 § KL och artikel 101.1 i EUF-fördraget utan att någon närmare bedömning behöver göras av förfarandets eventuella effekter på konkurrensen. Någon annan bedömning är inte heller möjlig att göra vid tillämpningen av motsvarande bestämmelse i konkurrenslagen. Det är således nödvändigt att bedöma om informationen fick till resultat att konkurrensen begränsades.

Fick informationen från Telia till GothNet till resultat att konkurrensen begränsades?

Den bevisning som Konkurrensverket har åberopat utgår från allmänna resonemang om att aktuell informationsöverföring begränsar konkurrensen. I målet är det emellertid ostridigt att priset för de upphandlade tjänsterna blev 15 procent lägre än i 2004 års upphandling. Möjligen kunde priset ha blivit än lägre vid en ostörd upphandling i konkurrens men det är endast en spekulatio. Konkurrensverket har således inte åberopat någon tillräcklig konkret bevisning till stöd för sitt påstående om ett konkurrensbegränsande resultat. Den konkurrensbegränsning som föreligger genom att den potentiella konkurrenten Telia avstod från att inge anbud är snarare en följd av utformingen av villkoren i förfrågningsunderlaget än Telias eget agerande. Särskilt kravet på fiberaccess till angivna adresser där GothNet redan hade en framdragen kabel i förening med villkoret att endast en leverantör skulle antas till det lägsta priset måste avsevärt ha begränsat konkurrensen i upphandlingen. Enligt uppgift i målet har utfallet även i den senaste upphandlingen av Göteborgs stad blivit att GothNet tecknat avtal med Telia som underleverantör.

Slutsats

Konkurrensverket har inte visat att omständigheterna var sådana att Telias information till GothNet om att Telia inte skulle lämna anbud i upphandlingen år 2009 haft till

syfte eller resultat att konkurrensen begränsades. Vid denna bedömning kan inte Konkurrensverkets talan vinna bifall, varför Patent- och marknadsdomstolens dom ska ändras såvitt gäller Telia.

Rättegångskostnad

Vid nu angiven utgång är Telia med stöd av bestämmelsen i 8 kap. 15 § KL berättigat till ersättning för sin rättegångskostnad, såväl i Patent- och marknadsdomstolen som i Patent- och marknadsöverdomstolen. Av bestämmelsen följer att möjlighet att erhålla ersättning för kostnader regleras i 31 kap. 2 § rättegångsbalken, vilket innebär att kostnaden ska ha varit skäligen motiverad för tillvaratagande av företagets rätt. Även skäliga kostnader efter mottagande av utkast till stämningsansökan kan ersättas enligt 8 kap. 16 § KL.

I Patent- och marknadsöverdomstolen har Telia begärt ersättning med 3 588 810 kr, varav 3 550 000 kr för ombudsarvode, 15 000 kr för eget arbete och 23 810 kr för utlägg, allt exklusive mervärdesskatt. Konkurrensverket har vitsordat 1 500 000 kr som skäligt belopp avseende ombudsarvode och i övrigt inte haft någon erinran. I Patent- och marknadsdomstolen begärde Telia ersättning med 4 211 391 kr, varav 4 050 000 kr för ombudsarvode, 65 000 kr för eget arbete och 96 391 kr för utlägg, allt exklusive mervärdesskatt. Konkurrensverket vitsordade där ett belopp om 1 842 000 kr avseende ombudsarvode, vilket motsvarade vad GothNet hade begärt i ersättning för ombudsarvode.

Med hänsyn till målets karaktär och komplexitet bedömer Patent- och marknadsöverdomstolen att samtliga kostnader som begärts av Telia i Patent- och marknadsdomstolen har varit skäligen motiverade för tillvaratagande av företagets rätt. Vad gäller kostnadsyrkandet i Patent- och marknadsöverdomstolen görs följande bedömning. Målet har varit av väsentligen samma omfattning som i första instans. Den muntliga bevisningen har, med undantag för förhöret med J.B. tagits upp genom uppspelning av ljud- och bildupptagningar från huvudförhandlingen i Patent- och marknadsdomstolen. Omständigheter och rättsfrågor har varit oförändrade. Telia

har inte motiverat varför målet trots dessa förhållanden krävt arbete av ombuden i en omfattning som motsvarar nedlagd tid i Patent- och marknadsdomstolen. Mot nu angiven bakgrund bedömer Patent- och marknadsöverdomstolen att skäligen motiverad kostnad för ombudsarvode här uppgår till 2 500 000 kr. Mot Telias yrkande för övriga kostnader finns ingen invändning.

Telia ska således tillerkännas begärd ersättning för sina kostnader i Patent- och marknadsdomstolen och för kostnader i Patent- och marknadsöverdomstolen med 2 538 810, varav 2 500 000 kr avser ombudsarvode.

Överklagande

Det saknas skäl att göra undantag från huvudregeln att Patent- och marknadsöverdomstolens domar inte får överklagas (se 1 kap. 3 § tredje stycket lagen om patent- och marknadsdomstolar).

Patent- och marknadsöverdomstolens dom får inte överklagas.

I avgörandet har deltagit hovrättslagmannen Per Carlson, hovrättsråden Kajsa Bergkvist och Magnus Ulriksson, referent, samt de ekonomiska experterna Lennart Göranson (skiljaktig) och Jonas Häckner (skiljaktig).

Skiljaktiga meningar, se nästa sida.

Skiljaktiga meningar

Lennart Göranson är skiljaktig enligt följande:

Jag delar majoritetens bedömning

- att Telia och GothNet i varje fall var potentiella konkurrenter avseende de datakommunikationstjänster som upphandlades av Göteborgs stad under sommaren 2009, samt
- att informationsöverföringen från Telia till GothNet har utgjort en samordning i den mening som avses i 1 kap. 6 § KL och artikel 101.1 FEUF.

När det gäller frågan om syftesöverträdelse delar jag Patent- och marknadsdomstolens bedömning att beaktandet av det rättsliga och ekonomiska sammanhanget inte föranleder någon annan slutsats än att förfarandet har haft ett konkurrensbegränsande syfte.

Så som konstateras i Patent- och marknadsöverdomstolens dom innebar Telias information att GothNet fick besked om att en potentiell konkurrent inte avsåg att tävla om det kontrakt som skulle tecknas till lägsta möjliga pris. Jag anser att en sådan information typiskt minskar osäkerheten för ett konkurrerande företag och att det därför är ägnat att begränsa konkurrensen. Frågan är då om det rättsliga och ekonomiska sammanhanget är sådant att denna slutsats kullkastas. Enligt Patent- och marknadsöverdomstolen har Göteborgs stad genom villkoren i förfrågningsunderlaget ”i hög grad försvårat” förutsättningarna för en i övrigt fungerande konkurrens i upphandlingen. Jag finner för min del inte att villkoren i förfrågningsunderlaget har satt konkurrensen ur spel på ett sådant sätt att informationsöverföringen saknade betydelse för GothNet. Telias informationsöverföring har därmed, enligt min mening, haft till syfte att begränsa konkurrensen och Patent- och marknadsdomstolens dom bör inte ändras.

Lennart Göranson

Jonas Häckner är skiljaktig enligt följande:

Jag är ense med majoriteten om att beskedet från Telia att inte lämna bud har utgjort ett samordnat förfarande och att det vid ett första påseende var ägnat att begränsa konkurrensen. Däremot anser jag inte att ett beaktande av det rättsliga och ekonomiska sammanhanget leder till någon annan bedömning. Informationsöverföringen bör därmed ses som en syftesöverträdelse och domen i PMD stå fast.

Att potentiella konkurrenter i en upphandling delar information om huruvida man skall lämna bud eller ej är just den typ av beteende som efter en ekonomisk analys allmänt kan anses ha en skadlig inverkan på konkurrensen och där en vidare analys av effekterna inte behöver utredas (Se Generaladvokat Nils Wahls förslag till avgörande i CB mot kommissionen, punkterna 29 och 56).¹

Denna typ av informationsöverföring kan aldrig leda till en lägre nivå på vinnande bud, och typiskt sett leder den till högre bud. I synnerhet är så fallet då antalet potentiella konkurrenter i utgångsläget är litet, till följd av förfrågningsunderlagets utformning eller av andra orsaker.

Följande exempel illustrerar tankegången. Antag att konkurrensen är så begränsad att det bara finns två potentiella budgivare, företagen A och B. Antag också, precis som hävdats vad gäller Telia, att A har en kostnadsnackdel och att A gör en utfästelse att inte lämna bud. I och med att B i det läget vet att man är ensam budgivare är man obehindrad att lägga sitt bud på en nivå som har mycket lite med faktiska kostnader att göra. Budet kan rent av vara så högt att det skulle ha varit lönsamt för A att bjuda under trots sin kostnadsnackdel. Saknas däremot en sådan utfästelse tvingas B, om man vill försäkra sig om att vinna budgivningen, lägga sitt bud under As reservationsnivå, dvs budet måste ligga under As uppskattade faktiska kostnader inklusive skälig vinst.

¹ Det är svårt att föreställa sig situationer där denna typ av informationsöverföring skulle vara nödvändig för uppnåendet av eventuella kompenserande effektivitetsvinster.

Detta är förstås ett stiliserat exempel men det illustrerar en viktig poäng. Även i det fall då A har en kostnadsnackdel kan informationsöverföringen ha stor betydelse för Bs budgivning och därmed nivån på det vinnande budet.²

I det aktuella målet kan det i och för sig diskuteras i vilken utsträckning Telia faktiskt hade en kostnadsnackdel. Varken Telia eller GothNet hade ju på egen hand möjlighet att leverera de tjänster som efterfrågades på ett affärsmässigt rimligt sätt. Om GothNet kunde vinna upphandlingen med Telia som underleverantör så måste Telia ha kunnat vinna samma upphandling med GothNet som underleverantör. De sammanlagda resurserna och kostnaderna är ju samma i bägge fallen.

Vidare kan man notera att Telia och GothNet har lagt ner mycket tid och energi på att förhandla om utformningen av Telias utfästelse om att inte lägga bud. Också detta talar för att informationen hade strategisk och konkurrensmässig betydelse. Om det var oklart för andra aktörer (Net at Once och DGC) huruvida Telia skulle lämna bud, så torde det ha varit oklart också för GothNet.

Utfallet i EU-domstolen i målet CB mot kommissionen ändrar inte slutsatsen att informationsöverföringen bör ses som en syftesöverträdelse. CB-målet rörde just en sådan typ av marknad där det rättsliga och ekonomiska sammanhanget var sådant att en effektanalys var nödvändig.

Marknaden för betaltjänster är en så kallad tvåsidig marknad. På samma sätt som ett auktionshus blir attraktivare för säljarna om det finns många köpare och vice versa, blir det attraktivare för affärsidkare att ansluta sig till en betaltjänst ju fler konsumenter som anslutit sig och attraktivare för konsumenterna att ansluta sig ju fler affärsidkare som är anslutna. Tvåsidiga marknader har mycket speciella karaktäristika. Som Generaladvokat Nils Wahl uttrycker det i sitt förslag till avgörande i CB mot

² I fall där antalet potentiella budgivare är stort går effekten på prisnivån i samma riktning men är mindre uttalad i och med att en stor del av den strategiska osäkerheten kvarstår också efter ett informationsutbyte mellan två enskilda företag.

kommissionen, punkt 3: ”Denna viktiga fråga, som har prövats flera gånger tidigare, har nu ställts inom ramen för marknaden för betalkort, vars dubbla karaktär och mycket speciella särdrag hittills ännu inte har varit föremål för domstolens prövning.”. Den praxis som gäller syftesöverträdelser är baserad på ekonomisk teori gällande vanliga ”ensidiga” marknader där kvaliteten på varan eller tjänsten inte är beroende av antalet köpare och säljare. Tvåsidigheten får stora konsekvenser för hur marknaden fungerar. Det är t ex ofta inte möjligt eller ens önskvärt med konkurrens på sådana marknader. Prissättningen är ofta asymmetrisk. I vissa fall tas positiva priser ut av både köpare och säljare (som på auktionshus). I andra fall tillämpas nollprissättning för en sida av marknaden (som för köparna på Hemnet). I andra fall kan t.o.m. negativa priser tillämpas, t ex för att attrahera likviditet på finansiella börser.

Standardmetoderna för att avgränsa relevanta marknader blir också missvisande (Se Patent- och marknadsdomstolens dom i målet mellan Konkurrensverket och Nasdaq, PMT 7000-15.). Det är helt enkelt inte möjligt att rakt av tillämpa praxis från ensidiga marknader i en tvåsidig kontext.

I och med att omständigheterna i CB mot kommissionen är så synnerligen speciella är det enligt min mening inte heller uppenbart i vilken utsträckning man kan tolka domslutet som en generell förskjutning i praxis.

Jonas Häckner



STOCKHOLMS TINGSRÄTT
Patent- och marknadsdomstolen

DOM
2016-12-21
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
PMT 17299-14

KÄRANDE

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

genom processråden Tove Kockum och Kristin Mattson Örnulf, konkurrensrådet Erik Westerström, sakkunnige ekonomen Jakob Jeanrond och föredraganden Josefine Johansson Cavalera, alla adress som ovan

SVARANDE

1. Göteborg Energi GothNet AB, 556406-4748
Box 53
401 20 Göteborg

Ombud: Advokat K.A.

Ombud: Advokat E.E.

2. TeliaSonera Sverige AB, 556430-0142
123 86 Farsta

Ombud: Advokaterna E.S. O.L. och P.H.

DOMSLUT

1. Göteborg Energi GothNet AB och TeliaSonera Sverige AB ska betala 8 miljoner kr vardera i konkurrensskadeavgift.
 2. Göteborg Energi GothNet AB och TeliaSonera Sverige AB ska stå sina egna rättegångskostnader.
-

Dok.Id 1653183

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 8307 104 20 Stockholm	Rådhuset, Scheelegatan 7	08- 561 650 00 E-post: stockholms.tingsratt.patentmarknad@dom.se www.stockholmstingsratt.se	08- 653 34 44	måndag – fredag 08:00-16:00

Innehåll

BAKGRUND	6
Om de berörda företagen.....	6
<i>TeliaSonera-koncernen</i>	6
<i>Göteborgs Energi GothNet AB</i>	6
Upphandlingen år 2009 m.m.....	7
 YRKANDEN OCH INSTÄLLNING	 8
 GRUNDER.....	 9
Konkurrensverket	9
GothNet	10
TeliaSonera	11
 UTVECKLING AV TALAN	 12
Konkurrensverkets utveckling av talan	12
<i>Allmänt om marknaden</i>	12
<i>Förutsättningarna i Göteborgs Stads upphandling år 2009</i>	14
<i>Den relevanta produktmarknaden</i>	17
<i>Den relevanta geografiska marknaden</i>	18
<i>Företagen är konkurrenter</i>	21
<i>Samarbetet inför upphandlingen</i>	23
<i>Samarbetet är inte förenligt med konkurrenslagen</i>	27
<i>Företagskriteriet</i>	27
<i>Avtalskriteriet</i>	28
<i>Konkurrensbegränsande syfte</i>	30
<i>Konkurrensbegränsande resultat</i>	31
<i>Märkbarhet</i>	32
<i>Samhandelskriteriet</i>	33
<i>Villkoren för undantag är inte uppfyllda</i>	34
<i>Uppsåt och oaktsamhet</i>	35
<i>Konkurrensskadeavgift</i>	35
<i>Avgiftens storlek</i>	36
<i>Det optimala totala kontraktsvärdet</i>	37
<i>Befintliga förbindelser</i>	37

<i>Nya förbindelser</i>	38
<i>Allvarlighet</i>	38
<i>Övriga omständigheter</i>	39
<i>Slutligt belopp</i>	40
GothNets utveckling av talan	40
<i>Upphandlingen år 2009</i>	40
<i>Kontakterna med TeliaSonera före anbudslämnandet</i>	45
<i>Förslaget till avsiktsförklaring</i>	46
<i>Förslaget till samarbetsavtal</i>	48
<i>Förhandlingar om underleverantörsavtal efter anbudslämnandet</i>	52
<i>Konkurrenssituationen i upphandlingen</i>	54
<i>Relevant marknad</i>	56
<i>Företagsbegreppet – ekonomiska enhetens princip</i>	56
<i>Sammanfattning</i>	58
TeliaSoneras utveckling av talan	60
<i>Ytterligare om Skanova år 2009</i>	60
<i>Ytterligare om TeliaSonera Sverige år 2009</i>	60
<i>Datakommunikationstjänster – allmänt</i>	61
<i>TeliaSoneras erbjudande</i>	62
<i>Det som efterfrågades i upphandlingen år 2009</i>	63
<i>Produktmarknaden</i>	63
<i>Den geografiska marknaden</i>	63
<i>Upphandlingen år 2004</i>	65
<i>Förnyad konkurrensutsättning år 2005</i>	66
<i>Avtalsperioden 2005–2009</i>	66
<i>Upphandlingen år 2009</i>	66
<i>Förhandlingarna om att ingå ett underleverantörsavtal</i>	68
<i>Perioden 26 augusti–12 oktober 2009</i>	70
<i>Perioden 13 oktober–16 december 2009</i>	71
BEVISNING	71
DOMSKÄL	72
Bevisbörda och beviskrav, allmänt	72
Har GothNet och TeliaSonera ingått ett avtal i konkurrensrättslig mening?	74

<i>Rättsliga utgångspunkter; avtalsbegreppet enligt konkurrenslagstiftningen</i>	75
<i>Bevisvärdering och bedömning.....</i>	75
Har det förekommit samordning genom informationsutbyte mellan GothNet och TeliaSonera under sommaren 2009?	84
<i>Rättsliga utgångspunkter; begreppet samordnat förfarande.....</i>	85
<i>Bevisvärdering och bedömning.....</i>	85
Kapacitetsfrågan.....	89
<i>Principiella överväganden kring bevisbörda och beviskrav med avseende på frågan om kapacitet att lämna anbud på egen hand etc.</i>	90
<i>Rättsliga utgångspunkter för bedömningen</i>	91
<i>Bevisvärdering och bedömning.....</i>	91
Frågan om behörighet	95
<i>Rättsliga utgångspunkter för bedömningen</i>	95
<i>Bevisvärdering och bedömning.....</i>	97
Utgjorde GothNet ett företag i den mening som avses i 1 kap. 5 § konkurrenslagen m.m.?	98
<i>Rättsliga utgångspunkter för bedömningen</i>	98
<i>Bevisvärdering och bedömning.....</i>	99
Var det samordnade förfarandet koncerninternt hos GothNet?	100
<i>Rättsliga utgångspunkter för bedömningen</i>	100
<i>Bevisvärdering och bedömning.....</i>	102
Har det samordnade förfarandet haft ett konkurrensbegränsande syfte?	103
<i>Rättsliga utgångspunkter för bedömningen; metoden att fastställa om det är fråga om en syftesöverträdelse</i>	103
<i>Rättsliga utgångspunkter för bedömningen; särskilt om informationsutbyte</i>	104
<i>Bedömning: Är förfarandet av sådant slag att det vid första påseende utgör en överträdelse med konkurrensbegränsande syfte?</i>	105
<i>Kan en bedömning av förfarandet i dess rättsliga och ekonomiska sammanhang vända bedömningen att det är fråga om ett förfarande med ett konkurrensbegränsande syfte?</i>	107
Relevant marknad och märkbarhet	110
<i>Att definiera den relevanta marknaden när det är fråga om en syftesöverträdelse</i>	110
<i>Metodfrågor</i>	111
<i>Värdet av tidigare marknadsdefinitioner i rättstillämpningen på området</i>	112
<i>Bevisvärdering och bedömning.....</i>	113

<i>Vilka marknadsandelar hade GothNet och TeliaSonera vid denna marknadsavgränsning?</i>	114
Är övriga kriterier för samordnat förfarande uppfyllda?	115
<i>Rättsliga utgångspunkter för bedömningen</i>	115
<i>Bevisvärdering och bedömning</i>	116
Samhandelseffekt	117
Slutsats om märkbarhet	118
Frågan om undantag enligt 2 kap. 2 § konkurrenslagen och artikel 101.3 FEUF...	118
Överträdelsens varaktighet	120
<i>Rättsliga utgångspunkter för bedömningen</i>	120
<i>Bevisvärdering och bedömning</i>	121
Uppsåt/oaktsamhet	121
<i>Rättsliga utgångspunkter för bedömningen</i>	121
<i>Bevisvärdering och bedömning</i>	122
Konkurrensskadeavgift	123
<i>Ringa överträdelse?</i>	123
<i>Metodfrågor</i>	124
<i>Hur ska konkurrensskadeavgifterna bestämmas i det här målet?</i>	126
Rättegångskostnader	128

BAKGRUND**Om de berörda företagen***TeliaSonera-koncernen*

TeliaSonera-koncernen erbjuder och erbjöd tjänster inom tele- och datakommunikation (mobil, bredband, fast telefoni och tv) till konsumenter och företag. Koncernens verksamhet i Sverige bedrivs huvudsakligen genom TeliaSonera AB och dess dotterbolag. I koncernen ingår de helägda dotterbolagen TeliaSonera Sverige AB och TeliaSonera Skanova Access AB.

TeliaSonera Sverige AB (TeliaSonera) erbjöd år 2009 försäljning till slutkunder av tjänster inom telefoni, datakommunikation och bredband. Företaget riktade sig till privatkunder, företag och verksamheter som bedrivs i statlig och kommunal regi. TeliaSonera hade år 2009 en omsättning om ca 29,5 miljarder kr. Omsättningen år 2015 uppgick till ca 35 miljarder kr.

TeliaSonera Skanova Access AB (Skanova) ägde och drev år 2009 TeliaSonera-koncernens fasta passiva infrastruktur för det svenska nätet. Skanova äger och förvaltar även teleledningar med tillbehör och erbjuder telekommunikationstjänster. Skanova erbjuder grossisttjänster såsom oförädlade koppar- och fiberbaserade kapacitetsprodukter.

Göteborgs Energi GothNet AB

Göteborgs Energi GothNet AB (GothNet) är ett helägt dotterbolag till Göteborg Energi AB som i sin tur ingår i koncernen med Göteborgs Stadshus AB som moderbolag. Göteborgs Stadshus AB äger samtliga aktier i GothNet.

GothNet säljer datakommunikationstjänster. Bolaget äger och driver ett fibernät där huvudprodukterna är svartfiber och transmission samt optiska kanaler. Huvuddelen av

företagets verksamhet är koncentrerad till Göteborgs kommun. Köparna är främst operatörer, offentliga verksamheter, företag och fastighetsägare verksamma i Göteborgs-regionen. GothNet hade år 2009 en nettoomsättning i Sverige som uppgick till ca 184 miljoner kr. Omsättningen år 2015 uppgick till ca 162 miljoner kr.

Upphandlingen år 2009 m.m.

Göteborgs Stad genomförde år 2009 en upphandling av fasta datakommunikationstjänster, vilka främst användes av Göteborgs Stad för stadens stadsnät. Upphandlingen genomfördes av Göteborgs Stads Upphandlings AB.

Upphandlingen avsåg ett ramavtal med en leverantör för perioden 1 januari 2010–31 december 2012. Avtalet kunde förlängas för en eller flera perioder, dock som längst 24 månader efter basperiodens slut.

Förfrågningsunderlaget annonserades den 15 juni 2009 och sista anbudsdag var den 25 augusti 2009. Upphandlingen genomfördes som en öppen upphandling i enlighet med lagen om offentlig upphandling. Grunden för tilldelning var lägsta pris. Upphandlingen översteg tröskelvärdet och annonserades i EU:s upphandlingsdatabas TED i enlighet med EU:s upphandlingsdirektiv.

Anbud och utvärdering av anbuderna skedde i tre steg under perioden augusti–oktober år 2009.

Anbudsgivarna fick efter varje omgång veta om deras respektive anbud ledde upphandlingen eller inte. Inför den andra och den tredje anbudsomgången fick anbudsgivarna möjlighet att justera sitt anbud.

Den 12 oktober 2009 meddelades tilldelningsbeslut i upphandlingen. Av beslutet framgick att GothNet hade lämnat det vinnande anbudet i upphandlingen. Utöver

GothNet deltog även Net at Once AB (Net at Once) och DGC Access AB (DGC) i upphandlingen. DGC deltog inte i den sista anbudsomgången. TeliaSonera lämnade inte anbud i upphandlingen.

GothNet och TeliaSonera förde diskussioner, vilka inleddes i juni 2009, om ett avtal genom vilket TeliaSonera skulle agera underleverantör avseende kopparförbindelser åt GothNet. I slutet av juli och under augusti år 2009 utväxlade GothNet och TeliaSonera utkast till en avsiktsförklaring och ett samarbetsavtal. GothNet och TeliaSonera tecknade slutligen ett underleverantörsavtal den 18 december 2009.

Göteborgs Stad genomförde även år 2004 en upphandling av fasta datakommunikationstjänster för Göteborgs Stads kommunala verksamheter. I den upphandlingen fanns det, till skillnad från upphandlingen år 2009, möjlighet att lämna anbud på hela eller delar av den volym som upphandlades. Både TeliaSonera och GothNet lämnade anbud på hela volymen. Göteborgs Stad tecknade ramavtal med båda företagen. Efter ett kommungemensamt avrop träffade dock Göteborgs Stad år 2005 ett avropsavtal med GothNet som därmed blev stadens huvudleverantör. TeliaSonera och TDC Song AB (TDC) blev underleverantörer till GothNet och levererade ungefär hälften, ca 450 accesser (anslutningar), vardera till GothNet.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Konkurrensverket har yrkat att Patent- och marknadsdomstolen ska förplikta GothNet att betala 16 230 000 kr och TeliaSonera att betala 18 800 000 kr i konkurrensskadeavgift.

TeliaSonera och GothNet har bestritt Konkurrensverkets yrkanden.

TeliaSonera och GothNet har yrkat ersättning för rättegångskostnader.

GRUNDER**Konkurrensverket**

GothNet och TeliaSonera har uppsåtligen eller i vart fall av oaktsamhet överträtt förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete i 2 kap. 1 § konkurrenslagen och artikel 101 i EUF-fördraget genom att inför och under en upphandling av fasta datakommunikationstjänster till Göteborgs Stad år 2009 gemensamt undanröja strategisk osäkerhet genom att komma överens och vara i samförstånd om att TeliaSonera inte skulle lämna ett eget anbud i upphandlingen, att GothNet skulle lämna anbud och att TeliaSonera skulle bli exklusiv underleverantör till GothNet. Detta har utgjort ett avtal eller samordnat förfarande som haft till syfte och/eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen på ett märkbart sätt.

TeliaSonera och GothNet, som var etablerade aktörer och konkurrenter i upphandlingen, samarbetade inför denna på så sätt att TeliaSonera informerade GothNet om att TeliaSonera inte skulle lämna in ett eget anbud i upphandlingen. Informationen skrevs in i ett utkast till avsiktsförklaring som utväxlades mellan parterna under tiden den 30 juni till den 1 juli 2009 samt i ett utkast till samarbetsavtal som utväxlades mellan parterna åtminstone under perioden den 21 till den 24 augusti 2009.

GothNet lämnade in anbud till Göteborgs Stads Upphandlings AB den 25 augusti 2009. TeliaSonera lämnade inte in något anbud.

Genom avtalet alternativt det samordnade förfarandet mellan de båda konkurrenterna har GothNet fått kännedom om TeliaSoneras marknadsstrategi och informationen har minskat GothNets strategiska osäkerhet om marknadens funktion inför upphandlingen.

De två konkurrenterna hade redan tidigare stor kännedom om marknaden bland annat genom deltagande i en tidigare upphandling av fasta datakommunikationstjänster i Göteborgs Stad år 2004.

Överträdelsen har ägt rum på marknaden för fasta datakommunikationstjänster till slutkund i Sverige.

Förfarandet kan påverka handeln mellan medlemstaterna i Europeiska Unionen.

Överträdelsen kan inte ses som ringa.

GothNet

Det bestrids att GothNet uppsåtligen eller av oaktsamhet överträtt förbuden i 2 kap. 1 § konkurrenslagen och artikel 101 EUF-fördraget.

GothNet och TeliaSonera har inte kommit överens om eller varit i samförstånd om att TeliaSonera inte skulle lägga anbud, att GothNet skulle lämna anbud och att TeliaSonera skulle bli exklusiv underleverantör till GothNet.

Det aktuella förfarandet utgör inte ett avtal eller samordnat förfarande och ett eventuellt samarbete har inte haft till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen.

GothNet hade före anbudslämnandet inte någon kunskap om TeliaSoneras planer för ett eventuellt eget anbud i upphandlingen.

Först efter det att upphandlingskontraktet hade tilldelats GothNet, ingick GothNet ett underleverantörsavtal med TeliaSonera.

GothNet är inte att betrakta som ett företag i konkurrenslagens mening.

GothNet vitsordar att den relevanta marknaden är marknaden för fasta datakommunikationstjänster till slutkund i Sverige.

Det bestrids att förfarandet kan påverka handeln mellan medlemstater i EU.

Om det har förekommit kontakter med konkurrensbegränsande syfte eller resultat är förutsättningarna för undantag uppfyllda. Kontakterna var en nödvändig förutsättning för att GothNet skulle kunna lämna anbud i upphandlingen och sedermera leverera i enlighet med upphandlingskontraktet. Kontakterna möjliggjorde GothNets anbud vilket stärkte konkurrensen i upphandlingen. Göteborgs Stad fick del av dessa fördelar genom ett lägre anbudspris till följd av att konkurrensen i upphandlingen var tillräckligt stark.

För det fall rätten skulle anse att GothNet överträtt konkurrenslagens förbud, så ska en eventuell överträdelse anses som ringa varvid ingen konkurrensskadeavgift skall utdömas. Alternativt skall avgiften beräknas annorlunda än vad Konkurrensverket föreslagit. Det yrkade beloppet är felaktigt beräknat och står inte i proportion till den påstådda överträdelsen. En eventuell avgift skall för GothNets del under inga omständigheter överstiga 1 400 000 kr.

TeliaSonera

Det bestrids att TeliaSonera uppsåtligt eller av oaktsamhet överträtt förbuden i 2 kap. 1 § konkurrenslagen och artikel 101 EUF-fördraget.

TeliaSonera har självständigt fattat ett beslut att inte lägga ett anbud i Göteborgs Stads upphandling av datakommunikationer år 2009. Detta beslut fattades mot bakgrund av att TeliaSonera inte kunde lägga ett konkurrenskraftigt anbud i upphandlingen pga. kommersiella och tekniska skäl.

GothNet kunde inte självt leverera kopparförbindelser och har fattat ett självständigt beslut att i första hand använda en underleverantör.

En överenskommelse om en underleverantörsroll hade inte träffats den 25 augusti 2009.

Det bestrids att den relevanta marknaden är marknaden för fasta datakommunikationstjänster till slutkund i Sverige.

Det bestrids att förfarandet kan påverka handeln mellan medlemstater i EU och att överträdelsen inte kan anses som ringa.

Konkurrensverkets talan bygger på en ny tolkning av de aktuella förbuden. En eventuell överträdelse har inte skett av uppsåt eller oaktsamhet varför en konkurrensskadeavgift inte ska utgå.

Om konkurrensskadeavgift ska utgå ska den sättas ned till ett symboliskt belopp.

UTVECKLING AV TALAN

Konkurrensverkets utveckling av talan

Allmänt om marknaden

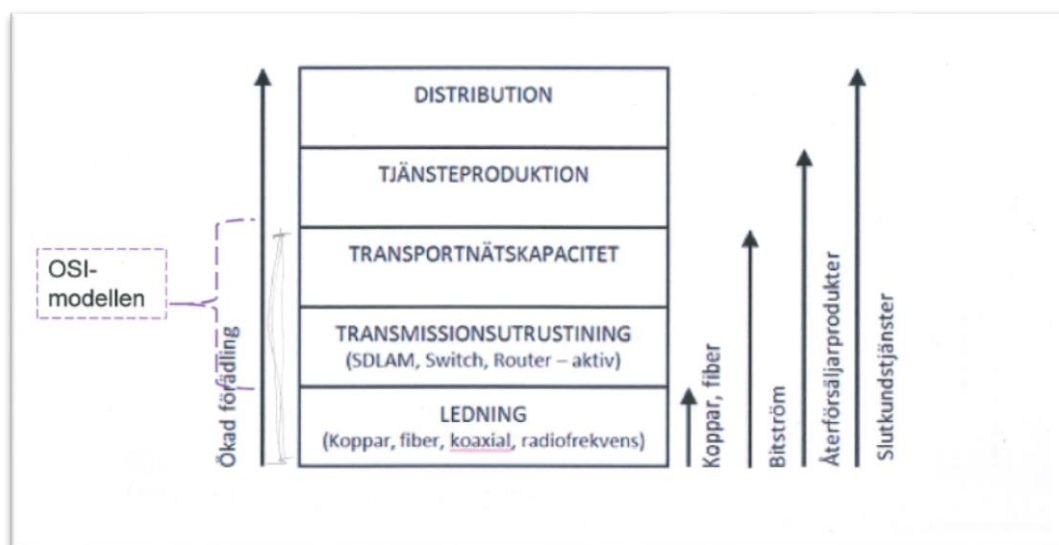
Upphandlingen omfattade fasta datakommunikationsförbindelser i Göteborgs Stad för stadsnätet. Den produkt som Göteborgs Stad efterfrågade baserades i grunden på koppar- och fiberledningar. Den tjänst som upphandlades var inte en internettjänst. Det rörde sig snarare om tillgängliggörande av kapacitet som Göteborgs Stad sedan kunde använda för att kommunicera data i sitt nät.

Utöver datakommunikationsförbindelser efterfrågades även tjänster som var knutna till förbindelserna, till exempel service och support. Göteborgs Stad var slutkund i fråga om tjänsterna i den bemärkelse att staden avsåg använda tjänsterna som de köpte. Göteborgs Stad skulle alltså inte vidareförsälja tjänsterna.

För att beskriva den aktuella marknaden har Konkurrensverket utgått från Post- och telestyrelsens (PTS) utkast till beslut om fastställande av företag med betydande infly-

tande på marknaden från år 2010 (PTS beslutsutkast) och PTS beslut om betydande marknadsinflytande (SMP-beslutet) samma år, vilket reglerar marknaden för nätinfrastrukturtillträde.

Försäljning av datakommunikationstjänster till slutkunder kan ske över olika typer av infrastruktur, exempelvis koppar- och fiberförbindelser samt radiolänk. För att kunna erbjuda datakommunikation behöver nätinfrastrukturen förädlas. Av PTS beslutsutkast från år 2010 framgår bl.a. följande bild som beskriver nätinfrastrukturens förädlingskedja.



Figur 1: Förädlingskedjan för datakommunikation

TeliaSonera utgår i sitt svaromål från nivå 1–3 i OSI-modellen. Dessa nivåer motsvarar i princip förädlingsgraderna ”transmissionsutrustning” och ”transportnätsskapacitet” i den modell som Konkurrensverket använder. Till skillnad från OSI-modellen omfattar Konkurrensverkets beskrivningsmodell även den grundläggande infrastrukturen i form av olika typer av ledningar.

Förädlingskedjan medger att operatörer kan producera elektroniska kommunikationstjänster på olika sätt. Det kan ske dels genom att operatören själv äger ett nät eller etablerar ett nytt nät, dels genom att operatören får tillträde till andra nätägares nät och utrustning.

Fasta datakommunikationstjänster till slutkund kan omfatta flera förädlingsnivåer. Slutkundens specifika efterfrågan beror på hur mycket av tjänsten som kunden är beredd att förädla själv. När slutkunden fått tillgång till den fasta datakommunikationstjänsten är det exempelvis möjligt för kunden att köpa olika internetjänster av andra operatörer på marknaden.

Det är normalt sett dyrt att anlägga nätinфраstruktur. Grävkostnaderna är betydande och anläggandet av kanalisation och ledningar är därför den mest kostnadskrävande delen av fiberanläggningen. På grund av kostnadsstrukturen finns det färre aktörer i de minst förädlade leden av kedjan än i de mer förädlade leden. Det är vanligt att aktörer som levererar tjänster via till exempel koppar- och fibernät är konkurrenter på olika nivåer i förädlingskedjan.

Det är också vanligt att aktörer ibland agerar som huvudleverantör och ibland som underleverantör av fasta datakommunikationstjänster.

Förutsättningarna i Göteborgs Stads upphandling år 2009

TeliaSonera-koncernen äger genom Skanova ledningar i form av koppar och fiber. Under år 2009 hade TeliaSonera tillgång till koncernens kopparnät liksom visst utbyggt fibernät. Även GothNet var innehavare av ett väl utbyggt fibernät eftersom bolaget under flera år levererat tjänster till Göteborgs Stad.

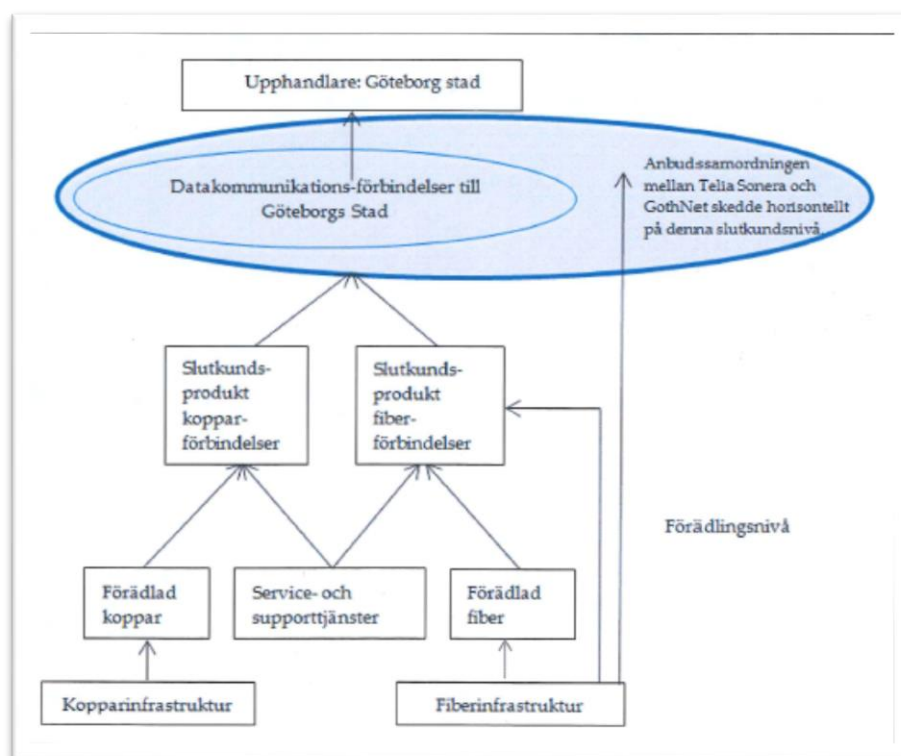
Ägare till befintliga koppar- och fibernät, exempelvis TeliaSonera AB genom dotterbolag och GothNet, hade mycket goda förutsättningar jämfört med andra operatörer att genomföra investeringar i sina nät bl.a. eftersom de oftast innehade ledningsrätter. Till

skillnad från i många andra delar av landet kan det även finnas kommersiella förutsättningar för parallelltablering av nätinфраstruktur i delar av storstadsområdena.

Skanova lanserade år 2009 ”Skanova Fiber 2009” som var en rikstäckande svartfiber-tjänst. Den erbjöds i 100 orter i Sverige. För TeliaSonera AB fanns det sedan den 24 november 2004 en reglerad skyldighet att tillhandahålla tillträde till bolagets kopparnät för andra operatörer. TeliaSonera-koncernen agerade genom sina olika bolag i förädlingskedjans alla led.

Vid tiden för upphandlingen agerade GothNet i förädlingskedjans alla led på fibersidan i Göteborgsområdet. GothNet tillhandahöll även fiber på olika förädlingsnivåer till konkurrenter. Både TeliaSonera och GothNet tillhandahöll år 2009 fasta datakommunikationstjänster till slutkund.

Nedanstående bild visar förenklat de förädlingsnivåer som var aktuella vid upphandlingen år 2009. I bilden återges en förenklad vertikal marknadsgruppering för att visa de förhållanden som rådde inför Göteborg Stads upphandling år 2009. Göteborgs Stads upphandling omfattade fasta datakommunikationstjänster som var beroende av både koppar- och fiberförbindelser för att få full täckning.



Figur 2: Vertikala affärsrelationer i upphandlingen

TeliaSonera-koncernen och GothNet hade alltså tillgång till utbredd infrastruktur i Göteborg. Detta skulle kunna leda tanken till att det endast var GothNet och TeliaSonera som kunde lämna anbud i upphandlingen år 2009. Så var emellertid inte fallet. Den illustrerade marknaden visar nämligen att olika leverantörer kunde gå in i marknaden på olika nivåer.

För att leverera datakommunikationstjänster i Göteborg var anbudsgivarna beroende av andra aktörer på marknaden som i varierande grad hade förädlat infrastrukturen. Alla leverantörer var alltså beroende av TeliaSonera-koncernen, GothNet eller andra aktörer på marknaden.

Varje anbudsgivare i upphandlingen var beroende av att hyra mer eller mindre förädlad koppartillträde av TeliaSonera-koncernen.

TeliaSonera-koncernen och GothNet var de bolag som främst hade möjlighet att vara underleverantörer beträffande oförädlade koppar- respektive fibernät. De kunde alltså vara underleverantörer till övriga nationellt och lokalt verksamma aktörer som ville lämna anbud i upphandlingen.

Ett centralt villkor i upphandlingen var att endast anbud på hela den efterfrågade volymen skulle accepteras. Anbudsgivare var därför tvungna att leverera och ansvara för tjänster som baserades både på koppar- och på fibernät. Om Göteborg Stad hade accepterat anbud på delar av förfrågningsunderlaget hade istället det sista steget i förädlingskedjan ovan kunnat tillgodoses av flera olika anbudsgivare som var för sig levererade olika delar i anbudet.

Potentiella anbudsgivare i denna upphandling behövde leverera alla de produkter och tjänster som ingick i förfrågningsunderlaget. Eftersom den kapacitet som skulle levereras enligt förfrågningsunderlaget gick att hyra på olika förädlingsnivåer fanns inga krav på egen kapacitet eller direkt fysisk närvaro i Göteborg hos potentiella anbudsgivare för att kunna leverera slutkundsprodukten. Det enda som i praktiken behövdes för den som skulle lägga anbud i upphandlingen i Göteborg var ett underleverantörsavtal med annan aktör.

Den relevanta produktmarknaden

År 2009 fanns olika etablerade infrastrukturer. Kopparnätet var den mest utbredda infrastrukturen. Fiberbaserade anslutningar växte snabbt och utgjorde även en allt större del av de fasta bredbandsabonnemangen. Detta berodde på slutanvändarnas stigande krav på kapacitet och kvalitet på anslutningen. Mobilt bredband hade vuxit kraftigt, men användes främst som ett komplement och inte ett substitut till de fasta lösningarna som vid tidpunkten oftast erbjöd högre kapacitet. Mobilt bredband var enbart i begränsad utsträckning substituerbart med andra bredbandstjänster vid tidpunkten för upphandlingen. Detta framgår av SMP-beslutet.

Endast tillträde till koppar- respektive fiberbaserad infrastruktur hade vid tidpunkten de egenskaper som behövdes för att grossistkunden i sin tur skulle kunna leverera bredbandstjänster på ett effektivt sätt. Övriga typer av infrastruktur, exempelvis kabel och radio, bedömdes sakna de egenskaper som en grossistkund typiskt sett efterfrågade. Små men varaktiga prishöjningar på koppar- eller fiberinfrastruktur skulle inte innebära att grossistkunder bytte till andra typer av infrastruktur.

Även om de olika anslutningsformerna fyllde basbehoven hos slutanvändarna var skillnaderna viktiga. Fiber är exempelvis den enda anslutningsform som kan ge riktigt höga hastigheter och är således särskilt betydelsefull i fråga om kapacitetskrävande tjänster. Det var dessa tjänster som slutkunderna främst efterfrågade. Aktörerna på marknaden kunde erbjuda lösningar på olika förädlingsnivåer, från grundläggande infrastruktur till mycket förädlade tjänster. Kunderna på slutkundsmarknaden för fasta datakommunikationstjänster efterfrågade alltså i princip uteslutande tillträde till koppar- och fiberinfrastruktur i varierande förädlingsgrader.

Överträdelsen ägde således rum på produktmarknaden för fasta datakommunikationstjänster till slutkunder. Med slutkund avses exempelvis företag samt statlig, kommunal och annan offentlig verksamhet. Tjänsterna kan bestå av olika IP-VPN-lösningar, förbindelsekapacitet mellan fasta nätanslutningspunkter, och andra typer av nätverkstjänster. I tjänsterna ingår inte försäljning av internetjänster.

Även om andra tekniska lösningar kan användas för att leverera datakommunikationstjänster till slutkund kan marknaden i detta fall definieras som fasta datakommunikationstjänster till slutkund eftersom det endast var de fasta koppar- och fiberförbindelserna som uppfyllde de krav som Göteborgs stad efterfrågade.

Den relevanta geografiska marknaden

Av Post- och telestyrelsens beslut av den 24 maj 2010 om marknaden för infrastruktur-tillträde (SMP-beslutet) framgår att endast tillträde till koppar- respektive fiberbaserad

infrastruktur gav grossistkunden ett tillträde med de kärnegenskaper som karakteriserar nätinfrastrukturtillträde. Koppar och fiber uppfyllde de krav som ställdes för att leverans av bredbandstjänster skulle kunna ske på ett effektivt sätt.

Vid tidpunkten för Göteborgs Stads upphandling år 2009 var tillträde till Skanovas kopparinfrastruktur nationellt reglerad genom beslut av PTS. Detta innebar att likartade konkurrensförutsättningar gällde för tillträde till kopparaccesser över hela landet.

Skanova erbjöd sedan mars 2009 fiberinfrastruktur genom produkten ”Skanova Fiber 2009” i 100 orter i Sverige. Produkten erbjöds till fasta priser inom definierade fibermarknadsområden. Priset var detsamma oavsett var i landet man hyrde fiber.

I SMP-beslutet konstaterade PTS att det fanns vissa variationer i utbud av fiberinfrastruktur inom olika delar av Sverige. Koppar- och fiberinfrastrukturer ansågs vara utbytbara i sådan utsträckning att variationen i utbudet av fiberinfrastruktur inte avsevärt kunde påverka konkurrenssituationen på marknaden för tillträde till nätinfrastruktur. PTS menade att det inte var fråga om olika marknader enbart på grund av att antalet leverantörer varierade i landet. En alternativ leverantör av fiberaccesser bedömdes exempelvis inte ha någon större påverkan på konkurrensen inom ett område. Därför ansåg PTS att marknaden för nätinfrastrukturtillträde var nationell. Konkurrensverket gör samma bedömning som PTS i denna fråga.

Tillträde till koppar- respektive fiberbaserad infrastruktur krävs för datakommunikationstjänster. Utbudet av koppar- och fibertjänster var nationellt vilket sammantaget innebar att marknaden för nätinfrastrukturtillträde var nationell.

Det finns enligt Konkurrensverket flera faktorer som talar för att mer förädlade tjänster ingår i den nationella marknaden. Leverantörer av fasta datakommunikationstjänster till slutkund har vanligtvis nationella strategier. En faktor som bidrar till detta är att en viktig del av köparna på marknaden består av stora företag med geografisk spridning. Dessa företag söker samma datakommunikationslösning för alla sina enheter. Det kan

exempelvis vara företag med verksamhetsplatser i flera orter eller affärskedjor som vill ha enhetlig lösning för att kommunicera inom företaget. För att kunna få dessa större företag som kunder måste en operatör kunna sälja enhetliga lösningar för hela landet.

Även bredbandsoperatörer väljer ofta nationella strategier och enhetliga slutkundspriser, trots att kostnaderna för att leverera nättjänster varierar i olika delar av landet. Det innebär att leverantörer av datakommunikationstjänster behöver nationella strategier. Bredbandstjänster tillhandahålls alltså över datakommunikationsförbindelser som ingår i den relevanta produktmarknaden. Det talar starkt för att även marknaden för fasta datakommunikationstjänster till slutkund är nationell. Väsentliga lokala skillnader i konkurrensförhållanden på den marknaden borde annars ha återspeglats på marknaden för bredbandstjänster.

Den geografiska bundenheten för en leverantör av datakommunikationstjänster blir mindre viktig ju mer förädlad datakommunikationstjänsten är. Aktörer har möjlighet att köpa tillträde till infrastruktur på olika förädlingsnivåer för att kunna erbjuda slutkundstjänster. Detta skapar förutsättningar för företag som erbjuder den relevanta produkten att vara aktiva över hela Sverige.

För att kunna lämna anbud i Göteborgs Stads upphandling var det inte nödvändigt att ha egen infrastruktur i Göteborg. Potentiella anbudsgivare kunde hyra in sig i befintlig infrastruktur.

Sammanfattningsvis kan alltså sägas att grossistmarknaden för nätinfrastrukturtillträde är nationell. Slutkundsmarknaden för datakommunikationstjänster präglas av en nationell efterfrågestruktur och utbudsstruktur vilket gör att Konkurrensverket gör bedömningen att även den marknaden bör avgränsas nationellt i detta mål.

Den totala omsättningen på marknaden för datakommunikationstjänster till slutkund i Sverige uppgick till nästan 4,6 miljarder kr år 2009. TeliaSoneras marknadsandel på

den relevanta marknaden var 36 procent och att GothNets marknadsandel var 1,7 procent.

Företagen är konkurrenter

Både TeliaSonera och GothNet tillhandahöll fasta datakommunikationstjänster till slutkunder vid tiden för upphandlingen. Båda bolagen hade omfattande nätinфраstruktur och var etablerade aktörer. Enligt uppgift från GothNet fanns 1 370 adresser i förfrågningsunderlaget år 2005, varav GothNet fanns på ungefär 220 stycken. År 2009 fanns 1 360 adresser i förfrågningsunderlaget, varav GothNet fanns på ungefär 500 stycken. Skanova hade de 795 kopparförbindelser som fanns i förfrågningsunderlaget, vilka det fanns möjlighet till avrop för konvertering till fiber för.

Både GothNet och TeliaSonera-koncernen, genom Skanova, hade väl utbredda nät och goda förutsättningar för att lämna anbud. Både GothNet och TeliaSonera Sverige agerade i förädlingskedjans alla led. Både TeliaSonera och GothNet deltog i Göteborgs Stads upphandling år 2004 och hade tidigare levererat fasta datakommunikationstjänster till Göteborgs Stad.

Upphandlingsbolaget förväntade sig att TeliaSonera skulle lämna anbud i upphandlingen. Även GothNet förväntade sig från början att TeliaSonera skulle lämna anbud. Annars hade GothNet inte ansett det vara nödvändigt att få en försäkran från TeliaSonera om att företaget inte skulle lämna anbud. Informationen från TeliaSonera var värdefull för GothNet i dess strategiska överväganden inför anbudslämnandet.

GothNet har uppgett att företaget förväntade sig i vart fall tre till fem konkurrerande anbud i upphandlingen. Utöver anbud från TeliaSonera förväntade sig GothNet anbud från Telenor Sverige AB och TDC samt eventuellt från DGC och Net at Once. Även DGC och Net at Once har angett att TeliaSonera var en förväntad konkurrent i upphandlingen.

GothNet var TeliaSoneras främsta konkurrent inför den aktuella upphandlingen. Dessutom kom TeliaSonera i ett senare skede att leverera tjänster som exklusiv underleverantör till GothNet i ett omfattande underleverantörsavtal vars uppskattade värde var 35 miljoner kr under GothNets avtal med Göteborgs Stad. Det visar att företaget hade kapacitet och alltså kunde ha lagt anbud i upphandlingen.

Vad TeliaSonera har för interna strategier kring en upphandling och förutsättningarna i den är irrelevant för bedömningen om de är att anse som konkurrenter. I upphandlingar av fasta datakommunikationstjänster är det inte ovanligt att företag initierar kontakter med konkurrerande företag om underleveranser och för egen räkning avger anbud.

Samma företag kan agera på olika nivåer i förädlingskedjans alla led. Att ett företag inte kan leverera samtliga delar i en upphandling utan är beroende av underleverantörer för att kunna tillhandahålla alla nödvändiga insatsvaror innebär inte att företaget inte är en konkurrent i upphandlingen. I upphandlingen år 2004 hade både TeliaSonera och GothNet lämnat anbud på hela den efterfrågade volymen, trots att det även då krävdes underleverantörer för att kunna leverera hela den upphandlade volymen. Även för DGC och Net at Once, som utöver GothNet deltog i den aktuella upphandlingen, var det nödvändigt med underleverantörsförhållanden för nödvändiga insatsvaror. Konkurrensverket kan också konstatera att Net at Once och DGC lade ner tid och resurser på att svara på ett omfattande förfrågningsunderlag, vilket visar att de bedömde det som möjligt att vinna upphandlingen.

Både GothNet och TeliaSonera var alltså faktiska eller potentiella konkurrenter i upphandlingen. DGC och Net at Once var faktiska konkurrenter i upphandlingen och uppenbarligen var även TDC och Telenor i vart fall potentiella konkurrenter.

TeliaSonera har inväntat att det rör sig om en ovanlig lösning som TeliaSonera saknade kapacitet att tillhandahålla. Konkurrenterna å andra sidan ansåg inte att det var fråga om några särskilt komplicerade tjänster eller svåra krav i upphandlingen. Det står klart

att både GothNet och TeliaSonera hade kapacitet att lämna slutliga anbud till Göteborgs Stad.

Samarbetet inför upphandlingen

Upphandlingsbolaget annonserade upphandlingen den 15 juni 2009. I samband med att ansvariga på TeliaSonera läst förfrågningsunderlaget fattade TeliaSonera ett beslut om att inte lämna anbud. TeliaSonera bedömde att företaget behövde göra investeringar i fibernät och vara billigare än GothNet för att ha en chans att vinna. TeliaSonera ville inte heller riskera underleverantörsrelationen med GothNet.

TeliaSonera begärde aldrig någon offert från Skanova avseende leverans av fiber inför upphandlingen. Någon utredning kring vilka konkreta möjligheter TeliaSonera hade att lägga anbud gjordes inte. TeliaSonera kunde dock utan problem producera samtliga kopparbaserade accesser som ingick i upphandlingen. TeliaSonera hade även möjlighet att nyanlägga fiber till ett antal adresser.

I samband med annonseringen inleddes kontakter om en underleverantörsrelation mellan GothNet och TeliaSonera. TeliaSonera, som bestämt sig för att inte delta i upphandlingen, försökte få hela underleverantörsavtalet istället.

Ansvarige för säljverksamheten inom TeliaSonera, H.C. kände sig tvungen att tala om för GothNets verkställande direktör M.D. att TeliaSonera inte skulle lägga något anbud eftersom de hade en pågående affärsrelation. Av utredningen framgår att M.D. tyckte att det lät bra, men ville ha en avsiktsförklaring, ett s.k. letter of intent, av TeliaSonera för att vara säker på att TeliaSonera inte skulle lämna in anbud.

Kontakter inleddes mellan företrädare för företagen den 15 juni 2009. Parterna diskuterade rollfördelningen och samarbetet inför upphandlingen. Genom kontakterna kom företagen överens om formerna för sitt samarbete. Överenskommelsen dokumentera-

des skriftligen i en avsiktsförklaring och ett samarbetsavtal som utväxlades mellan bolagen under sommaren. Dagen före sista anbudsdagen utbytte bolagen den senaste versionen av samarbetsavtalet.

Den 25 augusti 2009 lämnade GothNet in anbudet till Göteborgs Stad. TeliaSonera lämnade inte in något anbud. Den 12 oktober tilldelades GothNet kontraktet med Göteborgs Stad. Därefter undertecknade GothNet och TeliaSonera underleverantörsavtalet.

Konkurrensverket påstår inte att den samverkan mellan GothNet och TeliaSonera, som bestod i att förhandla och sedermera ingå ett underleveransavtal, var i strid med konkurrenslagen. Målet gäller ett avtal mellan konkurrenter på horisontell nivå. Den utväxlade informationen avser ett förhållande av betydelse för konkurrenstrycket i anbudsprocessen för den aktuella upphandlingen. Målet avser inte de olika vertikala avtalsförhållanden som också har aktualiserats mellan operatörerna på marknaden.

Det första utkastet till avsiktsförklaring togs fram den 29 juni 2009 av TeliaSonera. Utkastet skickades till GothNet den 30 juni 2009. Utkastet skickades av H.S. till M.D. H.C. på TeliaSonera var inkopierad i mejlet.

Den 1 juli 2009 skickade Mats Devert tillbaka utkastet till TeliaSonera med förslag om några ändringar. I ett e-postmeddelande drygt en timme senare översände H.S. utkastet på avsiktsförklaring till P.G. som var bolagsjurist på TeliaSonera, med en fråga om ändringarna från GothNet var godtagbara. Senare samma dag skickade H.C. tillbaka utkastet till M.D. och skrev: *"En liten korr, annars ok"*.

I den version av avsiktsförklaringen som skickades av M.D. den 1 juli 2009 gjordes ett tillägg med följande lydelse *"Telia skall leverera Tjänsterna i egenskap av underleverantör till GothNet som åtar sig att inlämna anbudet till Göteborgs Stads Upphandlings AB"*.

GothNet ville ”*känna TeliaSonera Sverige på pulsen*” genom att föreslå att TeliaSonera skulle åta sig dels att inte avge ett eget anbud samt att informera Göteborgs Stad om detta, dels att inte vara underleverantör på samma sätt till annan. GothNet uppfattade avsiktsförklaringen som en ”rollbestämning”, dvs. att GothNet skulle lämna in anbud och att TeliaSonera skulle vara underleverantör.

Avsiktsförklaringen skrevs aldrig under. Däremot hänvisas till avsiktsförklaringen senare i utkastet till samarbetsavtal. GothNet nöjde sig inte med avsiktsförklaringen. Efter viss tid skickade därför GothNet ett nytt utkast till avtal, benämnt samarbetsavtal. TeliaSonera uppfattade detta som att GothNet ville försäkra sig om att TeliaSonera inte skulle lämna anbud i upphandlingen och att avsiktsförklaringen inte räckte. Att ett utkast till samarbetsavtal togs fram berodde också på att GothNet ville ha en ytterligare försäkring om att TeliaSonera skulle avstå från att lämna anbud i upphandlingen.

Utkastet till samarbetsavtal togs fram av GothNets juridiska ombud den 11 augusti 2009. GothNet stod för utformningen av avtalet. Utkastet skickades till TeliaSonera för synpunkter den 21 augusti 2009. Olika versioner av avtalet utväxlades mellan parterna till och med den 24 augusti 2009.

Enligt TeliaSonera och GothNet skrevs inte samarbetsavtalet under. Det är dock tydligt att parterna hade en gemensam vilja om rollfördelningen inför och under upphandlingen. TeliaSonera hänvisade vid ett senare tillfälle till samarbetsavtalet i ett dokument benämnt ”*Bekräftelse beställning Projektledning*” daterad 13 oktober 2009. Där anges att bifogat avtal för beställning var ”*GothNet Samarbetsavtal Rev per 090824*”. TeliaSonera tycks alltså också ha uppfattat samarbetsavtalet som en gällande överenskommelse mellan parterna.

Av den första punkten i samarbetsavtalet anges att det ska ersätta avsiktsförklaringen. Av andra punkten i samarbetsavtalet framgår följande: ”*GothNet åtar sig att lämna in anbud i Upphandlingen med Telia som exklusiv underleverantör beträffande koppar-*

förbindelser och övriga förbindelser som Gothnet ej levererar på egen infrastruktur under förutsättning att Telia förser GothNet med allt erforderligt anbudsunderlag som ligger inom Telias område i egenskap av underleverantör.”

Enligt samarbetsavtalet skulle alltså GothNet åta sig att lämna in anbud i upphandlingen med TeliaSonera som exklusiv underleverantör beträffande sådana förbindelser som GothNet inte själva kunde leverera på egen infrastruktur.

Det framgår också av andra punkten i samarbetsavtalet att GothNet åtar sig att inte lämna anbud med annan underleverantör än TeliaSonera enligt följande: ”*GothNet åtar sig att ej lämna anbud i upphandlingen med annan underleverantör beträffande de i denna punkt angivna förbindelserna än Telia*”.

Det framgick således tydligt av samarbetsavtalet att GothNet skulle lämna in anbud och att TeliaSonera inte skulle göra det. Det framgick också att TeliaSonera skulle vara exklusiv underleverantör beträffande kopparförbindelser och övriga förbindelser som GothNet inte levererade genom egen infrastruktur.

Skrivningarna i samarbetsavtalet visar att det var fråga om en överenskommelse mellan svarandebolagen som bl.a. innebar att TeliaSonera som motprestation för att företaget förband sig att inte lämna anbud i upphandlingen tillförsäkrades rätten att vara exklusiv underleverantör åt GothNet för de förbindelser som GothNet inte levererade genom egen infrastruktur.

Enligt TeliaSonera och GothNet skrevs inte heller samarbetsavtalet under. Däremot skickade TeliaSonera över avtalet till GothNet för underskrift den 24 augusti 2009, dvs. dagen före sista anbudsdagen.

Det finns olika förklaringar till att samarbetsavtalet inte skrevs under. En är att avtalet inte blev helt klart och därför inte skrevs på – det bara ”dog ut”. GothNet ansåg dock att parterna var helt överens om villkoren i samarbetsavtalet. Däremot var man inte

överens om alla detaljer i villkoren i underleverantörsavtalet, t.ex. priserna. Det var därför inte läge att skriva under samarbetsavtalet.

Parterna följde syftet med samarbetsavtalet. GothNet lämnade ensam in anbud i upphandlingen med TeliaSonera som exklusiv underleverantör. TeliaSonera följde samarbetsavtalet och lämnade inte in något anbud i upphandlingen. Så småningom blev också TeliaSonera exklusiv underleverantör till GothNet när man enats om samtliga leveransvillkor.

Samarbetet är inte förenligt med konkurrenslagen

TeliaSonera och GothNets samarbete står i strid med förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete i 2 kap. 1 § konkurrenslagen.

Företagskriteriet

TeliaSonera och GothNet driver verksamhet av ekonomisk och kommersiell natur och uppfyller därmed företagskriteriet i konkurrenslagen.

GothNet har gjort gällande att företaget levererar tjänster till Göteborgs Stad och att detta är en transaktion inom samma ekonomiska enhet. Av utdrag från GothNets hemsida samt GothNets årsredovisningar är det dock tydligt att GothNet vänder sig till operatörer, företag och fastighetsägare verksamma i Göteborgsregionen. I upphandlingen har GothNet lämnat anbud i konkurrens med andra kommersiella aktörer. Anbudet har lämnats efter affärsmässiga överväganden och Göteborgs Stad har gynnats av en vass konkurrenssituation. GothNets invändning kan därför inte godtas.

Avtalskriteriet

Begreppet avtal i 2 kap. 1 § konkurrenslagen och 101 FEUF har en vidsträckt innebörd. För att kriteriet ska vara uppfyllt räcker det med att det finns en gemensam vilja mellan parterna och samstämmiga önskemål om att begränsa konkurrensen. Uttrycksformen har inte någon betydelse.

TeliaSonera och GothNet har ingått ett avtal i konkurrensrättslig bemärkelse. Bolagen förde avtalsdiskussioner från att upphandlingen annonserades till dagen före sista anbudsdagen. TeliaSonera berättade således både muntligen och skriftligen tidigt för GothNet att man inte avsåg att lämna anbud. TeliaSonera och GothNet upprättade en avsiktsförklaring och ett utkast till samarbetsavtal som utbyttes mellan parterna.

I utväxlingen förekom kommentarer och det gjordes några ändringar, men själva överenskommelsen ändrades inte i den del den avsåg parternas samstämmiga önskemål om att TeliaSonera inte skulle lämna anbud, att GothNet skulle det, samt överenskommelsen om det exklusiva underleverantörsavtalet. Detta för att det var ett tydligt uttryck för parternas gemensamma vilja.

Det är tydligt att syftet med avsiktsförklaringen var att ge uttryck för företagens gemensamma avsikt att TeliaSonera inte skulle lämna eget anbud i upphandlingen och att samtidigt förhandla fram ett exklusivt underleverantörsavtal. Av avsiktsförklaringen framgår att företagens respektive roller redan vid denna tidpunkt var bestämda. GothNet åtog sig att lämna anbud i upphandlingen och TeliaSonera avstod mot löftet att bli exklusiv underleverantör.

Det sista utkastet till samarbetsavtal skickades av TeliaSonera den 24 augusti 2009. H.C. på TeliaSonera bad M.D. att skriva ut två exemplar som skulle skrivas på under dagen. Vid denna tidpunkt var det klart för svarandebolagen att Telia-Sonera inte skulle lämna anbud dagen därpå och att GothNet skulle det.

Även om underleverantörsavtalet skrevs under långt senare bör TeliaSonera ha kunnat hänvisa till utkastet till samarbetsavtal och sitt agerande för att visa att de uppfyllt sin del och att GothNet nu skulle uppfylla sin del av avtalet.

Informationsutbytet som ägde rum mellan svarandebolagen utgör också ett samordnat förfarande. Det är uppenbart att TeliaSonera informerade GothNet om att TeliaSonera inte avsåg att lämna anbud. GothNet har accepterat informationen. Inget av bolagen har tagit avstånd från den information som har utväxlats. Båda företagen har fortsatt att vara aktiva på marknaden. GothNet har lämnat anbud till Göteborgs Stad och TeliaSonera som avstod från att lämna anbud fick istället ett omfattande exklusivt underleverantörsavtal.

Informationsutbytet ingår i den överträdelse som innebär att svarandebolagen kommit överens/varit i samförstånd om att TeliaSonera inte skulle lämna anbud i upphandlingen, att GothNet skulle lämna anbud i upphandlingen och att TeliaSonera skulle få rätt att agera underleverantör till GothNet för det fall GothNet vann upphandlingen. Avsiktsförklaringen och samarbetsavtalet har skrivits med vetskap om att TeliaSonera inte avsåg att lämna anbud i upphandlingen. Den informationen måste därmed ha utbytt före det att utkastet till avsiktsförklaring togs fram i slutet på juni 2009.

Informationsutbytet var en förutsättning för svarandebolagens överenskommelse. Om inte informationsutbytet hade ägt rum mellan svarandebolagen skulle överenskommelsen om svarandebolagens rollfördelning i upphandlingen såsom den reglerades i avsiktsförklaringen och samarbetsavtalet inte ha ingåtts. När TeliaSonera lämnat informationen och parterna kommit överens på sätt som skett kunde GothNet lämna anbud med vetskap om att TeliaSonera inte skulle lägga anbud i upphandlingen. Dessa båda delar av överträdelsen är därmed nära sammankopplade till varandra och ska bedömas som en del av samma överträdelse. Det finns därför enligt Konkurrensverkets uppfattning inte anledning att separera informationsutbytet från vad som övrigt förevarit mellan parterna i detta mål.

Konkurrensverket anser att även informationsutbytet i sig utgör ett samordnat förfarande.

Konkurrensbegränsande syfte

Avtalet mellan TeliaSonera och GothNet hade ett konkurrensbegränsande syfte. TeliaSonera underrättade GothNet om att bolaget inte avsåg att lämna anbud. Det innebär att TeliaSonera informerade GothNet om hur bolaget avsåg att agera i framtiden. TeliaSonera gav alltså GothNet strategisk information som GothNet kunde använda. TeliaSonera och GothNet hade därefter muntliga och skriftliga kontakter om en rollfördelning i upphandlingen.

Anbudssamarbetet syftade till att båda svarandebolagen skulle komma väl ut i upphandlingen. Bolagen kringgick alltså huvudsyftet med upphandlingen; att upphandlaren ska få svar från ett antal från varandra fristående anbudsgivare som konkurrerar med varandra.

Syftet med att ingå överenskommelsen om en rollfördelning var att begränsa konkurrensen. GothNet fick bort sin vassaste konkurrent. TeliaSonera ville tillförsäkra sig en ordentlig del av kakan – ett bra exklusivt underleverantörsavtal. Syftet var helt enkelt att dela upp marknaden och att bli leverantör respektive underleverantör.

Det sammanhang som rådde vid överenskommelsen var följande. GothNet och TeliaSonera var betydelsefulla konkurrenter i upphandlingen. Upphandlingen var viktig för GothNet eftersom Göteborgs Stad var GothNets största kund. TeliaSonera hade möjlighet att lägga ett eget anbud i upphandlingen i Göteborgs Stad, men fattade beslutet att inte lämna ett anbud. Det fanns givetvis ingen skyldighet för TeliaSonera att lämna anbud. TeliaSonera var däremot inte fria att underrätta någon konkurrent om beslutet att inte lämna anbud.

TeliaSonera och GothNet är båda vertikalt integrerade bolag. För att kunna lämna anbud i Göteborgs Stads upphandling var konkurrenterna till dessa bolag i praktiken tvungna att ingå i en avtalsrelation med dessa i någon form för att få tillträde till koppar- respektive fibernätet.

Svarandebolagen hade också haft avtal med Göteborgs Stad efter den tidigare upphandlingen. Båda bolagen hade således bevisligen möjlighet att lämna anbud i den aktuella upphandlingen.

Avtal ingicks i ett faktiskt sammanhang där det fanns en risk att dessa vertikalt integrerade bolag hade ett informationsövertag jämfört med andra konkurrenter som levererade datakommunikationstjänster. Den ytterligare information som TeliaSonera, på begäran av GothNet lämnade, minskade osäkerheten väsentligt för GothNet.

Konkurrensbegränsande resultat

TeliaSonera var GothNets vassaste konkurrent i samband med upphandlingen i Göteborgs Stad. Utbytet av informationen ledde till att GothNet fick kännedom om TeliaSoneras marknadsstrategier.

Därefter ingick bolagen en överenskommelse om en rollfördelning i upphandlingen. GothNets strategiska osäkerhet om marknadens funktion minskade. TeliaSonera visste att om GothNet vinner upphandlingen kommer TeliaSonera vara tillförsäkrat ett viktigt exklusivt underleverantörsavtal. GothNet kunde anpassa sitt anbud därefter och incitamentet att konkurrera minskade. GothNet behövde inte pressa sitt anbud i samma utsträckning eftersom företaget visste att TeliaSonera inte skulle lämna anbud. Det faktum att GothNet insisterade på att TeliaSonera skulle åta sig att inte lämna anbud i samarbetsavtalet visar att GothNet fäste strategisk vikt vid detta förhållande.

Precis som TeliaSonera anför gav informationen GothNet ett bättre beslutsunderlag inför sitt beslut om vilka villkor som skulle erbjudas Göteborgs Stad. Avtalet fick till resultat att GothNet kunde utforma sitt anbud med vetskapen om att TeliaSonera inte skulle lägga anbud. GothNets anbud var alltså anpassat till situationen att TeliaSonera inte lade anbud. GothNet fullföljde och lade anbud med vetskapen om att TeliaSonera inte skulle lämna anbud.

Priserna för Göteborgs Stad blev genom svarandebolagens samarbete potentiellt högre. När företag samarbetar inför en upphandling blir kostnaden för den upphandlande enheten, och därmed för skattebetalarna, i regel högre. Anbudsgivare i en upphandling där kontrakt tilldelas företag med det lägsta budet, väljer bud genom att väga risken av att inte tilldelas kontraktet mot avtalets lönsamhet.

Ett lågt bud ökar sannolikheten för tilldelning men minskar avtalets lönsamhet. Ett högt bud ökar lönsamheten. Sannolikheten för tilldelning blir då lägre. Konkurrens i upphandlingar ger anbudsgivarna incitament att ge lägre bud eftersom konkurrensen också ökar sannolikheten för den enskilde anbudsgivaren att inte tilldelas kontraktet.

GothNet och TeliaSonera var överens om att TeliaSonera inte skulle lämna anbud i upphandlingen och att TeliaSonera skulle vara exklusiv underleverantör efter upphandlingen om GothNet vann. Därmed minskade konkurrensen i upphandlingen. TeliaSonera fortsatte agera på marknaden genom att förhandla om villkoren i underleverantörsavtalet med GothNet. TeliaSonera kunde anpassa sitt agerande eftersom företaget visste att företaget skulle vara exklusiv underleverantör till GothNet under upphandlingsperioden. Det är uppenbart att konkurrensen har försvagats genom förfarandet.

Märkbarhet

I första hand menar Konkurrensverket att förfarandet är en syftesöverträdelse. Märkbarhetskriteriet är därför uppfyllt redan av kvalitativa skäl. Resultatet av samarbetet var att GothNets strategiska osäkerhet minskade inför och under upphandlingen. Inci-

tamenten till konkurrens minskade. Ett avtal som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har ett konkurrensbegränsande syfte ska till sin natur, oavsett om det har något faktiskt resultat, anses utgöra en märkbar begränsning av konkurrensen. GothNet vann dessutom upphandlingen, vilket ytterligare förstärker konkurrensbegränsningens märkbarhet.

Samarbetet är även märkbart av kvantitativa skäl. Det handlar om ett anbudssamarbete som omfattade två stora aktörer på marknaden. Kontraktsvärdet var betydande. Telia-Sonera hade en hög marknadsandel på den relevanta marknaden, ca 36 procent. GothNet hade en mindre andel, ca 1,7 procent, men var en betydande aktör sett till värdet av de varor och tjänster som omfattas av överträdelsen samt dess konkurrenskraft i den specifika upphandlingen.

Sammantaget var samarbetet både kvalitativt och kvantitativt märkbart konkurrensbegränsande.

Samhandelskriteriet

Artikel 101 i EUF-fördraget ska tillämpas på avtal och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater på ett märkbart sätt.

Den relevanta geografiska marknaden i målet är nationell. Upphandlingen översteg tröskelvärdet och annonserades även inom EU:s databas TED i enlighet med EU:s upphandlingsdirektiv. Detta möjliggjorde för utländska aktörer att uppmärksamma upphandlingen och lägga anbud. Upphandlingen gällde ett affärskontrakt till ett betydande värde och båda parterna var betydande konkurrenter. Företag som är verksamma på marknaden för fasta datakommunikationstjänster till slutkund är ofta internationella.

De aktuella förfarandena bedöms mot denna bakgrund kunna påverka handeln mellan medlemsstater och förutsättningar finns för att tillämpa artikel 101 i EUF-fördraget.

Villkoren för undantag är inte uppfyllda

Konkurrensverket bestrider att det finns förutsättningar för undantag enligt 2 kap. 2 § konkurrenslagen. För det första rör det sig om en allvarlig överträdelse av konkurrensreglerna som har till syfte att begränsa konkurrensen och också har fått ett sådant resultat. Det är osannolikt att sådana allvarliga konkurrensbegränsningar uppfyller villkoren för undantag.

Konkurrensverket kan inte tydligt utläsa vad svarandebolagen anför för skäl för att förfarandet ska ha medfört en effektivitetsvinst. Effektivitetsvinsterna ska vara ett direkt resultat av det konkurrensbegränsande avtalet och effektivitetsvinsterna ska vara objektiva. Det är det inte fråga om i detta fall.

Om effektivitetsvinsten som påstås är att GothNet kunde lämna anbud i upphandlingen så hade det kunnat uppnås utan att det konkurrensbegränsande förfarandet hade ägt rum. Företagen hade kunnat förhandla om underleverantörsavtal utan att TeliaSonera skulle röja för GothNet att företaget inte skulle lämna anbud. Någon samordning för att uppnå detta var inte nödvändig.

Några konsumentvinster har inte heller uppstått på grund av TeliaSoneras och GothNets agerande. Tvärtom har företagens samarbete inför och under upphandlingen år 2009 inneburit att konkurrensen i upphandlingen minskade, vilket givetvis är till nackdel för konsumenterna. Konkurrens i upphandlingar innebär generellt lägre priser.

Det är vidare uppenbart att villkoret om nödvändighet inte är uppfyllt. TeliaSonera hade inte behövt informera GothNet om att företaget inte skulle lämna anbud. Företagen hade inte behövt komma överens på sätt som har skett. TeliaSonera och GothNet hade kunnat lösa frågan om ett eventuellt underleverantörskap på sätt som var mindre långtgående. Alltså var överenskommelsen och konkurrensbegränsningen inte nödvändig för att uppnå eventuella effektivitetsvinster.

Det fjärde villkoret om att den aktuella begränsningen får inte sätta konkurrensen ur spel är inte uppfyllt. TeliaSonera och GothNet var betydelsefulla aktörer på den relevanta marknaden. Båda företagen hade goda möjligheter att lämna anbud i upphandlingen.

Uppsåt och oaktsamhet

TeliaSonera och GothNet har inte kunnat vara omedvetna om att det påtalade förfarandet begränsade konkurrensen. Båda företagen har känt till vilken information som lämnats och vad den inneburit. Företagen har gjort upp en rollfördelning och GothNet har lämnat anbud. Samtidigt har TeliaSonera avstått från att lämna anbud och fått ett underleverantörsavtal.

Bolagen har haft uppsåt till överträdelsen. Bolagen har i vart fall av oaktsamhet begått överträdelsen. Det subjektiva rekvisitet är således uppfyllt.

Konkurrensskadeavgift

I målet mellan Konkurrensverket och Däckia (Stockholms tingsrätts dom i mål nr T 18896-10) uttalade tingsrätten att det vid beräkningen av konkurrensskadeavgift kan vara lämpligt att utgå från kontraktsvärdet istället för omsättningen på hela den relevanta marknaden i fall då det rör sig om punktvisa överträdelser. Med kontraktsvärde avses det optimala totala kontraktsvärdet.

Konkurrensverket har gjort en beräkning utifrån möjligheten att de företag som överväger att göra något konkurrensbegränsande vinner hela upphandlingen. Metoder för att fastställa konkurrensskadeavgift bör utformas så att beräkningarna blir rättssäkra och förhållandevis enkla att utföra. Olika upphandlingar har olika komplexitet och Konkurrensverket har räknat på ett sätt som ska vara rättssäkert, konsekvent och kunna användas generellt vid upphandlingstillfällen.

Den aktuella upphandlingen i Göteborg hade många parametrar att ta hänsyn till. Dessa redovisas nedan.

Avgiftens storlek

Konkurrensskadeavgiften ska bestämmas efter överträdelsens sanktionsvärde. Vid bedömningen av sanktionsvärdet ska det beaktas hur allvarlig överträdelsen är och hur länge den har pågått. Avgiften beräknas för varje företag.

Enligt Konkurrensverkets metod för att fastställa konkurrensskadeavgift är utgångspunkten för bedömningen av sanktionsvärdet företagets omsättning på den marknad som överträdelsen avser, dvs. den relevanta marknaden. Anledningen till detta är att det vid större överträdelser kan förutsättas att hela den relevanta marknadens funktion påverkas negativt.

Det nu aktuella anbudssamarbetet rör en upphandling. Som utgångspunkt kommer därför Konkurrensverket att använda det optimala totala kontraktsvärdet för Göteborgs Stads upphandling vid beräkningen av konkurrensskadeavgift.

Konkurrensverket utgår från GothNets vinnande anbud. Beräkningen av det optimala totala kontraktsvärdet görs utifrån möjligheten att de företag som överväger att göra något konkurrensbegränsande vinner hela upphandlingen.

För att beräkna det optimala totala kontraktsvärdet utifrån anbudsunderlaget hämtas vägledning från upphandlingslagstiftningen. När värdet av ett upphandlingskontrakt beräknas beaktas således samtliga delar i upphandlingskontraktet fullt ut. Vid beräkningen ska alltså samtliga options- och förlängningsklausuler beaktas så som om de hade nyttjats från första kontraktsdagen. Det antas därför i detta fall att samtliga kopparförbindelser omvandlats till fiberförbindelser med maximal kapacitet från första dagen.

Samtliga nya förbindelser antas ha byggts ut och nyttjats i enlighet med den plan som framgick av utvärderingen, det vill säga med en fördelning om en tredjedel under vart och ett av de tre första åren.

Det optimala totala kontraktsvärdet

Beräkningen av konkurrensskadeavgiften görs med utgångspunkt i GothNets anbud. Det sammanlagda optimala totala kontraktsvärdet räknas över fem år, dvs. den treåriga kontraktstiden med möjlighet till två års förlängning. Konkurrensverket räknar med att optionerna har börjat nyttjas dag ett.

Befintliga förbindelser

Priset för konvertering av samtliga befintliga kopparförbindelser till fiberförbindelser i framgår av GothNets anbud.

Vid beräkningen av det optimala totala kontraktsvärdet utgår Konkurrensverket från att konvertering från koppar till fiber skulle ske till maximal hastighet från första dagen (dvs. 1 000 Mbit).

Göteborgs Stad efterfrågade 795 konverteringar från koppar till fiber. Månadskostnaden för detta uppgick till 4 900 kr per förbindelse. Månadskostnaderna för konvertering till fiber över fem år blir alltså sammanlagt 233 730 000 kr (795 konverteringar * 60 månader * 4 900 kr).

Enligt GothNets anbud uppgick engångsbeloppet för konvertering av koppar till fiber till 6 199 167 kr per år i 3 år, dvs. 18 597 501 kr för hela kontraktslängden om 5 år, då inga engångsbelopp beräknades för år 4 och 5.

Månadskostnaden för de 592 befintliga fiberanslutningarna var enligt anbudet 1 161 526 kr. Den totala kostnaden över fem år uppgår således till 69 691 560 kr (1 161 526 kr * 60 månader).

Totalkostnaden för de befintliga förbindelserna uppgår därför till 322 019 061 kr (233 730 000 kr + 18 597 501 kr + 69 691 560 kr).

Nya förbindelser

I anbudet fanns erbjudande om utbyggnad av sammanlagt 950 nya förbindelser. I dessa ingick 600 kopparförbindelser vilka hade en engångskostnad om 1 kr. Engångskostnaden för dessa uppgick således till totalt 600 kr.

De övriga 350 förbindelserna var fiberförbindelser. Installationskostnaden för dessa varierade efter avståndet till kundadressen. Den totala kostnaden för fiberförbindelserna uppgick till 12 000 000 kr. Totalkostnaden för nya förbindelser uppgick därför till 12 000 600 kr.

Summan av befintliga- och tillkommande förbindelser uppgick mot denna bakgrund till 403 763 661 kr (322 019 061 kr + 12 000 600 + 69 744 000 = 403 763 661 kr).

Allvarlighet

Överträdelsen, som är en syftesöverträdelse som dessutom har lett till ett konkurrensbegränsande resultat, är mycket allvarlig. Vid bestämmande av konkurrensskadeavgiften medför detta att allvarligheten ligger i den övre delen av skalan. Ett samarbete inför en upphandling får anses ha till syfte att snedvrider marknadsstruktur, vilket gör att någon särskild påverkan på marknaden inte behöver visas.

Marknaden för fasta datakommunikationstjänster till slutkund är nationell, men överträdelsens konkreta eller potentiella påverkan på marknaden bedöms vara begränsad till ett upphandlingskontrakt. Mot bakgrund av detta bedömer Konkurrensverket att allvarligheten i överträdelsen motsvarar 7 procent av kontraktsvärdet.

Förfrågningsunderlaget innehöll ett stort antal optioner. Värdet på upphandlingen var beroende av utfallet av dessa. Det var inte sannolikt att aktörerna vid upphandlingstillfället kunde räkna med att alla optioner skulle nyttjas fullt ut. Vid en sammanvägd bedömning är det rimligt att jämka kontraktsvärdet till två tredjedelar av uträknat kontraktsvärde. Beloppet blir då 269 175 774 kr.

Ovanstående leder till ett sanktionsvärde om 18 800 000 kr efter avrundning. Samma sanktionsvärde gäller för respektive svarandebolag. Ingen fördelning av avgiften är aktuell eftersom vinnaren skulle få hela kontraktet.

Övriga omständigheter

För svarandebolagen finns varken försvårande eller förmildrande omständigheter som ska beaktas vid fastställandet av konkurrensskadeavgiften för respektive bolag.

Överträdelsen har pågått från någon gång mellan den 15 juni 2009 och den 29 juni 2009 till och med den 31 december 2014. Ramavtalet som tecknades med Göteborgs Stad gällde under perioden den 1 januari 2010 till och med den 31 december 2012 med två förlängningar om sammanlagt 24 månader, dvs. till och med den 31 december 2014.

Varaktigheten är densamma om en uppdelning av överträdelsen görs i två separata överträdelser, dvs. från någon gång mellan den 15 och den 29 juni 2009 till och med den 31 december 2014.

Slutligt belopp

Konkurrensskadeavgiften får inte överstiga tio procent av företagets omsättning föregående räkenskapsår. TeliaSoneras omsättning uppgick år 2015 till 34 905 000 000 kr, vilket innebär att Konkurrensverkets yrkade avgift inte påverkas. Gothnets omsättning år 2015 uppgick till 162 373 000 kr vilket är lägre än vid tidpunkten för stämningsansökan. Om man räknar på ett ungefärligt omsättningsvärde på 162 300 000 kr ska konkurrensskadeavgiften enligt 3 kap. 6 § konkurrenslagen justeras ner till 16 230 000 kr.

GothNets utveckling av talan*Upphandlingen år 2009*

När Göteborgs Stad annonserade upphandlingen var GothNet den befintliga leverantören av de aktuella tjänsterna med TDC och TeliaSonera som underleverantörer. Det gav GothNet ett visst försprång på så sätt att GothNet hade kunskap om hur Göteborgs Stads efterfrågan såg ut och hur leveranserna fungerade i praktiken.

Det då gällande avtalet hade gällt sedan år 2005 och skulle löpa ut den 31 december 2009. GothNet förstod att en ny upphandling var på väg, men det var först när förfrågningsunderlaget skickades ut den 15 juni 2009 som det stod klart för GothNet hur Göteborgs Stad hade valt att lägga upp upphandlingen. Göteborgs Stad önskade en enda leverantör för samtliga förbindelser. Det kunde även under avtalsperioden bli aktuellt att ersätta vissa kopparförbindelser med fiberförbindelser.

Eftersom GothNet saknade egna kopparförbindelser hade GothNet använt TDC och TeliaSonera som underleverantörer för kopparförbindelserna under den tidigare avtalsperioden. För GothNet var det enda möjliga alternativet att fortsätta att anlita underleverantörer för kopparförbindelser och även för vissa av fiberförbindelserna. GothNet kunde konstatera att bolaget hade tillgång till fiberförbindelser till flertalet av de adresser som angavs i förfrågningsunderlaget, dock inte till alla. Det skulle krävas nyan-

läggning av fiberförbindelser eller underleveranser av annan kabelägare, exempelvis TeliaSonera-koncernen.

GothNet ställdes inför ett antal överväganden när arbetet med att utforma ett anbud till Göteborgs Stad inleddes. Följande är av intresse i målet.

Det som Göteborgs Stad efterfrågade i upphandlingen var en komplex datakommunikationstjänst som var speciellt utformad för stadens behov. Det rörde sig således inte om en i branschen förekommande standardtjänst. Göteborgs Stad efterfrågade en starkt förädlad datakommunikationstjänst, redo för slutkundens användning inklusive omfattande support-, övervaknings- och underhållstjänster. Trots att GothNet redan var leverantör till Göteborgs Stad innebar kraven i upphandlingen att vissa förändringar i organisation och mjukvara krävdes.

Det fanns flera skillnader i kraven som ställdes i upphandlingarna år 2004 respektive 2009. År 2009 hade kraven höjts beträffande vad som sammanfattningsvis kan betecknas som servicenivån. Upphandlingen 2009 innehöll fler krav gällande kapacitet och robusthet av tjänsten än upphandlingen 2004. Upphandlingen 2009 innehöll även nya krav på nyttjande av system för att få information om realtidsstatus av serviceärenden samt ökade krav på rapportering av serviceärenden. Enligt GothNets uppfattning innebar kraven i 2009 års upphandling en skärpning som inte var oväsentlig.

En annan omständighet som utmärkte upphandlingen år 2009 var det omfattande förfrågningsunderlaget med en svars mall som bl.a. förutsatte att anbudsgivarna i sina anbud skulle besvara 99 kvalificeringsfrågor. Vissa krav behövde bara besvaras med ja-kande, medan andra krävde utförliga beskrivningar. Vidare skulle pris anges för 2 169 enskilda positioner.

Det fanns ingen information i förfrågningsunderlaget om Göteborgs Stad faktiskt planerade att utöka antalet förbindelser under avtalstiden. GothNet gjorde bedömningen att alla optioner inte skulle komma att utnyttjas. GothNet visste också av erfarenhet att

det kontinuerligt sker uppsägningar av enskilda anslutningspunkter när verksamheter läggs ned eller omorganiseras. För att belysa detta kan nämnas att det totala antalet förbindelser som levererades under det sista avtalsåret 2014 uppgick till knappt 1 300 medan det fanns ca 1 350 förbindelser vid avtalets start år 2010. Antalet förbindelser som Göteborgs Stad hyrde av GothNet minskade alltså rent faktiskt under upphandlingskontraktets giltighetstid.

Utvärderingen av optionerna får därför ses som en teoretisk modell för anbudsutvärderingen. Att Göteborgs Stad efterfrågade anbudspriser på ett stort antal anslutningspunkter berodde på att staden ville ha ett ramavtal som täckte alla upptänkliga behov under avtalstiden för alla sina förvaltningar och bolag. Det betyder dock inte att det var realistiskt att förvänta sig avrop för alla dessa teoretiskt möjliga anslutningspunkter.

De överväganden som GothNet gjorde inför upphandlingen avsåg framför allt i vilken utsträckning GothNet kunde leverera datakommunikation med eget fibernät och i vilken utsträckning GothNet behövde hyra nät av underleverantörer. När det gäller det egna fibernätet visade det sig att fibernätet omfattade ca 500 av de 1 360 adresser som fanns i förfrågningsunderlaget.

För de adresser där GothNet inte hade befintliga fiberförbindelser behövde GothNet undersöka om företaget tidigare hade fått förfrågningar från andra kunder på andra adresser i närheten, vilket i så fall kunde bidra till att finansiera en eventuell utbyggnad. Vidare behövde GothNet kalkylera kostnaderna för en utbyggnad i förhållande till förväntade intäkter. Slutligen behövde GothNet beräkna om det var möjligt att tidsmässigt göra de utbyggnader som skulle krävas.

När det sedan gäller frågan om att använda underleverantör behövde GothNet begära in och jämföra priser och övriga leveransvillkor från tänkbara underleverantörer. Att GothNet behövde en eller flera underleverantörer i upphandlingen berodde på att GothNet saknade samtliga av de 795 kopparförbindelserna och även ett hundratal av de 556 fiberförbindelserna som efterfrågades av Göteborgs Stad i upphandlingen.

GothNets fibernät var vid denna tidpunkt inte tillräckligt utbyggt för att motsvara Göteborgs Stads hela behov.

GothNet tog därför in offerter från TDC och från TeliaSonera avseende de förbindelser som GothNet saknade. Prisuppgifter för detta kom in till GothNet under augusti 2009. Även företaget Net at Once erbjöd GothNet kopparförbindelser, men GothNet gick inte vidare med den möjligheten eftersom man redan hade pågående underleverantörsrelationer med TDC och TeliaSonera.

GothNet förde en dialog med TDC respektive TeliaSonera om deras prisuppgifter och tekniska specifikationer m.m. Som underlag för denna dialog använde GothNet förfrågningsunderlaget. Göteborgs Stad ställde höga krav på driftsäkerhet, servicenivå och support m.m. Höga viten fanns även kopplade till leverantörens åtaganden. GothNet insåg därför att det var väsentligt att en underleverantör kunde leva upp till samma höga krav gentemot GothNet som Göteborgs Stad ställde på GothNet, och att även vitesbestämmelserna så långt möjligt speglade de som fanns i upphandlingskontraktet.

De inkomna prisuppgifterna utgjorde en del av GothNets underlag för upphandlingen. Något underleverantörsavtal ingicks dock inte före anbudslämnandet den 25 augusti 2009. GothNet tog således en viss risk eftersom underleverantörskostnaden inte var avtalad vid anbudslämnandet. GothNet visste dock att det fanns två intresserade underleverantörer som även hade lämnat offerter. GothNet räknade med att man skulle ha en stark förhandlingsposition gentemot dem om man vann upphandlingen, särskilt som man kunde locka med att utse en av dem till ensam underleverantör.

Mot bakgrund av de höga kraven i upphandlingen var det viktigt för GothNet att GothNets underleverantör kunde erbjuda en hög kvalitet. GothNet bedömde att TeliaSonera kunde erbjuda en högre kvalitet på sin tjänst än TDC. Detta var ett skäl till att GothNet valde bort TDC. Det fanns också fördelar med att endast ha en underleverantör bl.a. eftersom det minskade den administrativa bördan och gjorde att andra serviceåtgärder blev lättare. Kvaliteten på underleverantörens tjänster skulle dessutom

vägas mot priset. GothNet valde inte bort TDC förrän i slutskedet av förhandlingarna i december 2009.

Parallellt med detta mottog GothNet förfrågningar från företagen DGC och Net at Once, som båda var intresserade av att hyra fiberförbindelser av GothNet för att i sin tur kunna lämna kompletta anbud i upphandlingen.

GothNet prissatte sitt anbud med utgångspunkt i huvudsakligen följande parametrar: kalkylerade kostnader, lönsamhetskrav, kunskap om GothNets föregående avtal med Göteborgs Stad, att GothNet i egenskap av befintlig leverantör endast skulle ha relativt begränsade omställningskostnader vid en ny avtalsperiod, samt de offerter som inkommit från TDC och TeliaSonera om underleveranser av framför allt kopparförbindelser. GothNet tänkte dock försöka förhandla ned offerterna ytterligare om bolaget tilldelades upphandlingskontraktet.

Vid prissättningen strävade GothNet efter att anbudet skulle vara konkurrenskraftigt. GothNet förväntade sig i vart fall tre till fem konkurrerande anbud från exempelvis TeliaSonera, Telenor, TDC och eventuellt även från DGC och Net at Once.

Slutligen skulle anbudspriset fördelas på visst sätt som föreskrevs i anbudsmallen. Det gav visst utrymme för GothNet att vara taktiskt i fördelningen av anbudssumman på de olika anbudsdelarna. Det fanns t.ex. förbindelser till adresser som GothNet visste var uppsagda och således inte skulle bli aktuella. Det fanns vidare en del adresser som angavs två gånger.

GothNets slutliga anbud i upphandlingen uppgick till 36,9 miljoner kr, vilket omfattar dels årskostnaden för hyra av förbindelser, dels engångskostnader för konvertering från koppar till fiber eller för nyinstallation av koppar- och fiberförbindelser. Total arbetsinsats för GothNet att sammanställa anbudet beräknas till ca 500 timmar.

Kontakterna med TeliaSonera före anbudslämnandet

Det går inte att säga när GothNet inledde dialogen med TeliaSonera eller TDC angående ett möjligt underleverantörsavtal. Den befintliga underleverantörsrelationen motiverade fortlöpande kontakter mellan företagen. Under alla förhållanden var det först när Göteborgs Stad offentliggjorde sitt förfrågningsunderlag den 15 juni 2009 som en konkret dialog om den kommande avtalsperioden kunde inledas.

GothNets dåvarande VD Mats Devert var huvudansvarig för kontakterna med TeliaSonera. Det var dock flera personer inom företaget som hade anledning att ha kontakt med TeliaSonera inom ramen för underleverantörsrelationen.

Det är oklart vem som tog den första kontakten i dialogen mellan GothNet och TeliaSonera. Det står dock klart att GothNet var intresserat av att få prisuppgifter från TeliaSonera avseende de förbindelser som GothNet saknade för att kunna lämna ett fullständigt anbud till Göteborgs Stad. TeliaSonera gav å sin sida uttryck för ett intresse av att fortsätta vara underleverantör till GothNet om GothNet skulle vinna upphandlingen. TeliaSonera ville gärna ta hand om hela underleveransen. På motsvarande sätt var TDC intresserat av att fortsätta som underleverantör. GothNet vill klargöra att vare sig GothNets VD Mats Devert eller någon annan på GothNet hade någon kunskap om hur TeliaSonera för egen del avsåg att agera i upphandlingen.

Två avtalsutkast diskuterades mellan de båda företagen under sommaren 2009, en avsiktsförklaring och ett samarbetsavtal. Inget av dessa dokument undertecknades eller blev gällande mellan parterna. Ingen muntlig överenskommelse eller samordning skedde mellan företagen avseende TeliaSoneras avsikter om ett eget anbud i upphandlingen.

Förslaget till avsiktsförklaring

M.D. och företrädare för TeliaSonera diskuterade i månadsskiftet juni/juli 2009 ett utkast till en avsiktsförklaring om ett underleverantörssamarbete. TeliaSonera tog fram ett avtalsutkast och skickade det till GothNet den 30 juni 2009. M.D. såg inget direkt behov av en avsiktsförklaring, men såg inte något hinder mot en sådan eftersom den inte skulle vara juridiskt bindande. Ur GothNets perspektiv var det vid denna tidpunkt för tidigt för att binda sig till en underleverantör eftersom de kommer-siella villkoren ännu inte var färdigförhandlade.

GothNets intresse av en avsiktsförklaring bestod i att försöka stimulera TeliaSonera att ge ett så konkurrenskraftigt pris på de förbindelser som GothNet behövde att GothNet kunde köpa in hela behovet från TeliaSonera. GothNet bedömde att TeliaSonera hade bättre förutsättningar än TDC att leverera den önskade driftsäkerheten. Detta skulle alltså även vägas mot kostnaden. Att på detta tidiga stadium med bindande verkan utse TeliaSonera till underleverantör var inte aktuellt. Däremot hade en avsiktsförklaring kunnat avges om parterna enats därom.

Förslaget till avsiktsförklaring undertecknades aldrig. Skälet var att parterna inte kom tillräckligt långt i förhandlingarna om pris och andra väsentliga affärsvillkor för att GothNet skulle vara berett att tillkännage en avsikt att anlita TeliaSonera som underleverantör.

Avsiktsförklaringen hade ingen koppling till frågan om TeliaSonera skulle lämna något eget anbud i upphandlingen. Denna fråga diskuterades inte i samband med avsiktsförklaringen. Det fanns inte heller något i utkastet som berörde denna fråga.

Följande bör noteras i utkastet till avsiktsförklaringen. Utkastet hänvisar till ”förbindelser för datakommunikation till Göteborgs stad enligt förfrågningsunderlag”. Det anges dock inte närmare vilka av de efterfrågade förbindelserna som skulle levereras av TeliaSonera. Många av förbindelserna hade GothNet självt tillgång till.

Avsiktsförklaringen innehöll inte någon bindande förpliktelse för någon av parterna utöver sedvanliga bestämmelser om förhandlingsexklusivitet, sekretess och förbud mot överlåtelse till tredje man. I avsiktsförklaring angavs att parterna skulle förbinda sig att inte förhandla med tredje man om de förbindelser som TeliaSonera skulle leverera till GothNet. Detta var dock inte alla förbindelser som var aktuella i upphandlingen.

Den 1 juli 2009 returnerade Mats Devert TeliaSoneras utkast till H.S. med förslag till ett antal tillägg. Det tillägg som är av intresse för målet avser avtalets första punkt. Av tillägget framgår att *”Telia skall leverera Tjänsterna i egenskap av underleverantör till GothNet som åtar sig att inlämna anbudet till Göteborgs Stads Upphandlings AB”*. Tillägget syftade till att klargöra rollfördelningen i det fortsatta samarbetet.

Om avsiktsförklaringen hade undertecknats skulle det ha inneburit att GothNet uttalade sig om sin avsikt att anlita TeliaSonera som underleverantör i den leverans som GothNet skulle offerera Göteborgs Stad i upphandlingen. Det fanns däremot ingen avsikt att TeliaSonera skulle avstå från att lämna ett eget anbud i upphandlingen om man så önskade. Avsiktsförklaringen uteslöt inte ett eget anbud från TeliaSonera.

Konkurrensverket har påstått att GothNet ville *”känna TeliaSonera Sverige på pulsen genom att föreslå att TeliaSonera Sverige skulle åta sig dels att inte avge ett eget anbud samt att informera Göteborgs Stad om detta, dels att inte vara underleverantör på samma sätt till annan”*. Detta citat är hämtat från GothNets kommentar till verket över förslaget till samarbetsavtal i augusti 2009. Det har alltså ingen relevans för förslaget till avsiktsförklaring i juni 2009.

M.D. ville dock med tillägget klargöra följande. GothNet kunde tänka sig att uttala som sin avsikt att anlita TeliaSonera som underleverantör i den leverans som GothNet skulle offerera Göteborgs Stad i upphandlingen om tillräckligt bra villkor uppnåddes. GothNet ville inte för den skull hindra TeliaSonera Sverige att lämna ett eget anbud om man så önskade. Eftersom villkoren för underleverantörsavtalet inte var tillräckligt gynnsamma avstod dock GothNet från att avge någon avsiktsförklaring.

När samtalen om en avsiktsförklaring inte gick i mål övergick GothNet till att arbeta internt med innehållet i anbudet.

Förslaget till samarbetsavtal

I augusti 2009 tog GothNet nya kontakter med TDC och med TeliaSonera. När sista dag att lämna anbud, den 25 augusti 2009, närmade sig lät GothNet sin advokatbyrå utarbeta ett förslag till ett samarbetsavtal för att lägga fast formerna för underleverantörsrelationen. GothNet bedömde att det kunde vara lämpligt att dokumentera samarbetet för det fall det skulle ställas frågor i anbudsutvärderingen om hur GothNet skulle uppfylla kapacitetskraven. Det var inget krav i förfrågningsunderlaget på att i anbudet ange och styrka eventuell underleverantör, men det fanns en praxis som pekade på att detta skulle kunna krävas. GothNet översände därför avtalsförslaget till TeliaSonera den 21 augusti 2009.

Ett ytterligare syfte med samarbetsavtalet var för GothNet att få bättre avtalsvillkor från TeliaSonera. Det rörde sig om en önskan att få ned priset och att GothNet ville att TeliaSonera gentemot GothNet skulle åta sig samma ansvarsnivå för driftsäkerhet m.m. som GothNet skulle åta sig gentemot Göteborgs Stad i upphandlingskontraktet. För att ”sockra” erbjudandet tog GothNet in en skrivning i förslaget till samarbetsavtal med innebörd att GothNet skulle köpa hela sitt externa behov av förbindelser från TeliaSonera.

Utöver de nämnda syftena ville M.D. känna TeliaSonera på pulsen för att, om möjligt, få dess företrädare att avslöja något om sina eventuella planer för ett eget anbud i upphandlingen. M.D. ansåg att om GothNet skulle utse TeliaSonera till ensam underleverantör så borde TeliaSonera avge en lojalitetsförklaring som innebar att företaget inte skulle konkurrera med GothNets anbud i upphandlingen och därmed indirekt med sitt eget underleverantörsanbud. Detta invände dock TeliaSonera emot.

Följande kan noteras i utkastet till samarbetsavtal. I förslaget anges att parterna den 1 juli 2009 skulle ha ingått en avsiktsförklaring. Denna uppgift är inte korrekt. Som redan har förklarats undertecknades aldrig förslaget till avsiktsförklaring. Uppgiften förefaller vara ett rent förbiseende.

Av utkastets andra punkt framgår bl.a. att TeliaSonera skulle bli exklusiv underleverantör till GothNet avseende kopparförbindelser och övriga förbindelser, dvs. fiberförbindelser, som GothNet inte levererar genom egen infrastruktur. Exklusivitetsåtagandet förtydligades genom att GothNet skulle åta sig att inte lämna anbud med annan underleverantör avseende de nämnda förbindelserna. Slutligen föreslogs att GothNet skulle åta sig att teckna underleverantörsavtal med TeliaSonera om GothNet vann upphandlingen.

Genom utkastets tredje punkt föreslog GothNet att TeliaSonera skulle åta sig att lämna underlag avseende de förbindelser som TeliaSonera skulle tillhandahålla och att senare teckna underleverantörsavtal med GothNet för det fall GothNet vann upphandlingen. GothNet föreslog emellertid även att TeliaSonera inte skulle lämna eget anbud i upphandlingen, att TeliaSonera inte skulle vara underleverantör till annan anbudsgivare på samma sätt som i förhållande till GothNet i upphandlingen, samt att TeliaSonera för Göteborgs Stad före den 25 augusti 2009 skulle redogöra för varför TeliaSonera valt att inte lämna eget anbud i upphandlingen utan i stället valt att bli underleverantör till GothNet. Det var på detta sätt som GothNets VD M.D. försökte få TeliaSonera att avslöja om de avsåg att lämna ett eget anbud eller inte. Denna fråga ställde GothNet till TeliaSonera således först den 21 augusti 2009, fyra dagar före sista dagen för att lämna anbud.

TeliaSonera invände emellertid mot de nämnda formuleringarna i förslaget till samarbetsavtal. Tre dagar senare, den 24 augusti 2009, således dagen före sista dag för anbudslämnandet, skickade H.C. vid TeliaSonera tillbaka utkastet till samarbetsavtal till M.D. med en del ändringar och kommentarer inskrivna.

TeliaSonera ville inte förbinda sig att inte vara underleverantör till annan anbudsgivare. Vidare ansåg TeliaSonera att det föreföll märkligt att åta sig gentemot GothNet att informera Göteborgs Stad om sina överväganden inför upphandlingen, något som man sannolikt ändå skulle göra.

Det bör understrykas att utkastet till samarbetsavtal var just ett förslag till avtal eller ett förhandlingsutspel. Det var inte en text som gav uttryck för något som parterna redan enats om eller samordnat sig om.

Samarbetsavtalet undertecknades inte och någon annan muntlig eller skriftlig överenskommelse träffades inte heller av GothNet och TeliaSonera före anbudslämnandet. Det uppkom inte heller någon samordning om de förhållanden som förslaget till samarbetsavtal behandlade. Skälet till detta var att GothNet inte bedömde att TeliaSoneras erbjudna villkor var tillräckligt attraktiva för att GothNet på detta stadium skulle utse TeliaSonera till underleverantör. Därmed fanns inte heller någon anledning för TeliaSonera att göra några utfästelser gentemot GothNet avseende ett eventuellt eget anbud. När H.C. TeliaSonera, den 24 augusti 2009 mejlade tillbaka förslaget till samarbetsavtal med vissa föreslagna ändringar till M.D. GothNet, angav han följande: *”Några små justeringar från vår jurist. Kan du sedan skriva ut 2 ex så kan jag komma över idag och skriva på?”*. Denna text kan tolkas som att TeliaSonera för sin del var berett att åta sig att inte lämna in ett anbud i upphandlingen eftersom ett sådant åtagande fanns med i avtalsförslaget. Syftet med ett sådant erbjudande kan tänkas ha varit att locka GothNet att utse TeliaSonera till ensam underleverantör. Det var dock oklart för GothNet om erbjudandet var allvarligt menat. Som nämnts avstod GothNet från att skriva på förslaget till samarbetsavtal eftersom man inte fann de av TeliaSonera erbjudna villkoren för underleverantörsrelationen tillräckligt förmånliga. Därmed föll hela idén om en överenskommelse före anbudslämnandet mellan GothNet och TeliaSonera.

När samarbetsavtalet inte blev av kunde GothNet därför inte veta hur TeliaSonera avsåg att agera för sin egen del i upphandlingen. Om TeliaSonera inte hade förberett nå-

got anbud till Göteborgs Stad skulle företaget i och för sig svårligen kunna färdigställa det på en dag. Det kunde dock lika gärna förhålla sig så att TeliaSonera hade ett anbud som var färdigt att ges in, men som man eventuellt skulle avstå från att ge in om GothNet hade skrivit på samarbetsavtalet. I så fall kunde man nu ge in anbudet när något samarbetsavtal inte ingicks. Vilket som var det rätta förhållandet visste M.D. och övriga berörda på GothNet inte vid denna tidpunkt.

Konkurrensverkets påstående om att GothNet ändå skulle lita på att TeliaSonera inte gav in ett anbud och att GothNet skulle ha ansett att parterna var överens om villkoren i samarbetsavtalet, men inte underleverantörsavtalet, är således felaktigt. Samarbetsavtalet var beroende av underleverantörsavtalet – utan underleverantörsavtal fanns inget samarbetsavtal.

Konkurrensverkets påstående att parterna ”*följde syftet med samarbetsavtalet*” och att ”*GothNet lämnade ensam in anbud i upphandlingen med TeliaSonera Sverige som exklusiv underleverantör*” stämmer inte heller. GothNet lämnade in ett självständigt anbud i upphandlingen. Om TeliaSonera gjorde det eller inte hade GothNet ingen kännedom om vid tidpunkten för anbudslämnandet. GothNet angav vidare ingen underleverantör i sitt anbud eftersom någon sådan uppgift inte efterfrågades i förfrågningsunderlaget. Något beslut i fråga om underleverantör hade GothNet inte heller fattat vid denna tidpunkt. Att det senare visade sig att TeliaSonera inte inlämnat något anbud och att GothNet senare ingick ett underleverantörsavtal med TeliaSonera kan inte tas till intäkt för att detta redan skulle ha varit bestämt vid anbudslämnandet.

Att GothNet inte hade bestämt sig för TeliaSonera som underleverantör vid anbudslämnandet framgår också av att GothNet fortsatte dialogen med både TeliaSonera och TDC om sådana underleveranser.

Förhandlingar om underleverantörsavtal efter anbudslämnandet

I avvaktan på tilldelningsbeslutet i upphandlingen fortsatte GothNet dialogen med TDC och TeliaSonera om ett underleverantörsavtal. GothNet begärde in kompletterande information från TDC om leveranskapacitet och förhandlade sig till en högre rabatt på engångsbeloppen i TeliaSoneras offert.

Av ett e-postmeddelande från TDC till GothNet den 31 augusti 2009 framgår att TDC har gått igenom förteckningen över de adresser till vilka Göteborgs Stad efterfrågade kopparförbindelser (s.k. DSL-förbindelser) och markerat med grönt, gult eller rött där det var möjligt för TDC att leverera, eller krävdes mer information eller inte var möjligt.

Av ett e-postmeddelande från TeliaSonera till GothNet den 8 oktober 2009 framgår att TeliaSonera beviljat GothNet en ”ytterligare rabatt” på 200 000 kronor avseende engångsavgifter som skulle adderas till tidigare lämnad rabatt. Den tidigare lämnade rabatten var 1 miljon kronor. Total rabatt uppgick således till 1 200 000 kronor. Detta framgår av underleverantörsavtalet mellan GothNet och TeliaSonera.

TeliaSoneras rabatt sänkte således GothNets kostnader för att etablera nya kopparförbindelser med hjälp av underleveranser från TeliaSonera. Erbjudandet om rabatt från TeliaSonera var villkorat av att GothNet skulle köpa samtliga erforderliga kopparförbindelser från TeliaSonera, vilket således visar att någon ensamrätt för TeliaSonera att få leverera kopparförbindelser till GothNet ännu inte var avtalat mellan parterna vid denna tidpunkt.

Den 5 respektive 9 oktober 2009 gavs anbudsgivarna möjlighet att revidera sina anbudspriser i upphandlingen. Inför detta fick anbudsgivarna veta vilken placering deras anbud hade (således inte endast om de ledde eller inte, vilket angavs i förfrågningsunderlaget). Däremot fick anbudsgivarna inte veta vilka de andra anbudsgivarna var eller vilka anbudssummor de angivit. Vid det första tillfället fann GothNet inte skäl att revi-

dera sitt anbud eftersom man fått beskedet att anbudet låg på första plats. Vid det andra tillfället gjorde GothNet en sänkning eftersom man fått beskedet att man efter den första revideringen låg på andra plats.

Den 12 oktober 2009 beslutade Göteborgs Stads upphandlingsbolag att utse GothNet till leverantör under den kommande avtalsperioden. GothNets reviderade anbud visade sig alltså vara det lägsta. Även om redan GothNets ursprungliga anbudssumma var lägre än Göteborgs Stads kostnader för det befintliga avtalet, innebar GothNets sänkning av anbudet en ytterligare kostnadssänkning för staden och slutresultatet av upphandlingen blev en kostnadssänkning med hela 15 procent jämfört med föregående avtalsperiod.

Att upphandlingen medförde en kostnadssänkning för Göteborgs Stad med 15 procent framgår av anbudsutvärderingen.

Den 12 oktober 2009 delgavs GothNet Göteborgs Stads tilldelningsbeslut. GothNet fick då också del av upphandlingsbolagets anbudssammanställning och anbudsöppningsprotokoll, som var bifogade till tilldelningsbeslutet. Av dessa dokument framgick de övriga anbudsgivarnas namn: DGC Access AB och Net at Once. GothNet kunde då dra slutsatsen att TeliaSonera inte hade lämnat något anbud i upphandlingen.

GothNet ansåg sig nu ha en starkare förhandlingsposition gentemot de tänkbara underleverantörerna eftersom GothNet tilldelats upphandlingskontraktet. Därmed var TDC respektive TeliaSonera tvingade att erbjuda GothNet förmånliga villkor för att få möjlighet att leverera en del av förbindelserna som underleverantör till GothNet. Ännu i november 2009 höll GothNet dialogen med TDC öppen, även om fokus i förhandlingarna låg på TeliaSonera. GothNets preferens var att köpa samtliga förbindelser från TeliaSonera med hänsyn till de höga kraven på driftsäkerhet, samtidigt som GothNet ville få ned TeliaSoneras priser till TDC:s nivå. Eftersom TeliaSonera i förhandlingarna visat viss flexibilitet kring sina priser och andra affärsvillkor fortsatte GothNet med denna strategi.

Av e-postkorrespondensen mellan TDC och GothNet den 2 november 2009 framgår att det fortfarande fanns en dialog mellan de båda företagen och att GothNet ännu inte beslutat om TDC skulle få ett fortsatt underleverantörsavtal eller ej. Den 26 november 2009 undertecknade GothNet upphandlingskontraktet med Göteborgs Stad.

Den 14 december 2009 föll den sista pusselbiten på plats i ett underleverantörsavtal med TeliaSonera. Då godtog TeliaSonera vissa vitesbestämmelser som var väsentliga för GothNet med tanke på vad GothNet hade fått åta sig gentemot Göteborgs Stad. Avtalet mellan GothNet och TeliaSonera undertecknades den 16 respektive 18 december 2009.

Av e-postkorrespondens mellan GothNet och TeliaSonera den 10 och 14 december 2009, framgår att GothNet önskade att TeliaSonera skulle ta på sig vitesvillkor vid bristande leveranser som motsvarade de vitesvillkor som Göteborgs Stad avkrävde GothNet i förfrågningsunderlaget. TeliaSonera gick delvis med på detta.

Först efter det att underleverantörsavtalet med TeliaSonera hade undertecknats informerade GothNet TDC att det företaget inte skulle komma ifråga för ett nytt underleverantörsavtal.

Konkurrenssituationen i upphandlingen

GothNet delar i stora drag Konkurrensverkets uppgifter i målet om konkurrenssituationen i upphandlingen år 2009 men har några väsentliga kommentarer och förtydliganden.

GothNet hade väl utbredda nät och goda förutsättningar för att lämna anbud, men var samtidigt beroende av att träffa avtal på kommersiellt acceptabla villkor med en eller flera underleverantörer för att kunna leverera samtliga efterfrågade kopparförbindelser och vissa fiberförbindelser till Göteborgs stad.

GothNet förväntade sig ett konkurrerande anbud i upphandlingen från TeliaSonera och såg företaget som en konkurrent, men förväntade sig även konkurrerande anbud från fler företag. GothNet antog att det kunde finnas tre till fem ytterligare företag som var intresserade av att lämna anbud.

Det vore alltså fel att anta att GothNet skulle ha varit det enda företag som kunde tillhandahålla de efterfrågade förbindelserna. Det är inte heller korrekt att GothNet skulle ha sett sig tvunget att få både muntlig och skriftlig försäkran från TeliaSonera om att företaget inte skulle lämna anbud i upphandlingen. GothNets dåvarande VD M.D. försökte i ett sent skede i upphandlingen visserligen få TeliaSonera representant att avslöja något om företagets planer i upphandlingen genom att föreslå ett åtagande i utkastet till samarbetsavtal. TeliaSonera undertecknade dock aldrig samarbetsavtalet och GothNet fick inte heller på något annat sätt någon kunskap före anbudslämnandet om TeliaSoneras egna planer i upphandlingen.

GothNet vill även framhålla att för det fall GothNet skulle ha fått sådan information om TeliaSoneras planer för upphandlingen kan GothNet ändå inte vitsorda att den skulle ha varit värdefull för GothNets strategiska överväganden inför anbudslämnandet. Skälet till det är att GothNet räknade med ytterligare konkurrerande anbud samtidigt som GothNet var angeläget om att lämna ett konkurrenskraftigt anbud i upphandlingen för att behålla Göteborgs Stad som kund. GothNet hade därför inte haft något incitament att anpassa sitt anbud efter sådan information.

GothNet hade inte heller haft praktiska möjligheter att förändra sitt anbud om GothNet skulle ha fått ett sådant besked av TeliaSonera i samband med diskussionerna om ett samarbetsavtal i augusti 2009 eftersom det då endast återstod några enstaka dagar tills anbudstiden löpte ut, och anbudet var ett komplext dokument med en mängd delpriser. Det hade därför inte varit praktiskt möjligt för GothNet att anpassa sitt anbud i detta sena skede.

Relevant marknad

Konkurrensverket anger i målet den relevanta marknaden utgörs av marknaden för fasta datakommunikationstjänster till slutkund i Sverige. GothNet delar verkets uppfattning om marknadsavgränsningen.

Den relevanta produktmarknaden innefattar såväl koppar- som fiberförbindelser eftersom de i allt väsentligt uppfyller samma behov när det gäller datakommunikation, även om det finns vissa skillnader när det gäller de tekniska specifikationerna. Göteborgs Stads upphandling omfattade vidare såväl koppar- som fiberförbindelser.

Den relevanta geografiska marknaden omfattar hela Sverige eftersom flera av anbudsgivarna i upphandlingen är verksamma i olika delar av landet och eftersom de aktuella tjänsterna tillhandahålls på ett likartat sätt över hela landet. Konkurrensförhållandena är även likartade över hela landet. Att kommunala företag, såsom GothNet, är geografiskt begränsade till följd av kommunalrättsliga principer påverkar enligt GothNets uppfattning inte den konkurrensrättsliga bedömningen av relevant geografisk marknad. Relevant marknad i målet utgörs därför av marknaden för fasta datakommunikationstjänster till slutkund i Sverige.

GothNets omsättning på marknaden för fasta datakommunikationstjänster till slutkund i Sverige år 2009 uppgick till 76 miljoner kronor.

Företagsbegreppet – ekonomiska enhetens princip

GothNet är ett företag när GothNet tillhandahåller varor och tjänster på en marknad, men GothNet ifrågasätter om GothNet är att betrakta som ett företag i konkurrenslagens mening när GothNet producerar tjänster åt annat organ i samma ekonomiska enhet.

GothNet ingår i samma koncern som Göteborgs Stads Upphandlings AB. Båda dessa bolag kontrolleras ytterst av Göteborgs Stadshus AB, som ägs av Göteborgs Stad. Enligt Göteborgs Stads ägardirektiv för direkt och indirekt ägda bolag utser kommunfullmäktige styrelseledamöterna i samtliga bolag i koncernen. Bolagens styrelser ska inhämta kommunfullmäktiges ställningstagande i frågor av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt, såsom t.ex. större investeringar som väsentligt påverkar Göteborgs Stads ekonomi och/eller medför risk för staden. Detta följer också av kommunallagen. Koncernförhållandet i sig samt Göteborgs Stads ägardirektiv leder till slutsatsen att GothNet och Upphandlingsbolaget står under gemensam kontroll av Göteborgs Stad, och således ingår i en och samma ekonomiska enhet i konkurrensrättslig mening. Samtliga bolag som ytterst ägs av Göteborgs Stad utgör således tillsammans med Göteborgs Stad en ekonomisk enhet i konkurrenslagens mening, däribland såväl GothNet som Göteborgs Stads Upphandlings AB.

Den ekonomiska enhetens princip gäller även för kommunala bolag, när kommunens styrning är av det slag som beskrivits här beträffande Göteborgs Stads ägardirektiv, dvs. att kommunfullmäktige utser styrelseledamöterna och beslutar i väsentliga frågor. Mot denna bakgrund kan det för det första ifrågasättas om GothNet är ett företag i konkurrenslagens mening när GothNet levererar tjänster till Göteborgs Stad, eftersom detta är en transaktion inom en och samma ekonomiska enhet. GothNet anser sig inte utgöra ett företag i konkurrensrättslig mening i denna roll, och då kan inte förbudet i 2 kap. 1 § konkurrenslagen tillämpas på den påstådda samordningen mellan GothNet och TeliaSonera inför upphandlingen, eftersom detta förbud förutsätter ett avtal mellan två företag vilket GothNet då inte är.

För det andra kan det ifrågasättas om någon konkurrensbegränsning alls kan uppkomma av den påstådda samordningen mellan GothNet och TeliaSonera inför upphandlingen, eftersom den ekonomiska enhetens princip är tillämplig. Om en del av en ekonomisk enhet (GothNet) ingår någon form av samarbete med en annan part (TeliaSonera) och samarbetet riktar sig mot andra delar i samma ekonomiska enhet som den förstnämnda parten (Upphandlingsbolaget), så kan detta inte strida mot 2 kap 1 § kon-

kurrenslagen. Ingen annan än parterna själva påverkas nämligen av ett sådant förfarande.

Dessutom kan konstateras att det faktum att GothNet ingår i en ekonomisk enhet med upphandlaren utesluter att det skulle finnas något incitament för GothNet att låta kontakterna med TeliaSonera inför anbudslämnandet (dvs. förhandlingarna om ett underleverantörsavtal) medföra försämrade villkor för upphandlaren. Därmed kan ingen konkurrensbegränsning uppkomma och det saknas då förutsättningar för att tillämpa konkurrenslagens förbud på en sådan samverkan mellan GothNet och TeliaSonera.

Sammanfattning

GothNet har inte avtalat eller samordnat med TeliaSonera i frågan huruvida TeliaSonera skulle lämna anbud i Göteborgs Stads upphandling år 2009. GothNet hade före anbudslämnandet inte någon kunskap om TeliaSoneras planer för ett eventuellt eget anbud i upphandlingen.

Först efter det att upphandlingskontraktet hade tilldelats GothNet, ingick GothNet ett underleverantörsavtal med TeliaSonera.

Det faktum att TeliaSonera inte lämnade något anbud i upphandlingen innebär inte att något avtal eller någon samordning med GothNet om detta skulle ha föregått upphandlingen. TeliaSonera fattade ett självständigt beslut om att inte delta i upphandling med ett eget anbud redan innan företaget kontaktade GothNet för att diskutera ett underleverantörsavtal.

Det faktum att GothNet lämnade in ett anbud i upphandlingen var inte heller en följd av något avtal eller samordning med TeliaSonera. GothNet hade fattat beslut om att delta i upphandlingen redan innan TeliaSonera kontaktade GothNet för att diskutera ett underleverantörsavtal. Göteborgs Stad var GothNets ägare och viktigaste kund, och GothNet var leverantör av de aktuella tjänsterna under den avtalsperiod som föregick

upphandlingen. Det var därför naturligt för GothNet att delta i den nya upphandlingen, helt oberoende av vad TeliaSonera hade för avsikter.

Det faktum att GothNet, efter att GothNet hade blivit tilldelat upphandlingskontraktet av Göteborgs Stad, ingick ett underleverantörsavtal med TeliaSonera avseende vissa av de förbindelser som krävdes för att GothNet skulle kunna leverera enligt avtalet med Göteborgs Stad, innebär inte att GothNet och TeliaSonera före anbudslämnandet skulle ha överenskommit om att TeliaSonera skulle vara underleverantör åt GothNet. Diskussionerna om ett underleverantörsavtal hade inte kommit tillräckligt långt vid tiden för anbudslämnandet för att GothNet skulle kunna fatta ett sådant beslut. GothNet fortsatte därefter att förhandla om ett underleverantörsavtal med TeliaSonera och höll även en dialog öppen med TDC efter anbudslämnandet. GothNet tecknade slutligen ett underleverantörsavtal med TeliaSonera fyra månader senare.

Det finns ingen utredning som visar att förfarandet fått någon konkurrensbegränsande effekt. Tvärtom sänkte GothNet sitt redan låga anbud i den sista anbudsomgången och slutresultatet blev ett upphandlingskontrakt som sänkte Göteborgs Stads kostnader med 15 procent jämfört med föregående avtalsperiod.

För det fall rätten, trots vad som anförts av GothNet i målet, skulle anse att GothNet överträtt konkurrenslagens förbud, så ska en eventuell överträdelse anses som ringa varvid ingen konkurrensskadeavgift ska utdömas. Alternativt skall avgiften beräknas annorlunda än vad Konkurrensverket föreslagit. Det yrkade beloppet är felaktigt beräknat och står inte i proportion till den påstådda överträdelsen. En eventuell avgift ska för GothNets del under inga omständigheter överstiga 1 400 000 kr.

TeliaSoneras utveckling av talan*Ytterligare om Skanova år 2009*

Skanova bildades år 2008 och ingick i TeliaSonera-koncernens arbetsområde för bredbandstjänster. Skanova ägde och drev fast passiv fiber- och kopparinfrastruktur. Bolaget erbjöd under varumärket SKANOVA bl.a. fiber och kopparaccesser till såväl interna som externa kunder.

Skanova tillämpade en särskild uppförandekod i all verksamhet i förhållande till såväl interna som externa kunder. Detta innebar att Skanova behandlade information från kunderna konfidentiellt i förhållande till den övriga koncernen, s.k. chinese walls, samt att interna och externa kunder behandlades lika. Detta granskades även av ett särskilt organ inom Skanova (Equality of Access Board).

Vissa av de tjänster som Skanova erbjöd var även föremål för reglering av PTS. Det gällde tjänster för kopparaccess och samlokalisering. Andra tjänster, exempelvis fiberaccesser, erbjöds på rent kommersiella villkor.

Produkten ”Skanova Fiber 2009” lanserades i mars år 2009. Produkten var inte reglerad och erbjöds på icke-diskriminerande villkor. År 2009 tillämpades ett ramavtalssystem för fiber. Avrop skedde således på basis av produktavtal enligt fastställda priser och villkor. Avrop behandlades konfidentiellt. Syftet med avropet efterfrågades därför inte av Skanova.

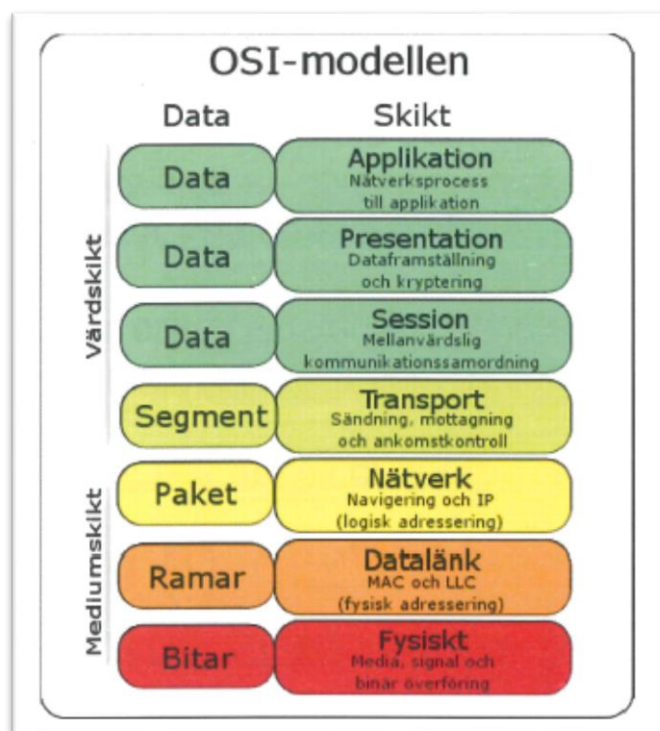
Ytterligare om TeliaSonera Sverige år 2009

TeliaSonera hade ingen egen infrastruktur år 2009 utan köpte tillträde till fiber och kopparinfrastruktur från Skanova på samma villkor som andra aktörer. TeliaSonera erbjöd tjänster inom Nivå 1–3 i OSI-modellen (se nedan). Nivå 2-tjänsten benämndes ”TeliaWan” och Nivå 3-tjänsten ”Telia DataNet”.

Produkterna tillhandahölls ”produktifierat”, dvs. som standardtjänster. Vissa kund Anpassningar kunde göras inom respektive produkt. TeliaSonera undvek dock kundunika lösningar bl.a. av kostnads-, tillförlighets- och organisatoriska skäl.

Datakommunikationstjänster – allmänt

Konkurrensverket påstår felaktigt att alla datakommunikationstjänster är en och samma produkt. Datakommunikationstjänster brukar istället indelas efter den s.k. OSI-modellen som framgår nedan.



Figur 3: OSI-modellen

OSI-modellen beskriver olika typer av tjänster på olika förädlingsnivåer. Den är utformad efter ett regelverk som är utformat för att möjliggöra att kunden ska kunna köpa olika typer av tjänster av olika leverantörer.

Den lägsta nivån i OSI-modellen – nivå 1 – kan beskrivas som oförädlad infrastruktur som används för datakommunikation av ett företag eller organisation. Nivå 2 är en mer förädlad nätverkstjänst som avser sammankopplingar av olika användare i ett gemensamt nätverk. Nivå 3 utgörs av leverans av ett komplett virtuellt eget datanätverk åt kunden. De tre understa skikten kallas mediumskikt. Nivåer över nivå 3 ingår i det som kallas värdeskikt.

I Göteborgs Stads upphandling ingick inte några moment i värdeskiktet. Göteborgs Stads upphandling avsåg en blandning av nivå 2 och nivå 3-tjänster.

TeliaSoneras erbjudande

TeliaSonera erbjuder i huvudsak tjänster inom nivåerna 1–3 enligt OSI-modellen. TeliaSoneras nivå 2-tjänst kallas Telia Wan. Wan används för att koppla ihop olika typer av nätverk. Telia Wan är en ethernet-tjänst som förser kunden med accesser och förbindelser så att kunden själv kan bygga ett företags- eller regionnät. Konfigurering och design av nätet ingår inte i tjänsten utan görs av kunden. Tjänsten är utformad för medelstora och stora företag.

TeliaSoneras nivå 3-tjänst kallas TeliaDataNet och innebär att TeliaSonera skapar ett virtuellt nätverk för data och telefoni. Nätverket används för att koppla samman ett företags kontor på olika platser med en enda skalbar lösning för företagets totala kommunikationsbehov. Tjänsten är utformad för företag.

Telia Wan och TeliaDataNet tillhandahålls av TeliaSonera som standardiserade tjänster. TeliaSonera kan göra smärre kundanpassningar av tjänsterna, men erbjuder inte kundunika lösningar som innebär några större tekniska anpassningar. Det beror på att det är för dyrt för TeliaSonera att utforma särskilda lösningar givet de krav på kvalitet som TeliaSonera har på de tjänster som bolaget levererar. Kundanpassade lösningar riskerar också tillförlitligheten i nätet.

Det som efterfrågades i upphandlingen år 2009

Göteborgs Stad efterfrågade i upphandlingen år 2009 ett nätverk för datakommunikation för kommunens verksamhet. Den tjänst som efterfrågades var en blandning av nivå 2 och nivå 3-tjänster enligt OSI-modellen.

Göteborgs Stad efterfrågade ett virtuellt nätverk för data. Samtidigt skulle Göteborg Stad i samma utrustning ha möjlighet att själv kunna ta hand om och ändra design och konfigurering. Det Göteborgs Stad efterfrågade var alltså inte en standardiserad tjänst. Det rörde sig istället om en kundunik lösning. TeliaSonera erbjuder inte denna typ av tjänster och erbjuder inte kundunika lösningar som avviker från OSI-modellen.

Produktmarknaden

De tjänster som omfattades av den aktuella upphandlingen utgjordes av kundunika datakommunikationstjänster specificerade av Göteborgs Stad på nivå 2 och nivå 3 i OSI-modellen. Dessa skulle tillhandahållas via fiber- och kopparaccesser till olika adresser i Göteborg.

Det som Göteborgs Stad efterfrågade var inte utbytbart mot några andra datakommunikationstjänster ur efterfrågesynpunkt. Den relevanta marknaden utgörs således av kundanpassade datakommunikationstjänster på nivå 2 och nivå 3 i Göteborgs Stad. Från ett utbudsperspektiv erbjöd inte heller alla företag de aktuella tjänsterna. Som framgår ovan erbjöd TeliaSonera inte den efterfrågade tjänsten.

Den geografiska marknaden

Konkurrensverket påstår felaktigt att konkurrensen inom datakommunikationstjänster är lika i hela Sverige och att marknaden därför är nationell även vid bedömningen av Göteborgs Stads upphandling år 2009. Det gör att Konkurrensverket avgränsar relevant

marknad fel och därmed inte bedömer konkurrenssituationen korrekt i den geografiska dimensionen.

Upphandlingen rörde datakommunikationstjänster via kopparbaserade accesser och sådana tjänster via fiberaccesser. Geografiskt sett är förhållandena olika vad gäller koppar och fiber. När det gäller koppar finns ett nationellt utbyggt kopparaccessnät som alla operatörer har tillgång till på lika och icke-diskriminerande villkor. Vid tidpunkten för Göteborgs Stads upphandling var alltså tillträde till Skanovas kopparinfrastruktur nationellt reglerad genom beslut från PTS år 2004. Detta skapade likartade konkurrensförutsättningar för tillträde till kopparaccesser över hela landet. Detta har också Konkurrensverket angett.

Förhållandena är dock inte desamma när det gäller datakommunikation via fiber. Det finns ett stort antal olika fiberinfrastrukturer som är utbyggda i Sverige. Skanova hade år 2009 byggt ut fiber på ca 100 orter. Skanova erbjöd tillgång till sin fiberutbyggnad till olika operatörer, däribland TeliaSonera, på lika och icke-diskriminerande villkor. Detsamma gällde inte för andra företag som hade utbyggd egen fiberinfrastruktur. Konkurrensförhållandena varierade således beroende på vilken infrastruktur som fanns etablerad och vem som ägde den etablerade infrastrukturen.

Som skäl för att den relevanta marknaden skulle vara nationell har Konkurrensverket hänvisat till ett beslut från PTS år 2010 där det anges att *”kopparinfrastruktur och fiberinfrastruktur var substituerbara i sådan utsträckning att variationen i utbudet av fiberinfrastruktur inte nämnvärt kunde påverka konkurrenssituationen på marknaden för tillträde till infrastruktur”*.

TeliaSonera konstaterar dock att det i Göteborg Stads upphandling år 2009 inte förelåg någon utbytbarhet mellan fiber och koppar. Fiber och koppar var inte konkurrerande utan kompletterande tekniker i den upphandlingen. Fiber och koppar ingick därför inte på samma marknad.

Göteborgs Stad efterfrågade i upphandlingen fiberbaserade tjänster till 562 specifika adresser i Göteborg. GothNet hade fiber utbyggt till 500 av adresserna före upphandlingen år 2009. Ingen annan operatör hade motsvarande utbyggnad även om Skanova också erbjöd fiber i Göteborg. Att påstå att fiberutbyggnad på andra orter eller Skanovas rikstäckande kopparnät påverkar konkurrensen om att erbjuda fiberbaserade tjänster i denna upphandling är alltså fel.

TeliaSonera hade ingen egen fiber anlagd. TeliaSonera var beroende av att köpa fiber från en annan leverantör. Skanova erbjöd år 2009 produkten fiber i Göteborg på icke-diskriminerande villkor. Skanova kunde dock inte erbjuda fiber till alla de adresser som Göteborg Stad efterfrågade.

Det fanns företag som frågade Skanova om det kunde räkna på kostnader för fiber. Skanovas priser för fiber var dock för höga för att någon skulle kunna konkurrera med GothNet i Göteborgs Stads upphandling baserat på den produkten.

Upphandlingen år 2004

Bakgrunden till upphandlingen år 2009 var att Göteborgs Stad år 2004 hade upphandlat datakommunikationstjänster till Göteborgs Stad för att bygga en i huvudsak ny datakommunikationslösning för staden. Det rörde sig om en relativt okomplicerad nivå 2-tjänst med fiber och koppar. Tilldelningskriterierna i upphandlingen år 2004 var pris och kvalitet.

I upphandlingen år 2004 valde Göteborgs Stad två leverantörer; TeliaSonera och GothNet. Båda företagen tilldelades ramavtal för leverans efter Göteborgs Stads behov.

Förnyad konkurrensutsättning år 2005

År 2005 genomförde Göteborgs Stad en förnyad konkurrensutsättning där endast TeliaSonera och GothNet deltog. I den förnyade konkurrensutsättningen skulle endast en leverantör antas. GothNet lämnade anbud med en underleverantör för kopparacces-ser (TDC). GothNet valdes av Göteborg Stad som leverantör i den förnyade konkur-rensutsättningen. TeliaSonera riktade efter den förnyade konkurrensutsättningen kritik mot Göteborgs Stad för urvalsprocessen och att det skett en förnyad konkurrensutsätt-ning.

Avtalsperioden 2005–2009

Efter att GothNets anbud i den förnyade konkurrensutsättningen hade antagits visade det sig att TDC inte hade förmåga att leverera hela GothNets behov. GothNet vände sig då till TeliaSonera som gick med på att agera underleverantör avseende de anslut-ningar som TDC inte förmådde leverera. Leveranserna till GothNet skedde baserat på det gällande ramavtalet med Göteborgs Stad.

Under åren 2005–2009 byggde GothNet ett av bolaget ägt fibernät till Göteborgs Stad. GothNet utvecklade därmed en tjänst som i stort sett kom att överensstämja med vad som efterfrågades i 2009 års upphandling.

Upphandlingen år 2009

I samband med att förfrågningsunderlaget publicerades den 15 juni 2009 gick Telia-Sonera igenom förfrågningsunderlaget.

Av förfrågningsunderlaget framgick i huvudsak att endast en leverantör skulle väljas för hela Göteborgs Stads behov, att grunden för tilldelning var lägsta pris, samt att det rörde sig om en kundanpassad tjänst som låg mellan nivå 2 och nivå 3 i OSI-modellen. Förfrågningsunderlaget innefattade även långtgående skall-krav, särskilt att Göteborgs

Stad självt skulle kunna styra så kallade CPE:er (kundplacerad utrustning). Leverantören skulle också ansvara för SLA (service level agreement) till vilket hårda viteskrav var knutna.

TeliaSonera beslutade i nära anslutning till detta att bolaget inte skulle lägga anbud i upphandlingen.

TeliaSonera hade inte tillgång till fiber till de i upphandlingen aktuella adresserna. För att lämna anbud var således TeliaSonera tvunget att antingen i egen regi etablera ny infrastruktur för fiber eller hyra fiberaccess av Skanova eller GothNet. Även om detta var faktiskt möjligt så innebar det att TeliaSonera inte skulle ha möjlighet att lämna ett konkurrenskraftigt anbud i upphandlingen. TeliaSonera skulle även ha svårt att vinna en upphandling där grund för tilldelning var lägsta pris eftersom TeliaSoneras konkurrerade genom att erbjuda hög kvalitet.

Vad gäller tjänstens utformning erbjöd inte TeliaSonera några standardiserade tjänster som stämde överens med de krav som uppställdes i upphandlingen. TeliaSonera ville inte heller ge kunden kontroll över Telia DataNet eftersom det var en företagshemlighet och det skulle kunna innebära att TeliaSonera tappade kontrollen över funktionaliteten i nätet.

Av ovanstående skäl valde TeliaSonera att inte lämna anbud i upphandlingen. TeliaSonera agerar även på motsvarande sätt i andra upphandlingar där situationen är liknande.

När TeliaSonera mottog förfrågningsunderlaget kring den 18 juni 2009 gick H.C. som var kundansvarig för Göteborgs Stad och GothNet, igenom förfrågningsunderlaget med sin chef B.R. Bid managern H.S. kontaktades så att det fanns beredskap om slutsatsen av genomgången skulle bli att TeliaSonera skulle lämna ett eget anbud.

H.C. och B.R. kom till slutsatsen att TeliaSonera inte skulle vinna upphandlingen. B.R. rekommenderade därför sin chef J.P. att inte lägga något anbud. Beslutet att inte lämna anbud togs sannolikt av J.P. i sam-råd med dennes chef.

Förhandlingarna om att ingå ett underleverantörsavtal

Efter att TeliaSonera beslutat sig för att inte lämna något eget anbud i upphandlingen tog bolaget kontakt med GothNet. Mot bakgrund av beslutet var bästa möjliga utfall för TeliaSonera att vinna en fortsatt och helst utvidgad underleverantörsroll för det fall GothNet skulle vinna upphandlingen.

GothNet kunde inte utan en underleverantör för koppar leverera allt som Göteborgs Stad efterfrågade i upphandlingen eftersom GothNet i princip enbart hade fiberaccesser.

GothNet efterfrågade en fungerande produkt till ett bra pris. I den tidigare upphandlingen år 2005 hade GothNet träffat ett underleverantörsavtal med TDC. TDC klarade emellertid inte att leverera enligt avtalet. Göteborgs Stad tvingades därför att anlita TeliaSonera för delar av Göteborgs Stads behov.

TeliaSonera var GothNets huvudspår gällande leveranser av kopparförbindelser vilket var en av anledningarna till att GothNet eftersträvade ett underleverantörskontrakt med TeliaSonera.

TeliaSonera tog i slutet av juni 2009 en första kontakt med GothNet. Detta resulterade i att TeliaSonera översände ett utkast till en avsiktsförklaring till GothNet. TeliaSoneras utkast utgjordes av ett standarddokument utan några skrivningar som var anpassade till den aktuella situationen. GothNet återsände därefter ett reviderat utkast till avsiktsförklaring till TeliaSonera. Inte heller den reviderade versionen innehöll något anmärkningsvärt.

Ingen av de två versionerna av avsiktsförklaringen innebar något hinder för TeliaSonera att lägga ett eget anbud. Hade avsiktsförklaringen skrivits under hade GothNet däremot varit förhindrat att förhandla med TDC om ett underleverantörsavtal. Avsiktsförklaringen undertecknades dock aldrig av parterna.

Inom ramen för förhandlingarna om underleverantörsavtalet fördes intensiva prisdiskussioner mellan TeliaSonera och GothNet. TeliaSonera upplevde även konkurrens från TDC gällande underleverantörsavtalet. Av interna dokument från TeliaSonera framgår att den arbetsgrupp som arbetade med anbudet till GothNet sökt och fått mandat från price board att erbjuda GothNet ett pris för koppar baserat på en leverans av samtliga kopparaccesser till GothNet. Detta går stick i stäv med att TeliaSonera skulle ha varit överens med GothNet om ett underleverantörsavtal.

TeliaSoneras och GothNets diskussioner om ett underleverantörsavtal fortsatte även under tiden inför anbudsinlämning i upphandlingen år 2009. Diskussionerna var av teknisk karaktär, men rörde även pris (engångsavgifter för övertag av TDC:s accesser) och kommersiella villkor, framförallt SLA-nivåer och därtill kopplade viten.

Den 21 augusti 2009 skickade GothNet över ett utkast till samarbetsavtal utarbetat av GothNet. Avtalsutkastet, såsom det utformats av GothNet, innefattade en bestämmelse som om ett avtal hade kommit till stånd inneburit ett åtagande för TeliaSonera att inte inge något eget anbud till Göteborgs Stad. Av avtalsutkastet framgick även att TeliaSonera skulle åta sig att inte vara underleverantör till annan anbudsgivare.

TeliaSonera återsände ett avtalsförslag till GothNet. Av TeliaSoneras justeringar framgår att TeliaSonera förbehöll sig friheten att sälja tjänster till andra som deltog i upphandlingen. Avtalsutkastet togs fram mellan den 21–24 augusti 2009. Utkasten visar att parterna inte var överens om villkoren för ett eventuellt samarbete. Eftersom det tar ungefär 30 dagar för TeliaSonera att utforma ett anbud hade det vid detta tillfälle varit objektivt sett omöjligt för TeliaSonera att lämna ett eget anbud till Göteborgs Stad.

När anbudstiden gick ut den 25 augusti 2009 och GothNet lämnade in sitt anbud till Göteborgs Stad hade GothNet och TeliaSonera inte kommit överens om ett samarbetsavtal. Parterna var vid tidpunkten oeniga om ett antal villkor. Vad gäller priset så kvarstod diskussioner kring rabatter på engångsavgifter samt kommersiella villkor rörande SLA-nivåer och viten.

Perioden 26 augusti–12 oktober 2009

GothNet, Net at Once och DGC lämnade anbud i upphandlingen. Ett antal operatörer, däribland TeliaSonera, TDC, Tele2, Telenor och Verizon, lämnade inte anbud i upphandlingen.

Av GothNets anbud i upphandlingen framgår att det inte speglar de priser som TeliaSonera offererade GothNet inom ramen för förhandlingarna om ett underleverantörsavtal. GothNet synes alltså inte ha baserat sitt anbud på koppar på TeliaSoneras offererade priser.

Efter anbudsinlämning, men innan tilldelning, fortsatte GothNet att pressa TeliaSoneras priser. Av ett e-postmeddelande den 8 oktober 2009 framgår att TeliaSonera gav GothNet en sista ytterligare rabatt om 200 000 kr. Av mailet framgår att TeliaSonera tidigare gett GothNet en extra rabatt om 1 000 000 kr på de offererade priserna. För att få lägre priser var TeliaSonera även tvunget att eskalera frågan till högsta ledningen. Även TDC förde under denna period förhandlingar med GothNet. TDC kompletterade bl.a. en tidigare given offert till GothNet med en lista på de adresser de kunde leverera till och de där TDC inte kunde leverera.

Utvärderingen av anbuderna i upphandlingen skedde i tre steg. I det första steget var GothNet billigast. DGC hoppade av inför steg två eftersom bolaget inte ansåg sig kunna lämna ett konkurrenskraftigt anbud. I det andra steget var Net at Once billigast och, slutligen, i det tredje steget var GothNet billigast och tilldelades avtalet.

GothNets anbud innebar en kostnadssänkning för Göteborgs Stad om 15 procent jämfört med tidigare avtal.

Perioden 13 oktober–16 december 2009

Den 16 oktober 2009 fick TeliaSonera veta att GothNet hade vunnit upphandlingen. Av ett internt e-postmeddelande samma dag framgår bl.a. följande om TeliaSoneras möjligheter efter tilldelningsbeslutet: ”Vi ropar inte hej och firar förrän överklagandeprocessen är klar och vi har ett avtal med GothNet med det ser riktigt bra ut”. Av e-postmeddelandet framgår att TeliaSonera ansåg sig ha goda chanser att få ett avtal med GothNet.

Avtalsförhandlingarna fortsatte under november–december 2009. TeliaSonera och GothNet var då överens om pris, men fortfarande inte eniga om de kommersiella villkoren, framförallt vitesklausuler och SLA. Underleverantörsavtalet mellan TeliaSonera och GothNet skrevs på först den 18 december 2009.

BEVISNING

Såväl Konkurrensverket som GothNet och TeliaSonera har åberopat skriftlig bevisning.

På Konkurrensverkets begäran har muntlig bevisning lagts fram genom vittnesförhör med J.B. VD för Net at Once AB, O.S. vice VD för Net at Once AB, D.G. grundare av och styrelseledamot i DGC One, J.A. ansvarig för upphandlingen år 2009 vid Göteborgs Stads upphandlingsbolag, H.C. TeliaSonera, och M.D. f.d VD för GothNet.

På GothNets begäran har muntlig bevisning lagts fram genom förhör under sanningsförsäkran med S.S. VD för GothNet, samt vittnesförhör med M.D.

På TeliaSoneras begäran har muntlig bevisning lagts fram genom vittnesförhör med H.C., M.D. och E.H. TeliaSonera.

DOMSKÄL

Patent- och marknadsdomstolen kommer i det följande att pröva om det föreligger något avtal eller samordnat förfarande i den mening som avses i 2 kap. 1 § och 1 kap. 6 § andra punkten konkurrenslagen och artikel 101.1 i Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt (EUF-fördraget eller FEUF). Som särskilda led i dessa bedömningar tar domstolen ställning till om TeliaSonera hade kapacitet att lämna anbud, om ansvariga hos TeliaSonera haft behörighet att agera, om GothNet kan anses vara ett företag i konkurrensrättslig mening samt om det för GothNets del är fråga om ett koncerninternt agerande. Om det föreligger avtal och/eller samordnat förfarande prövas om det har haft ett konkurrensbegränsande syfte. Om konkurrensbegränsande syfte föreligger blir det inte aktuellt att pröva om avtalet och/eller förfarandet har haft ett konkurrensbegränsande resultat. Motsatsvis ska, om det inte finns någon konkurrensbegränsande syfte, en prövning ske med avseende på konkurrensbegränsande resultat. Om avtalet och/eller förfarandet anses ha varit konkurrensbegränsande till sitt syfte eller resultat blir nästa steg en märkbarhetsprövning, och, om märkbarhet föreligger, en undantagsprövning enligt 2 kap. 2 § konkurrenslagen. Om undantag inte kan anses föreligga ska prövas om det finns förutsättningar att döma ut konkurrensskadeavgift, och i så fall med vilka belopp. Domstolen prövar även om det föreligger samhandelseffekt.

Bevisbörda och beviskrav, allmänt

Bevisbördan för att det har förekommit en överträdelse av konkurrenslagstiftningen vilar på Konkurrensverket.

I motiven till 1993 års konkurrenslag anges att en avsikt med den föreslagna lagstiftningen bl.a. är att så långt som möjligt uppnå materiell rättslikhet med EU:s konkurrensregler (prop. 1992/93:56 s. 21). Detta har tolkats som att även beviskraven ska vara på samma nivå som i unionsrätten (MD 2007:23). Någon skillnad torde inte ha varit avsedd i 2008 års konkurrenslag (SOU 2006:99 En ny konkurrenslag, s. 488).

Visserligen innehåller inte rådets förordning 1/2003 om tillämpning av fördragets konkurrensregler några bestämmelser om vilka principer för bevisvärdering och beviskrav som ska tillämpas i ett nationellt förfarande. Men det ankommer då på medlemsstaterna, enligt principen om nationell processuell autonomi, att föreskriva sådana bestämmelser, med tillämpning av likvärdighetsprincipen och effektivitetsprincipen (mål C-74/14 Eturas m fl, EU:C:2016:42, punkterna 30-32). Om alltför låga beviskrav tillämpas i nationella domstolar kan detta strida mot den unionsrättsliga oskuldspresumtionen (Eturas, punkterna 38-41). Omvänt kan alltför höga beviskrav strida mot effektivitetsprincipen (Eturas, punkterna 35-37).

Svensk processrätt ska alltså tillämpas i detta mål för bl.a. frågor om bevisning. Men i enlighet med effektivitetsprincipen ska ändå de svenska reglerna om bevisning tillämpas på ett sätt som medför att bestämmelserna i 2 kap. 1 § konkurrenslagen kan få ett genomslag som är i linje med EU-rätten. Om Sverige exempelvis skulle tillämpa ett väsentligt högre beviskrav än EU-domstolen på dessa materiella bestämmelser skulle det alltså kunna innebära att Sverige tillät förfaranden som skulle förbjudits om de kommit under EU-rättslig prövning. Effekten av den svenska bestämmelsen skulle därmed bli en annan än den som följer av denna bestämmelses motsvarighet i EUF-fördraget. Bedömningen av frågorna om bevisbörda och beviskrav i ett mål om konkurrensbegränsande avtal eller samordnat förfarande ska därför göras med hänsyn till den praxis som utvecklats inom unionsrätten, även om det i grunden råder nationell processautonomi. Det avgörande blir att tillämpa och tolka svensk rätt om bevisbörda och beviskrav på så sätt att effekterna av de svenska materiella bestämmelserna är i

linje med EU-rätten (Patent- och marknadsöverdomstolens dom den 24 november 2016 i PMT 7499-16).

Inom unionsrätten krävs för att bevisa en överträdelse av artikel 101 FEUF, som materiellt motsvarar 2 kap. 1 § konkurrenslagen, att det anförs sådan bevisning som krävs för att på ett tillfredsställande sätt visa förekomsten av de faktiska omständigheter som utgör en överträdelse. I detta sammanhang ankommer det bl. a. på kommissionen att styrka samtliga omständigheter som visar att ett företag har deltagit i en sådan överträdelse och dess ansvar vad avser dess olika delar (mål C-185/95 P Baustahlgewebe mot kommissionen, EU:C:1998:608, punkt 58, och mål C-49/92 P, kommissionen mot Anic Partecipazioni, EU:C:1999:356, punkt 86). Det krävs trovärdiga, precisa och samstämmiga bevis.

Med utgångspunkt i svensk processrätt svarar uttrycken ”visa/styrka” i unionsrättslig praxis närmast mot bevisvärdet ”styrkt/visat” (se Patent- och marknadsöverdomstolens dom den 24 november 2016 i PMT 7499-16, jmf. MD 2013:5, jmf tidigare beviskrav i MD 2007:23 och 2005:7).

Emellertid måste inte varje del av den bevisning som företetts nödvändigtvis motsvara dessa kriterier med avseende på varje del av överträdelsen. Det är tillräckligt att en samlad bedömning av alla de indicier som läggs fram motsvarar detta krav (mål C-407/08 P Knauf Gips mot kommissionen, EU:C:2010:389, punkt 47, se även EFTA-domstolens dom i mål E-15/10 Posten Norge AS mot EFTA Surveillance Authority, punkt 94). En sådan bedömning ligger ju också väl i linje med den svenska principen om fri bevisvärdering.

Har GothNet och TeliaSonera ingått ett avtal i konkurrensrättslig mening?

Konkurrensverket har förklarat att verket inte gör gällande att det underleverantörsavtal som kom att träffas mellan GothNet och TeliaSonera i december 2009, således efter upphandlingen, är konkurrensbegränsande. Däremot gör verket gällande att GothNet

och TeliaSonera inför och under upphandlingen var överens om en rollfördelning, och då hade gett uttryck för en gemensam vilja att TeliaSonera inte skulle lämna något anbud i upphandlingen, att GothNet skulle lämna anbud och att TeliaSonera skulle få ett exklusivt underleverantörsavtal. Denna grund för talan prövas nu.

Rättsliga utgångspunkter; avtalsbegreppet enligt konkurrenslagstiftningen

Förbudet mot konkurrensbegränsande avtal enligt 2 kap. 1 § konkurrenslagen tillämpas på avtal mellan företag.

Det är tillräckligt att företagen i fråga enats om att uppträda på ett visst sätt på marknaden för att ett avtal ska anses föreligga (mål 41/69 ACF Chemiefarma mot kommissionen, EU:C:1970:71, och mål C-235/92 P Montecatini mot kommissionen, EU:C:1999:362, punkt 39). Enligt EU-domstolens praxis föreligger ett avtal om åtminstone två parter gemensamma vilja har uttryckts. Den form i vilken denna vilja kommer till uttryck har dock inte i sig någon avgörande betydelse (mål C-194/14 P AC-Treuhand mot kommissionen, EU:C:2015:717, punkt 28). Samma gäller vid tillämpning av 2 kap. 1 § konkurrenslagen.

Bevisvärdering och bedömning

Av den skriftliga bevisningen har följande framgått.

Den 29 juni 2009 skickade Hans Sjöström, Bid Manager på TeliaSonera, ett internt epostmeddelande till sin kollega E.H. som jobbade med försäljning till kunder i offentlig sektor på TeliaSonera. Till H.S. epostmeddelande var bifogat en fil med vad som angavs vara ett ”standard LOI”, alltså Letter of Intent eller avsiktsförklaring. H.S. skrev till E.H. ”Ska vi använda det och slipa det lite?”. Kort därefter svarade E.H. ”Fixat”. Till mejlkonversationen fanns en handling kallad Avsiktsförklaring som enligt huvudet var mellan ”TeliaSonera Sverige AB,

556430-0142, (Telia) och GothNet AB”. Dagen efter, den 30 juni 2009, skickade H.S. ett epostmeddelande till Mats Devert, som vid den tiden var VD för GothNet. H.S. skrev:

Hej M.,
Översänder ett förslag till LOI avseende det framtida samarbetet i Göteborgs Stads upphandlingen.
Läs igenom, stäm av med dina kollegor och kommentera.

Till epostmeddelandet var bifogat en ny version av avsiktsförklaringen där bl.a. GothNets organisationsnummer framgick. Även inledningen hade redigerats om och hade nu följande lydelse:

Mellan parterna pågår förhandlingar i syfte att träffa ett avtal avseende leverans från Telia av förbindelser för datakommunikation till Göteborgs Stad enligt förfrågningsunderlag 336/08 (”Avtalet” respektive ”Tjänster”).

Vidare hade en klausul om förhandlingsexklusivitet redigerats om och fått följande lydelse:

4. EXKLUSIVITET

Parterna förbinder sig att under Förhandlingstiden inte påbörja förhandling med tredje man om Tjänsterna eller någon annan åtgärd som negativt kan påverka målsättningen att senast den 2009-08-25 underteckna Avtalet.

Dagen därpå, den 1 juli 2009, svarade M.D. enligt följande:

Hej på er
Här kommer förslag på några ändringar. Läs och begrunda så hörs vi efter halv fyra i eftermiddag.

Till M.D. meddelande var bifogat en ny version av avsiktsförklaringen. I inledningen hade nu lagts till

Telia ska leverera Tjänsterna i egenskap av underleverantör till GothNet som åtar sig att inlämna anbudet till Göteborgs Stads Upphandlings AB.

Även vissa andra ändringar hade gjorts i utkastet.

Något senare samma dag skickade Hans Sjöström ett internt epostmeddelande till TeliaSoneras bolagsjurist P.G. med kopia till H.C. också TeliaSonera:

Hallå Per.

Se LOI med ändringsmarkeringar från GothNet.

Är ändringarna ok??

Vid fyrtiden samma dag skickade H.C. på TeliaSonera ett epostmeddelande till M.D. och skrev ”Enliten korr, annars ok”. I den bifogade reviderade versionen av avsiktsförklaringen hade bestämmelsen med rubriken Exklusivitet fått följande lydelse:

4. EXKLUSIVITET

Parterna förbinder sig att under Förhandlingstiden inte påbörja förhandling med tredje man om Tjänsterna avtal avseende förbindelser för datakommunikation till Göteborgs Stad enligt förfrågningsunderlag 336/08 eller någon annan åtgärd som negativt kan påverka målsättningen att senast den 2009-08-25 underteckna Avtalet.

Någon ytterligare korrespondens kring avsiktsförklaringen verkar inte ha förekommit och Konkursverket har gjort iakttagelsen att den aldrig skrevs under. Med början den 21 augusti 2009 förekom däremot epost igen mellan GothNet och TeliaSonera. Denna gång var det ett utkast till samarbetsavtal som Mats Devert skickade till H.C.

De delar som är av intresse för bedömningen av Konkurrensverkets talan i aktuell del hade följande lydelse:

Mellan Telia Sonera Sverige AB, 556430-0142, ("Telia") och Göteborg Energi GothNet AB, 556406-4748 ("GothNet") har denna dag träffats följande

SAMARBETSAVTAL

1 BAKGRUND

Parterna har den 1 juli 2009 träffat en avsiktsförklaring, Bilaga 1, beträffande anbud till Göteborgs Stads Upphandlings AB ("Upphandlingsbolaget") enligt förfrågningsunderlag 336/08.

Parterna har nu överenskommit om att ersätta ovan angivna avsiktsförklaring med detta Samarbetsavtal.

Detta Samarbetsavtal skall översiktligt beskriva parternas överenskommelse att samarbeta avseende Upphandlingsbolagets upphandling dnr 336/08

2 GOTHNETS ÅTAGANDEN

GothNet åtar sig att lämna in anbud i Upphandlingen med Telia som exklusiv underleverantör beträffande kopparförbindelser och övriga förbindelser som Gothnet ej levererar på egen infrastruktur under förutsättning att Telia förser GothNet med allt erforderligt anbudsunderlag som ligger inom Telias område i egenskap av underleverantör.

GothNet åtar sig att ej lämna anbud i Upphandlingen med annan underleverantör beträffande de i denna punkt angivna förbindelserna än Telia.

GothNet förbinder sig att teckna underleverantörsavtal med Telia för det fall GothNet vinner Upphandlingen avseende de i denna punkt angivna förbindelserna.

3 TELIAS ÅTAGANDE

Telia åtar sig att tillhandahålla erforderligt underlag beträffande förbindelserna enligt punkt 2 ovan så att GothNet kan lämna anbud i Upphandlingen.

Telia åtar sig dels att inte inlämna eget anbud i Upphandlingen samt dels att inte vara underleverantör till annan anbudsgivare på samma sätt som i förhållande till GothNet i Upphandlingen.

Telia åtar sig vidare att för Göteborgs Stad redogöra före den 25 augusti 2009, varför Telia valt att ej lämna eget anbud i Upphandlingen utan i stället valt att bli underleverantör till GothNet.

Telia åtar sig vidare att för det fall GothNet vinner Upphandlingen att teckna ett underleverantörsavtal med GothNet vari Telia svarar för alla SLA-nivåer, viten och övertagande av TDC:s kopparförbindelser samt övriga åtaganden härförliga till förbindelserna enligt punkt 2 ovan.

H.C. svarade den 21 augusti

Hej M.!

Jag tycker det ser ok ut men behöver det elektr för att kunna skicka till vår jurist. Sedan är det väl bra om vi skriver under det på måndag.

Efter att kort därefter ha fått ett elektroniskt dokument med samarbetsavtalet från M.D. skrev H.C. samma dag ett internt epostmeddelande till bolagsjuristen P.G. med kopia till H.S. och E.H. Han bad P.G. att titta på avtalet.

Den 24 augusti svarade P.G. och skickade tillbaka utkastet till samarbetsavtal med en del ändringsmarkeringar, enligt följande:

3 TELIAS ÅTAGANDE

Telia åtar sig att tillhandahålla erforderligt underlag beträffande förbindelserna enligt punkt 2 ovan så att GothNet kan lämna anbud i Upphandlingen.

Telia åtar sig dels att inte inlämna eget anbud i Upphandlingen, ~~och dels att inte vara underleverantör till annan anbudsgivare på samma sätt som i förhållande till GothNet i Upphandlingen.~~

Telia åtar sig vidare att för Göteborgs Stad redogöra före den 25 augusti 2009, varför Telia valt att ej lämna eget anbud i Upphandlingen utan i stället valt att bli underleverantör till GothNet. PG: Konstit text – ser helst att den stryks. Vi lär ju ändå under alla omständigheter få förklara oss för staden.

Telia åtar sig vidare att för det fall GothNet vinner Upphandlingen att teckna ett underleverantörsavtal med GothNet vari Telia svarar för alla SLA-nivåer, viten och övertagande av TDC:s kopparförbindelser samt övriga åtaganden härförliga till förbindelserna enligt påunkt 2 ovan. Telias åtagande är villkorat av att parterna kan överenskomma om skäliga villkor för underleverantörsavtalet.

Snart därpå samma dag skickade H.C. utkastet till M.D. med följande text:

Hej M.!

Några små ändringar från vår jurist. Kan du sedan skriva ut 2 ex så kan jag komma över idag och skriva på?

Konkurrensverket gör dock inte gällande att samarbetsavtalet kom att undertecknas.

Utkasten till avsiktsförklaring och samarbetsavtal ger, sedda isolerade, stöd för Konkurrensverkets synsätt. Här kan särskilt noteras att i det utkast till avsiktsförklaring som M.D. skickade den 1 juli 2009 angavs att ”Telia ska leverera Tjänsterna i egenskap av underleverantör till GothNet som åtar sig att inlämna anbudet (singular, Patent- och marknadsdomstolens kommentar) till Göteborgs Stads Upphandlings AB”. Vidare anges i utkastet till samarbetsavtal den 21 augusti 2009 att parterna den 1 juli 2009 träffat en avsiktsförklaring. I samma utkast angavs att ”GothNet åtar sig att lämna in anbud i Upphandlingen med Telia som exklusiv underleverantör”, att ”Telia åtar sig dels att inte inlämna eget anbud i Upphandlingen” och att Telia skulle åta sig att före den 25 augusti 2009, alltså när anbudstiden gick ut, för Göteborgs Stad redo-

göra varför Telia valt att ej lämna eget anbud i upphandlingen utan istället valt att bli underleverantör till GothNet. Även efter att TeliaSoneras bolagsjurist hade granskat utkastet och gjort ändringsmarkeringar fanns det kvar en skrivning om att Telia åtog sig att inte inlämna eget anbud i upphandlingen. På det hela taget förmedlar utkasten bilden av att GothNet och TeliaSonera kommit överens på sätt som Konkurrensverket gjort gällande.

Det finns emellertid annan skriftlig bevisning, som åberopats av GothNet och TeliaSonera, vilken talar i en annan riktning. GothNet har lagt fram offerter från TeliaSonera och TDC avseende de förbindelser som GothNet saknade för att kunna ge ett komplett bud i upphandlingen. Offerten från TDC är daterad den 6 augusti 2009 och det är svårförklarligt varför GothNet skulle ha tagit in offerten om det redan fanns en överenskommelse med TeliaSonera om underleverantörskap.

Vidare förekom under sommaren och hösten 2009 förhandlingar mellan GothNet och TeliaSonera om priser och andra centrala villkor i underleverantörsavtalet. Av epostmeddelanden den 11 augusti 2009 framgår att TeliaSonera efter en genomgång erbjöd lägre priser än i det underleverantörsavtal som då gällde mellan parterna. I ett epostmeddelande av den 8 oktober 2009 erbjöd TeliaSonera en ytterligare rabatt på 200 000 kr ”att läggas till tidigare lämnad rabatt”. Där framgår också, som TeliaSonera har anfört, att TeliaSonera redan tidigare hade erbjudit rabatt om 1 000 000 kr, och att erbjudandet den 8 oktober var villkorat av exklusivitet (”vi får all koppar”). Det är svårförklarligt varför TeliaSonera skulle erbjuda prissänkningar av sådant slag för att vinna ett exklusivt underleverantörsavtal om parterna redan i princip var överens. GothNets förslag i utkastet till samarbetsavtal, som måste förstås som att TeliaSonera skulle svara för alla SLA-nivåer, viten och andra åtaganden på motsvarande sätt som GothNet gjorde gentemot Göteborgs Stad, kom inte att bli verklighet. Enligt ett epostmeddelande den 13 november 2009 pågick alltjämt avtalsförhandlingar mellan TeliaSonera och GothNet, och det framgår av ett annat epostmeddelande att förhandlingar om en rad avtalsvillkor pågick den 27 november 2009. Ännu den 4 december 2009 pågick förhandlingar om avtalsviten m.m., vilket också styrks av epostmeddelanden. Frågan

om vilka förpliktelser TeliaSonera skulle åta sig gentemot GothNet vad gäller service-nivåer och viten verkar ha varit svårlöst. GothNet ville att TeliaSonera skulle göra motsvarande åtaganden som de som GothNet gjorde gentemot Göteborgs Stad, men enligt den utredning som lagts fram ledde förhandlingarna till ett slags mellanläge. Den 10 december 2009 pågick avtalsförhandlingar om viten och den 14 december utväxlades genom epost nya förslag till skrivningar. Först den 17 december 2009 utväxlades ett färdigt avtal.

GothNet har också parallellt fört förhandlingar om underleverantörsavtal med TDC. Enligt vad som framgår av ett epostmeddelande av den 2 november 2009 pågick förhandlingar mellan GothNet och TDC. Även det är svårt att förena med att GothNet och TeliaSonera skulle ha varit överens under upphandlingen, således före den 25 augusti 2009.

Varken H.C. eller M.D. har i sina vittnesmål bekräftat att det före-kommit någon överenskommelse under upphandlingen, tvärtom menar de att de inte var överens. Trovärdigheten i deras berättelser har undergrävts när de konfronterats med uppgifter som de lämnat vid förhör hos Konkurrensverket. Patent- och marknads-domstolen har därför bortsett från H.C. och M.D. uppgifter i aktuell del och istället fäst avseende vid den skriftliga bevisningen. Däremot har vittnesförhö-ret med E.H. gett stöd för att det förekom avtalsförhandlingar under hösten 2009 och att TeliaSonera uppfattade att man konkurrerade med TDC om att få bli underleve-rantör.

När bevisningen vägs samman uppstår starka tvivel om förekomsten av ett avtal mellan GothNet och TeliaSonera av det slag som påstås. Ingen av parterna verkar ha in-rättat sig efter någon överenskommelse. Om så vore fallet borde de inte ha behövt för-handla om priser och andra centrala villkor till mitten av december för att träffa ett underleverantörsavtal. GothNet borde inte heller ha haft anledning att förhandla med både TeliaSonera och TDC samtidigt under hösten 2009. Det framstår inte som troligt att TeliaSonera skulle ha blivit underleverantör till GothNet om inte parterna hade

kunnat enas om pris och andra avtalsvillkor som diskuterades fram under flera månader efter att upphandlingen hade avslutats.

Patent- och marknadsdomstolen har även övervägt möjligheten att GothNet och TeliaSonera ingick en konkurrensbegränsande överenskommelse inför upphandlingen, varefter GothNet bröt mot överenskommelsen genom att ställa olika krav och även förhandla med TDC. Det är förvisso så att konkurrensbegränsande avtal är olagliga även om en part inte håller sin del av överenskommelsen. Men bevisningen ger inte stöd för ett sådant scenario.

Om det föreligger tvivel ska utgången bli till fördel för det företag som påstås ha begått en överträdelse (mål C-199/92 P Hüls mot kommissionen, EU:C:1999:358, punkterna 149 och 150, och Montecatini, referens ovan, punkterna 175 och 176).

Vad som upplysts i målet om hur förhandlingarna mellan GothNet och TeliaSonera fortkred ger sammantaget inte något tydligt stöd för att det fanns en sådan överenskommelse som Konkurrensverket gjort gällande, vare sig i månadsskiftet juni/juli 2009 eller senare under upphandlingsförfarandet. Utkasten till avsiktsförklaring och samarbetsavtal ger visserligen starkt stöd för att det fanns en gemensam ambition mellan GothNet och TeliaSonera att förhandla för att komma fram till ett underleverantörsavtal, och det är också ett faktum att ett exklusivt underleverantörsavtal slöts i slutet av år 2009. Det underleverantörsavtal som ingicks i slutet av år 2009 påstås emellertid inte utgöra en överträdelse av konkurrenslagstiftningen. Konkurrensverket gör inte heller gällande något annat än att TeliaSonera kort efter att förfrågningsunderlaget hade gått ut tog ett internt beslut om att inte lämna anbud i upphandlingen. Detta beslut påstås inte ha tillkommit under påverkan av några kontakter med GothNet.

Att ett civilrättsligt avtal träffades först flera månader efter upphandlingen utesluter i och för sig inte att det förelegat en överenskommelse i konkurrensrättslig mening långt tidigare. Att varken avsiktsförklaringen eller samarbetsavtalet är undertecknade utesluter inte heller att GothNet och TeliaSonera har haft en överenskommelse i enlighet

med dessa. Men det är överväganden av det mer hypotetiska slaget och vad som ska prövas är om Konkurrensverket har styrkt sina påståenden. Även om det finns skriftlig bevisning som får anses klart besvärande för GothNet och TeliaSonera, talar händelseförloppet som helhet emot Konkurrensverkets påstående om ett avtal där TeliaSonera åtog sig gentemot GothNet att inte lämna anbud, och som motprestation fick ett exklusivt underleverantörsavtal med GothNet.

Ett avtal i konkurrensrättslig mening kan i och för sig anses ha ingåtts om det framgår att de berörda parterna har samstämmiga önskemål vad gäller principen att begränsa konkurrensen, även om konkurrensbegränsningens former fortfarande är föremål för förhandlingar (mål T-240/07 Heineken Nederland och Heineken mot kommissionen, EU:T:2011:284, punkt 45, ingen ändring efter överklagande, mål C-452/11 P Heineken Nederland och Heineken mot kommissionen, EU:C:2012:829). Sakomständigheterna i målet är dock av de skäl som redovisats inte sådana att denna praxis är tillämplig.

Har det förekommit samordning genom informationsutbyte mellan GothNet och TeliaSonera under sommaren 2009?

Enligt Konkurrensverket har det även förekommit ett informationsutbyte genom att TeliaSonera informerade GothNet om att TeliaSonera inte skulle lämna in ett eget anbud i upphandlingen. Konkurrensverket har i första ledet gjort gällande att informationsutbytet ingår i den överträdelse som utgör ett konkurrensbegränsande avtal. Enligt vad som redovisats tidigare har Patent- och marknadsdomstolen underkänt bevisningen om ett avtal. Men Konkurrensverket har även gjort gällande att informationsutbytet i sig utgör ett otillåtet samordnat förfarande och har preciserat att informationen skrevs in i ett utkast till avsiktsförklaring som utväxlades mellan parterna under tiden den 30 juni till den 1 juli 2009 samt i ett utkast till samarbetsavtal som utväxlades mellan parterna åtminstone under perioden den 21 till den 24 augusti 2009. Domstolen prövar i det följande om Konkurrensverket har styrkt sitt påstående och om det är fråga om ett samordnat förfarande.

Rättsliga utgångspunkter; begreppet samordnat förfarande

EU-domstolen har anmärkt att begreppen ”avtal” och ”samordnat förfarande”, om man ser till den subjektiva sidan, omfattar olika former av samförstånd som är av samma art och som endast skiljer sig åt vad avser deras intensitet och i vilka former de kommer till uttryck (mål C-8/08 T-Mobile Netherlands m fl, EU:C:2009:343, punkt 23). Ett samordnat förfarande avser en form av koordination mellan företag som, utan att det har lett fram till att ett egentligt avtal har ingåtts, medvetet ersätter den fria konkurrensens risker med ett praktiskt inbördes samarbete (ibid, punkt 26).

Att ett enstaka informationsutbyte kan utgöra ett samordnat förfarande framgår av praxis (ibid, punkt 59).

Även ensidigt röjande av information för en konkurrent kan utgöra ett samordnat förfarande. Spridning av känsliga uppgifter undanröjer osäkerheten angående en konkurrents framtida handlande och påverkar därmed, direkt eller indirekt, informationsmottagarens strategier (mål T-377/06 Comap mot kommissionen, EU:T:2011:108, punkterna 69-70, ingen ändring av EU-domstolen efter överklagande, mål C-290/11 P Comap mot kommissionen, EU:C:2012:271, punkterna 16 och 66 ff. Se även Europeiska kommissionens riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på horisontella samarbetsavtal, EUT 2011, C 11/01, punkt 62).

Bevisvärdering och bedömning

Av den skriftliga bevisningen har framgått att det förekom epostkorrespondens mellan M.D. på GothNet och H.S. på TeliaSonera den 30 juni och den 1 juli 2009 angående avsiktsförklaringen på sätt som redovisats tidigare. Någon uppgift om att TeliaSonera inte ska lämna anbud i upphandlingen kan inte utläsas av utkasten till

avsiktsförklaring. Däremot förekommer, som redan nämnts, i det utkast till avsiktsförklaring som M.D. skickade den 1 juli 2009 skrivningen att ”Telia ska leverera Tjänsterna i egenskap av underleverantör till GothNet som åtar sig att inlämna anbudet (singular, Patent- och marknadsdomstolens kommentar) till Göteborgs Stads Upphandlings AB”. Det kan tolkas som att det redan då stod klart att det endast skulle bli fråga om ett anbud, och ger således visst stöd för att TeliaSonera då hade informerat GothNet om sin avsikt att inte delta med anbud i upphandlingen.

I de utkast till samarbetsavtal som utväxlades den 21-24 augusti 2009 sägs däremot uttryckligen att ”Telia åtar sig dels att inte inlämna eget anbud i Upphandlingen” och att ”Telia åtar sig vidare att för Göteborgs Stad redogöra före den 25 augusti 2009, varför Telia valt att ej lämna eget anbud i Upphandlingen utan i stället valt att bli underleverantör till GothNet”. Det första utkastet till samarbetsavtal skickades från M.D. på GothNet till H.C. på TeliaSonera. Det finns två realistiska förklaringar till skrivningarna. Antingen hade M.D. på GothNet helt på eget initiativ introducerat dessa avtalsvillkor i utkastet, eller också reflekterar villkoren något som parterna redan hade pratat om. Det sistnämnda alternativet framstår som det troligaste. Skrivningarna kom också att stå kvar efter att TeliaSonera granskat dem och framstår således som något som var okontroversiellt parterna emellan.

Hörd som vittne har H.C. först uppgett att han inte minns att de berättade att TeliaSonera inte tänkte lägga anbud. Konfronterad med de uppgifter som han lämnat under Konkurrensverkets utredning har H.C. erinrat sig att M.D. sagt till honom att ”om ni inte ska lämna in så ska ni berätta det för Göteborgs Stad” och att han då replikerade att ”det kanske jag kommer att göra”. H.C. tror att det kröp fram och att GothNet nog förstod att TeliaSonera inte skulle ge in något anbud.

Under Konkurrensverkets utredning lämnade H.C. sammanfattningsvis följande uppgifter. När TeliaSonera hade bestämt sig var han ju tvungen att prata med GothNet. Då hade TeliaSonera bestämt sig för att (som det får uppfattas) inte lämna anbud, men att som underleverantör försöka ta så mycket av underleverantören TDC:s

kaka som möjligt. De hade ett möte med M.D. och berättade sin ståndpunkt. M.D. tyckte att det lät bra men ville ha ett letter of intent från TeliaSonera. H.C. uppfattade att M.D. alltid hade misstrott TeliaSonera. Mats De-vert trodde nog att TeliaSonera ville lura honom, att TeliaSonera skulle dubbelspela. H.C. gick med på att lämna ett letter of intent. Det var innan semestern. Han berättade också vid något tillfälle för J.A. att TeliaSonera inte skulle lämna in anbud. Efter semestern skickade M.D. ett samarbetsavtal som de arbetade med. Men de blev aldrig klara. Samarbetsavtalet skrevs aldrig under utan dog bara ut. H.C. tror att M.D. kände att han kunde lita på TeliaSonera, att de inte skulle lura honom.

Av H.C. uppgifter har alltså framgått att det förekommit i vart fall ett möte mellan honom och M.D. före semestern. Den skriftliga bevisningen ger också en indikation om att kontakter av annat slag än epostkorrespondens förekom. Den 1 juli 2009, skrev M.D. till H.S. med kopia till H.C. ”Läs och begrunda så hörs vi efter halv fyra i eftermiddag”.

Hörd som vittne har M.D. sagt att han inte minns att någon från TeliaSonera talade om att de inte skulle lägga anbud. Han minns inte exakt varför GothNet föreslog skrivningen att TeliaSonera inte skulle lägga anbud. Avsiktsförklaringen kan han inte påminna sig hur den kom till. När det står att TeliaSonera ska leverera tjänsterna i egenskap av underleverantör till GothNet, som åtar sig att inlämna anbudet, var det ett förtydligande av rollerna. GothNet skulle lämna in anbud och TeliaSonera skulle vara underleverantör. Det fanns dock ingen förpliktelse. Han minns inte hur samarbetsavtalet kom till. H.C. talade inte om för honom att TeliaSonera inte tänkte lägga anbud i upphandlingen. GothNet ville syna om TeliaSonera skulle lägga anbud och avtalsutkastet var ett sätt att göra det.

Under Konkurrensverkets utredning lämnade M.D. uppgifter som framstår som påtagligt vaga, men som inte kan uppfattas på annat sätt än att GothNet visste TeliaSo-

neras roll; nämligen att TeliaSonera skulle vara underleverantör och inte lämna in eget anbud. Det var något som diskuterades mellan företagen.

M.D. utsaga präglas av svårigheter att minnas och innefattar ett förnekande av att H.C. skulle ha informerat om TeliaSoneras avsikter. Uppgifterna är oför-enliga med vad H.C. har uppgett under vittnesförhör och även med vad H.C. uppgav under Konkurrensverkets utredning. Uppgifterna är även svåra att förena med vad M.D. sagt under Konkurrensverkets utredning. Trovärdigheten undergrävs ytterligare av den skriftliga bevisningen, som i inte obetydlig utsträckning består av handlingar som M.D. själv har varit med om att arbeta fram och skickat till personer hos TeliaSonera. Patent- och marknadsdomstolen fäster därför inte någon tilltro till M.D. uppgifter.

Sammanfattningsvis visar bevisningen att H.C. på TeliaSonera innan semest-rarna informerade M.D. på GothNet om att TeliaSonera inte hade för avsikt att lägga anbud i upphandlingen. Informationen kom till uttryck i utkastet till avsiktsför-klaring som utväxlades i månadsskiftet juni/juli 2009. Där förekom skrivningen att ”Telia ska leverera Tjänsterna i egenskap av underleverantör till GothNet som åtar sig att inlämna anbudet”. Informationen kom också till uttryck i utkasten till samarbetsav-tal som utväxlades i slutet av augusti 2009, som innehöll förslag till uttryckliga åta-ganden från TeliaSoneras sida om att TeliaSonera inte skulle lämna anbud i upphand-lingen.

Informationen förmedlades i slutet av juni 2009 samtidigt som TeliaSonera meddelade sin ambition att bli underleverantör om GothNet vann upphandlingen. Diskussionerna om underleverantörskap och att TeliaSonera skulle avstå från att lämna anbud har gått hand i hand.

Informationsöverföringen från TeliaSonera till GothNet utgör i sig en samordning i den mening som avses i 1 kap. 6 § konkurrenslagen och artikel 101.1 FEUF. Samord-ningen har dessutom fördjupats genom att GothNet aktivt har försökt få försäkringar

om att TeliaSonera inte skulle lämna in anbud, varvid TeliaSonera har bekräftat sina avsikter, dels i utkast till en avsiktsförklaring, dels i utkast till samarbetsavtal. TeliaSoneras beslut att inte lämna anbud i upphandlingen har tillkommit ensidigt men har därefter använts som valuta i förhandlingarna med GothNet. Även om kontakterna inte resulterade i ett konkurrensbegränsande avtal står det klart att TeliaSonera till följd av informationsutbytet har förbättrat sina förutsättningar i förhandlingarna om ett underleverantörsavtal med GothNet.

Patent- och marknadsdomstolen kommer senare i domen ta ställning till om övriga kriterier för ett samordnat förfarande är uppfyllda, och tar i det följande ställning till om de invändningar som gjorts beträffande kapacitet, bristande behörighet och tillämpning av företagsbegreppet kan leda till slutsatsen att samordningen inte omfattas av förbuden i 2 kap. 1 § konkurrenslagen och artikel 101 FEUF.

Kapacitetsfrågan

TeliaSonera har gjort gällande att man tillhandahöll Telia Wan och TeliaDataNet som standardiserade tjänster och kunde göra smärre kundanpassningar av tjänsterna, dock inte kundunika lösningar som innebar några större tekniska anpassningar. Det berodde på kostnadsskäl och hänsyn till tillförlitligheten i nätet. Den tjänst som Göteborgs Stad efterfrågade var enligt TeliaSonera en blandning av nivå 2 och nivå 3-tjänster enligt OSI-modellen, vilket TeliaSonera inte erbjöd. TeliaSonera gick aldrig med på att kunden skulle kunna styra i s.k. CPE:er. De servicenivåer som krävdes var höga och kopplade till hårda viteskrav. TeliaSonera hade inte heller tillgång till fiber till aktuella adresser. Tilldelningskriteriet var lägsta pris. TeliaSonera kunde därför inte lägga ett konkurrenskraftigt anbud i upphandlingen pga. kommersiella och tekniska skäl.

TeliaSoneras invändning prövas i det följande.

Principiella överväganden kring bevisbörda och beviskrav med avseende på frågan om kapacitet att lämna anbud på egen hand etc.

Patent- och marknadsdomstolen har underkänt bevisningen om ett konkurrensbegränsande avtal mellan TeliaSonera och GothNet. Det blir därför inte aktuellt att pröva kapacitetsfrågan för att ta ställning till om det har varit fråga om ett horisontellt avtal mellan konkurrenter. Däremot har kapacitetsfrågan alltså någon betydelse vid prövningen av det rättsliga och ekonomiska sammanhang där samordning har förekommit. Patent- och marknadsdomstolen prövar därför om TeliaSonera inte kunde lämna anbud i upphandlingen på grund av kapacitetsbrist.

Fråga kan ställas hur bevisbördan bör placeras och hur beviskraven bör se ut.

Ett tänkbart sätt att fördela bevisbördan skulle vara att, på motsvarande sätt som i brottmål, låta Konkurrensverket ha bevisbördan för att motbevisa en sådan invändning och att beviskravet ställs så att verket måste lägga fram så mycket bevisning att invändningen framstår som obefogad (jmf NJA 2009 s 234). En sådan lösning framstår emellertid som olämplig av skäl som redovisas nedan. Mot bakgrund av de bedömningar som redovisats ovan bör ledning om bevisbördans placering istället främst sökas i unionsrätten.

Som redovisats ovan tillämpas enligt unionsrättsliga principer presumptionen för den anklagades oskuld i förfaranden rörande åsidosättanden av konkurrensregler som gäller företag och som kan leda till ålägganden av böter eller viten. Enligt fast praxis i konkurrensrättsliga mål åvilar det dock ett företag som överbevisats om omständigheter vilka som huvudregel innebär en överträdelse, att anföra omständigheter som visar motsatsen. En sådan regel innebär inte att domstolarna på ett otillåtet sätt kastar om bevisbördan (Hüls, citerat ovan, punkt 155, även Montecatini, citerat ovan, punkt 18).

Det är fråga om ett indispositivt tvistemål enligt konkurrenslagen. Domstolen bedömer att TeliaSonera har bevisbördan för påståendet att man saknat kapacitet. Om bevisbördan för sådana påståenden läggs på Konkurrensverket får verket utomordentligt stora

svårigheter att bevisa överträdelser, eftersom en analys i efterhand av företagens leveranskapacitet förutsätter en mycket noggrann genomlysning av företagets inre funktion, på ett sätt som är svårt att åstadkomma ens med Konkurrensverkets omfattande utredningsbefogenheter. Företagen är dessutom oförhindrade att göra nya invändningar under processen, alltså sedan utredningen avslutats. Det får därför anses olämpligt att låta Konkurrensverket ha bevisbördan för att motbevisa invändningar av aktuellt slag. Bevisbördan för en sådan invändning som nu är för handen bör istället i enlighet med bevissäkringsprincipen och av ändamålsskäl vila på företaget självt. Företaget är nämligen i den bästa positionen att själva säkra bevisning om att det saknade kapacitet att lämna anbud på egen hand. Beviskravet att visa en sådan invändning bör enligt domstolen inte ställas särskilt högt, en överviktsprincip framstår som lämplig.

Rättsliga utgångspunkter för bedömningen

Bedömningen om företaget saknat kapacitet att lämna egna anbud ska göras från objektiva utgångspunkter. Det är inte fråga om att söka fastställa vad företaget hade för uppfattning vid tiden för anbudsgivningen. En sådan ståndpunkt är också rimlig eftersom motsatsen skulle kunna öppna för efterhandskonstruktioner från företagets sida såvitt gäller övervägandena vid tiden för samverkan (Kommissionens riktlinjer för horisontella samarbetsavtal, EUT C/11, 14/01/2011, punkterna 234 ff, särskilt punkten 237, se också översättningen till engelska "objectively necessary" och franska "objectivement nécessaire", liksom den danska versionen "hvis den objektivt set er nødvendig" och den tyska versionen att "wenn sie objektiv erforderlich ist").

Bevisvärdering och bedömning

TeliaSonera har gjort gällande att förfrågningsunderlaget innefattade långtgående skall-krav, bl.a. om att Göteborgs Stad självt skulle kunna konfigurera, övervaka och hantera samtidigt som leverantören skulle uppfylla viss servicenivå (SLA). Brott mot SLA-åtagandena var förenade med kraftiga viten. Det som efterfrågades var en

kundanpassad tjänst som låg mellan nivå 2 och nivå 3 i OSI-modellen vilket inte TeliaSonera erbjöd. TeliaSonera hade inte tillgång till fiber till de i upphandlingen aktuella adresserna och måste alltså i egen regi etablera ny infrastruktur, eller hyra fiberaccess av Skanova eller GothNet. TeliaSonera konkurrerade genom att erbjuda hög kvalitet, men det var lägsta pris som var avgörande för möjligheten att vinna upphandlingen. TeliaSonera saknade möjlighet att lämna ett konkurrenskraftigt anbud i upphandlingen.

Patent- och marknadsdomstolen konstaterar att inga analyser av den egna leveranskapaciteten verkar ha upprättats internt hos TeliaSonera i tiden för anbudsförfrågan.

H.C. vars uppgifter åberopats om den bristande leveranskapaciteten, har lämnat ganska okonkretiserade uppgifter. Han har uppgett i huvudsak följande. Det fanns en passus i upphandlingsunderlaget att Infraservice skulle ha någon form av in-syn i TeliaSoneras routrar, men det tillåter inte TeliaSonera, varför de inte kunde leverera. Han läste igenom det kommersiella och det var bara lägsta pris. Dessa var två av de saker TeliaSonera inte ville göra affär på. Gissningsvis hade det kostat ca 500 000 kr att lägga anbud, och det skulle ta två och en halv månad att utarbeta anbudet. TeliaSonera var tvungna att göra en teknisk speciallösning för att kunna leverera. De skulle aldrig vinna upphandlingen.

Mot de uppgifter som H.C. har lämnat måste dessutom ställas uppgifter som lämnats av de vittnen som Konkurrensverket har åberopat.

J.B. har lämnat i huvudsak följande uppgifter. Han var VD för Net at Once år 2009. Upphandlingen var en fantastisk möjlighet för dem. Net at Once hade access i alla telefonstationer i området och behövde inte göra investeringar. Fibertjänster avsåg de att köpa upp. Han trodde att Net at Once kunde vinna upphandlingen. Han var yt-terst förvånad att inte Telenor, TDC, Tele2 eller TeliaSonera lade anbud. Net at Once har huvudkontor i Växjö.

O.S. har lämnat i huvudsak följande uppgifter. År 2009 var han vice VD på Net at Once. De såg stora möjligheter att vara med i upphandlingen. Net at Once hade många kopparaccesser genom sin etablering i olika telestationer och räknade med att kunna vända sig till GothNet eller TeliaSonera för fiber. Net at Once trodde att alla de stora skulle lämna anbud, TeliaSonera, GothNet, Telenor och Tele2. Han uppfattar det som märkligt att TeliaSonera inte skulle ha kapacitet. Det finns inget som hindrar att TeliaSonera köper fiber. Det är vanligt att man anlitar underleverantörer. Vad som är en standardtjänst är en definitionsfråga. Det kanske var unikt att kunden själv skulle kunna utföra vissa åtgärder. Om man bröt mot den avtalade servicenivån var det risk för viten, men Net at Once såg inga svårigheter att lägga anbud mot bakgrund av skallkraven. OSI-modellen har han sett, men det kanske är lite väl teoretiskt att beskriva marknaden så. Net at Once har kontor i Växjö, men har verksamhet från Stockholm och söderut.

D.G. har lämnat i huvudsak följande uppgifter. Han är entreprenör och grundare av DGC One. Han är med i alla DGC:s stora anbud och var involverad i upphandlingen 2009 då han tog fram underlaget. När DGC får in en förfrågan tittar de på vilka infrastrukturleverantörer som finns i området, vilka som kan leverera. I det här fallet kunde de vända sig till Skanova, Telia Operator Business och GothNet. DGC valde att offerera förbindelser, men kan inte leverera en sådan affär helt själva. Det var en stor upphandling, den typ av upphandlingar som DGC alltid lämnar anbud på. Det var en intressant affär. De lämnar anbud i andra upphandlingar veckovis. Ett starkt stadsnät sitter ofta kvar som leverantör, det är svårt att gå vinnande ur den typen av affärer. DGC går inte in i affärer där det inte finns hälsosamma marginaler, men bedömde att de hade en chans att vinna. Att utforma anbud omfattar säkert ett par veckors arbete. De trodde att stadsnätet skulle lämna bud, liksom Telia, TDC, Telenor och Tele2. Han blev inte särskilt förvånad över utfallet, men det var ovanligt att Telia inte lade bud. Det låter konstigt att Telia saknade kapacitet att lägga bud, DGC byggde största delen av sitt anbud på Skanovas offerter. Man sätter i de flesta fall dit direkt utrustning. Skanova gör utbyggnationer åt dem ofta. DGC gjorde bedömningen att det inte var konstigare än att de kunde lägga anbud. Det kan nog ha varit så att det var kraftiga viten i

avtalet med Göteborgs Stad. I enstaka fall kan nog Telia ha dragit sig ur en upphandling på grund av krav, även om det inte är vanligt. DGC är nog öppnare för andra krav. Man gör en affärsmässig bedömning. Det är inte viktigt att ha huvudkontor nära där man säljer. DGC säljer över hela landet. DGC hoppade av i steg två i upphandlingen när det krävdes lägre pris, till slut blev det inte lönsamt. De fick inte sina priser från underleverantörerna justerade.

Patent- och marknadsdomstolen gör följande bedömning. Av utredningen framgår att det inte var en teknisk förutsättning att ha egen infrastruktur fullt ut eftersom marknadsaktörerna ofta hyrde kapacitet av varandra. Att det förekom skall-krav i upphandlingen på servicenivåer förenade med viten innebär förstås en kommersiell risk, men det har å andra sidan inte hindrat de betydligt mindre aktörerna DGC och Net at Once att lämna anbud. Det underleverantörsavtal som TeliaSonera till slut tecknade med GothNet innebar en del kundspecifika lösningar och även åtaganden om servicenivåer och viten. Även om dessa åtaganden inte blev lika långtgående som i upphandlingen, visar det att TeliaSonera inte var främmande för vare sig kundanpassningar eller risktaganden i form av servicenivåer och viten, förutsatt att man kunde göra en bra affär. Några faktiska eller tekniska hinder mot att lämna anbud i upphandlingen har inte heller anförts. TeliaSoneras argument konvergerar istället mot att det inte var ekonomiskt intressant att lämna ett anbud. Att ett företag avstår från att lämna anbud för att affären inte framstår som tillräckligt lönsam är dock inte detsamma som att företaget saknar kapacitet och inte är en konkurrent på marknaden.

Av det yttrande som TeliaSonera gav in till Konkurrensverket den 25 februari 2013 framgår också att TeliaSonera i beslutet att inte ge anbud vägde in det som hade förevarit efter 2004 års upphandling, närmare bestämt vid avropet år 2005. Då uppfattade TeliaSonera att Göteborgs Stad inte var villigt att släppa hela affären till annan aktör än GothNet. Att TeliaSoneras överväganden delvis präglades av den misstro mot Göteborgs Stad som TeliaSonera kände efter den förnyade konkurrensutsättning som ägde rum efter 2004 års upphandling, där GothNet blev leverantör, stöds även av annan bevisning. H.C. har omvitnat att det uppstod förvåning och misstänksamhet

när Göteborgs Stad efter 2004 års upphandling på nytt gjorde en konkurrensutsättning genom avrop, som GothNet vann. I den lösningsbeskrivning med rubriken ”Kundanpassad lösning för GothNet (Göteborg Stad)” som upprättas av TeliaSonera den 18 augusti 2009 anges även att ”Enligt Bid-teamet är upphandlingen konstruerad för att passa GothNet och risken är stor att man endast ser en offert från Telia som en kontroll offert”.

Sammantaget bedömer domstolen att TeliaSonera inte har gjort sannolikt att bolaget saknade kapacitet att lämna anbud i upphandlingen.

Frågan om behörighet

Rättsliga utgångspunkter för bedömningen

Tillämpningen av förbudet mot konkurrensbegränsande avtal förutsätter inte att det berörda företags ägare eller ledning vidtagit, eller ens känt till, en åtgärd, utan det räcker att en åtgärd har vidtagits av en person som har behörighet att agera på företagets vägnar (förenade målen 100/80–103/80, *Musique Diffusion française* m.fl. mot kommissionen, EU:C:1983:158, punkt 97, svensk specialutgåva VII, s. 133).

EU-domstolen har påpekat att det är ovanligt att en företrädare för ett företag deltar i ett möte med en fullmakt som ger vederbörande befogenhet att göra sig skyldig till en överträdelse. För att ett konkurrensbegränsande avtal ska anses föreligga är det inte nödvändigt att styrka ett personligt uppträdande hos den i bolagsordningen angivna företrädaren eller ett särskilt avtal genom vilket denne företrädare genom fullmakt tillåtit ett beteende från en av de anställda som deltagit i ett konkurrensbegränsande möte mål (mål C-68/12 *Slovenská sporiteľňa*, EU:C:2013:71, punkterna 25-28).

I de fall där företag hävdar att företrädare eller anställda saknat behörighet att ingå konkurrensbegränsande avtal har sådana resonemang underkänts (se vad gäller branschförening t.ex. mål T-5/00 och 6/00 *DEP Nederlandse Federatieve Vereniging*

voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied mot kommissionen, EU:T:2003:342, punkt 147). Förstainstansrätten påpekade i ett snarlikt fall att om argumentet godkändes skulle det leda till att frånta (nuvarande) artikel 101.1 FEUF all dess ändamålsenliga verkan, eftersom ett företags eller en företagssammanslutnings stadgar aldrig kan tillåta ingåendet av avtal med ett förbjudet syfte (förenade målen T-25/95 m.fl. Cimenteries m.fl. mot Kommissionen, EU:T:2000:77, punkterna 923-28 samt 1312-1313).

Det kan med fog ifrågasättas om argument om frånvaro av behörighet över huvud taget har någon relevans eftersom det skulle öppna för att låta företag och företagssammanslutningar undgå ansvar genom att skriva föreningsstadgar, bolagsordningar m.m. på sätt så att det står klart att det alltid blir fråga om behörighetsöverskridanden vid överträdelser av konkurrenslagstiftningen (se Förstainstansrättens uttalanden i Cimenteries, refererat ovan).

I det s.k. bananmålet hade Dole bilateralt utbytt referenspriser med Chiquita och Weichert. Dole gjorde gällande att de anställda inte kunde utväxla någon viktig information avseende trender för referenspriset, eftersom de inte hade behörighet att fastställa detta pris i sista led. Sådana beslut fattades istället av den verkställande direktören. Enligt Dole innebar detta att samtalen mellan företagen inte kunde undanröja osäkerheten tillräckligt för att en samordning av referenspriserna skulle vara möjlig. Resonemanget underkändes av Tribunalen (mål T-588/08 Dole Food och Dole Germany mot kommissionen, EU:T:2013:130, punkt 577-585 med hänvisningar till tidigare praxis, ingen ändring av EU-domstolen efter överklagande, mål C-286/13 P Dole Food och Dole Fresh Fruit Europe mot kommissionen, EU:C:2015:184, punkt 102).

Med detta sagt konstaterar Patent- och marknadsdomstolen att det i och för sig inte helt kan uteslutas att det skulle kunna uppstå situationer där anställda agerar helt utanför sina förelagda arbetsuppgifter på ett sätt som innebär att deras handlingar inte kan tillskrivas företaget i konkurrensrättslig mening. Utrymmet för att komma fram till en

sådan slutsats får dock, mot bakgrund av de bedömningar som gjorts i unionsrättslig praxis, anses vara mycket begränsat.

Bevisvärdering och bedömning

Fråga är alltså om H.C. och de andra på TeliaSonera som var involverade i samordningen med GothNet hade behörighet att agera på TeliaSoneras vägnar i den mening som avses i praxis.

TeliaSonera har inte åberopat någon särskild bevisning till stöd för denna invändning, men har åberopat förhör med H.C. till stöd för att inget avtal träffats. Av förhöret med H.C. har inte framgått annat än att TeliaSonera har följt sina vanliga interna rutiner för att dels bestämma att man inte skulle lägga anbud, dels uppdra internt att förhandla ett underleverantörsavtal med GothNet. Det var försäljningsdirektören som fattade besluten. Teamet som skulle förhandla bestod av H.C., H.S. och E.H.

Patent- och marknadsdomstolen gör följande bedömning. Även om H.C. inte hade rätt att teckna avtal hade han rätt att förhandla. När ett företag anförtror en anställd att förhandla med en konkurrent måste företaget också ansvara för konkurrensbegränsande förfaranden som den anställda ägnar sig åt inom ramen för sådana förhandlingar. I det aktuella fallet har det funnits ett förhandlingsteam hos TeliaSonera, och personerna i teamet har dessutom stämt av sina åtgärder med bolagsjuristen.

TeliaSonera kan därför inte nå framgång med invändningen om att företagets anställda har saknat behörighet.

Utgjorde GothNet ett företag i den mening som avses i 1 kap. 5 § konkurrenslagen m.m.?*Rättsliga utgångspunkter för bedömningen*

Med företag avses enligt 1 kap. 5 § konkurrenslagen en fysisk eller juridisk person som driver verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur, dock inte till den del verksamheten består i myndighetsutövning.

Begreppet företag enligt unionens konkurrensregler omfattar varje enhet som bedriver ekonomisk verksamhet, oavsett enhetens rättsliga form och sättet för dess finansiering. Ekonomisk verksamhet utgörs av all verksamhet som består i att erbjuda varor eller tjänster på en viss marknad. Staten själv eller ett statligt organ kan på så vis agera i egenskap av företag. Verksamhet knuten till utövande av offentliga maktbefogenheter utgör däremot inte sådan ekonomisk verksamhet som innebär att EUF-fördragets konkurrensregler ska tillämpas. En myndighet kan vidare anses utgöra ett företag med avseende på en del av verksamheten. I den mån en myndighet bedriver en ekonomisk verksamhet som kan skiljas från dess myndighetsutövning, agerar den i egenskap av företag med avseende på den delen av verksamheten. Om den ekonomiska verksamheten i fråga inte kan skiljas från dess övriga verksamhet ska däremot hela dess verksamhet anses vara knuten till utövandet av offentliga maktbefogenheter (mål C-138/11 *Compass-Datenbank*, EU:C:2012:449, punkterna 35-38 med hänvisningar till tidigare praxis).

Komparativt kan noteras att även EFTA-domstolen har prövat motsvarande begrepp, nämligen företagsbegreppet enligt EES-avtalet (Case E-29/15 *Sorpa bs. v The Competition Authority*, punkterna 48-64). Frågan gällde ett kommunkooperativ som ägdes gemensamt av sex kommuner och bedrev verksamhet med avfallshantering, riktat till hushåll och företag. Kommunkooperativet hävdade att det inte kunde anses utgöra ett företag när det bedrev avfallshantering. EFTA-domstolen underströk att den grundläggande frågan är om enheten bedriver verksamhet som består i att erbjuda varor eller tjänster på en marknad, och som i princip kan tillhandahållas av en privat aktör i vinst-

syfte. Om verksamheten kan bedrivas av ett privat företag är det en indikation på att den är ekonomisk (ibid, punkt 52 och 58, med hänvisning till EU-domstolens mål C-82/01 P *Aéroports de Paris* mot kommissionen, EU:C:2002:617, punkt 82). I den utsträckning som en kommuns åtgärder utgör politiskt beslutsfattande eller offentlig förvaltning agerar kommunen däremot inte som ett företag (ibid, punkt 56). För det fall enheten inte bestämmer själv över vilken ersättning som ska tas ut, utan ersättningsnivån istället bestäms enligt lag, är det en indikation på att verksamheten inte är ekonomisk (ibid, punkt 63).

Marknadsdomstolen tog år 2004 (MD 2004:21) ställning till en snarlik frågeställning, och fann att Vägverket genom Vägverket Produktion hade agerat på marknaden i en producent- och leverantörsroll, dvs. i en ekonomisk verksamhet som innebar att Vägverket måste anses ha varit ett företag i konkurrenslagens mening.

Bevisvärdering och bedömning

Med tillämpning av dessa principer prövar Patent- och marknadsdomstolen om GothNet var ett företag i konkurrensrättslig mening.

GothNet har i den här delen åberopat bolagsstämmoprotokoll från 2009 samt Göteborgs Stads ägardirektiv för direkt och indirekt ägda bolag år 2009, samt förhör under sanningsförsäkran med Sofia Söder, VD för GothNet.

Det är utrett att GothNet år 2009 ingick i samma koncern som Upphandlingsbolaget och ägdes av Göteborgs Kommunala Förvaltnings AB. Årsstämman i GothNet beslutade år 2009 att anta de ägardirektiv som gällde för kommunens direkt och indirekt ägda bolag. Enligt dessa skulle Göteborgs Stad som aktiv ägare bland annat löpande utvärdera verksamheten och verksamhetsformen, bolagens strategier och mål, hur dessa överensstämde med stadens övriga verksamhet samt hur bolagsverksamheten sköttes av bolagsstyrelse och bolagsledning. Det framgår att det skulle förekomma informell styrning i form av samråd och dialog mellan staden och bolagen. Kommun-

fullmäktige fastställde ändamålet med bolagens verksamhet och utsåg samtliga ledamöter i direkt och indirekt ägda bolag. Bolagsstyrelserna skulle som huvudregel samråda med kommunstyrelsen och stadsdirektören vid tillsättande av verkställande direktör. Vidare skulle kommunfullmäktige ta ställning innan sådana beslut i verksamheten som var av principiell beskaffenhet eller annars av större vikt fattades.

GothNet har dock i upphandlingen verkat i konkurrens med privata företag om att erbjuda tjänsterna, vilket tyder på att det är fråga om ekonomisk verksamhet. GothNet har även bestämt sina egna priser i anbudsgivningen. Anbudsgivning och tillhandahållande av datakommunikationstjänster framstår inte som något typfall av politiskt beslutsfattande eller offentlig förvaltning, utan har tvärtom karaktären av en ekonomisk verksamhet. Till detta kan läggas att de ägardirektiv som GothNet har lagt fram inte innebär någon detaljstyrning och att inget annat har framkommit än att Gothnets verksamhet bedrevs på kommersiella villkor.

Vid denna bedömning var GothNet ett företag i den mening som avses i 1 kap. 5 § konkurrenslagen och artikel 101 FEUF.

Var det samordnade förfarandet koncerninternt hos GothNet?

Rättsliga utgångspunkter för bedömningen

EU-domstolen har i många avgöranden resonerat kring den ekonomiska enhetens princip, men då oftast för att avgöra om moderbolag ska ansvara för dotterbolags överträdelser av konkurrensreglerna.

Nu är dock en annan frågeställning aktuell. Tillämpning av den ekonomiska enhetens princip kan nämligen i vissa fall leda till att ett avtal eller förfarande helt undgår tillämpning av förbuden mot konkurrensbegränsande avtal och samordnade förfaranden. Artikel 101 FEUF är inte tillämplig på relationerna mellan ett moderbolag och dess dotterbolag, när dessa bolag utgör en ekonomisk enhet inom vilken dotterbolagen inte

åtnjuter någon verklig rätt att själva bestämma sitt handlande på marknaden, utan tillämpar anvisningar som lämnats av det moderbolag som kontrollerar dem till 100 procent. Detta följer av att relationerna inom en ekonomisk enhet, när det inte handlar om självständiga ekonomiska viljor som samverkar, inte kan ge upphov till ett avtal mellan företag eller ett samordnat förfarande som begränsar konkurrensen i den mening som avses i artikel 101 FEUF. Ett moderbolags policy att dela upp olika nationella marknader mellan sina dotterbolag har därmed inte ansetts vara av sådant slag att förbudet i artikel 101 var tillämpligt. Förbudet kan inte tillämpas på beslut som fattas inom en koncern för att organisera förhållandena mellan de olika enheterna inom koncernen (mål C-73/95 P Viho mot kommissionen, EU:C:1996:405, punkterna 13-18, uttolkat i C-234/98 Allen m.fl., EU:C:1999:594, punkterna 18-19, samt i mål T-41/96 Bayer mot kommissionen, EU:T:2000:242, punkt 175, och mål T-198/98 Micro Leader mot kommissionen, EU:T:1999:341, punkt 38). Motsvarande måste gälla enligt 2 kap. 1 § konkurrenslagen.

I svensk praxis är det vägledande avgörandet det tidigare nämnda Vägverksmålet (MD 2004:21). Där kan en del av den grundläggande problematiken sägas vara att ett kartellsamarbete där Vägverket Produktion (en del av Vägverket) ingick resulterade i att Vägverket i egenskap av upphandlande myndighet drabbades. Marknadsdomstolen bedömde att eftersom Vägverket hade uppträtt som ett företag och i en roll som främst leverantör kunde det inte uteslutas att det förfarande som skulle prövas var konkurrensbegränsande.

En snarlik fråga har avgjorts av EFTA-domstolen, som uttalade sig om begreppet ”handelspartner” i EES-avtalets motsvarighet till förbudet mot missbruk av dominerande ställning genom diskriminering (jmf 2 kap. 7 § andra stycket tredje punkten konkurrenslagen). I det fallet var det just fråga om transaktioner med ägaren, en kommun. EFTA-domstolen underkände argumentet att företag som ingick i samma koncern som det dominerande företaget inte skulle betraktas som handelspartners. Endast om ett företag i samma koncern som det dominerande företaget inte bedrev någon egen ekonomisk verksamhet och utgjorde samma företag som det dominerande företaget

skulle det undgå att anses utgöra en handelspartner (Sorpa, referens ovan, punkterna 103-104).

Bevisvärdering och bedömning

Patent- och marknadsdomstolen konstaterar att den tillämpning av den ekonomiska enhetens princip som förespråkas av GothNet leder fel. I det aktuella fallet har det förekommit samordning mellan TeliaSonera och GothNet inför en upphandling. Anbudsgivningen i upphandlingen var inte koncernintern utan ägde rum på en marknad, och det var på den marknaden som det samordnade förfarandet ägde rum. TeliaSonera och GothNet tillhör inte samma ekonomiska enhet och redan därför kan det uteslutas att det samordnade förfarandet har ägt rum inom en och samma ekonomiska enhet. Det framgår av den unionsrättsliga praxis som redovisats, liksom av svensk praxis, att det bara är vid rena koncerninterna transaktioner som förbudet mot konkurrensbegränsande avtal och samordnade förfaranden inte är tillämpligt. Att det kan förekomma vissa koncerninterna aspekter av ett förfarande mellan företag vilka inte tillhör samma ekonomiska enhet innebär inte att förfarandet undgår tillämpning av konkurrenslagstiftningen.

Det som är föremål för prövning i det här målet bör skiljas från vissa andra fall då det finns anledning att beakta en transaktions koncerninterna natur. Som exempel kan nämnas koncerninterna omstruktureringar och koncerninterna beslut om prissättning m.m.. Ur rättstillämpningen kan nämnas att i mål om missbruk av dominerande ställning genom prisdiskriminering har det ansetts problematiskt att jämföra en internprissättning hos ett dominerande företag med de priser som företaget erbjuder på marknaden (se Stockholms tingsrätts dom den 7 februari 2014 i mål T 20621-10 Verizon ./Tele2).

Sammanfattningsvis har det samordnade förfarandet mellan TeliaSonera och GothNet inte varit koncerninternt.

Har det samordnade förfarandet haft ett konkurrensbegränsande syfte?

Domstolen har funnit att TeliaSonera i månadsskiftet juni/juli 2009 lämnade information till GothNet om att TeliaSonera inte hade för avsikt att lämna anbud i Göteborgs Stads upphandling. GothNet försökte sedan få försäkringar om att TeliaSonera inte skulle lämna in anbud, varvid TeliaSonera bekräftade sina avsikter, dels i utkast till en avsiktsförklaring, dels i utkast till samarbetsavtal. Domstolen tar i det följande ställning till om samordningen hade till syfte att begränsa konkurrensen.

Rättsliga utgångspunkter för bedömningen; metoden att fastställa om det är fråga om en syftesöverträdelse

Kriterierna konkurrensbegränsande syfte eller resultat är alternativa, och i första hand prövas om konkurrensbegränsande syfte föreligger (T-Mobile Netherlands m.fl., punkt 28).

Ett konkurrensbegränsande syfte utgörs inte av subjektiva avsikter hos företrädare för ett företag. Sådana överväganden är irrelevanta (C-209/07 Beef Industry Development och Barry Brothers, EU:C:2008:643, punkt 21). Det är istället fråga om en objektiv bedömning av det avtal eller samordnade förfarande som är föremål för bedömningen (ibid).

För att det ska föreligga en konkurrensbegränsning genom syfte krävs att det är fråga om en *typ av samordning* mellan företag som är *så pass skadlig för konkurrensen* att det kan anses att någon bedömning av dess effekter inte behöver göras (mål C-67/13 P CB mot kommissionen, EU:C:2014:2204, punkt 49, se även mål C-172/14 ING Pensii, EU:C:2015:484, punkt 31). Begreppet att avtalet ”har till syfte” att begränsa konkurrensen ska tolkas restriktivt (mål C-345/14 Maxima Latvija, EU:C:2015:784, punkt 18). Det innebär att man ska vara försiktig i tillämpningen av syftesbegreppet.

För att ett avtal ska kunna anses ha ett konkurrensbegränsande syfte räcker det att det

är ägnat att inverka negativt på konkurrensen. Med andra ord är det tillräckligt att det är konkret ägnat att hindra, begränsa eller snedvrider konkurrensen på den relevanta marknaden. Frågan huruvida och i vilken mån ett avtal har en sådan verkan i verkligheten har endast betydelse för eventuella konkurrensskadeavgifter (mål C-32/11 *Allianz Hungária Biztosító and Others*, EU:C:2013:160, punkt 38).

Förbudet mot konkurrensbegränsande samordnade förfaranden gäller inte endast förfaranden som har en direkt inverkan på det pris som slutkonsumenterna betalar, och begränsar sig inte heller till avtal som rör horisontell prissättning, begränsning av produktionen eller marknadsuppdelning. Det måste således inte föreligga ett direkt samband mellan ett samordnat förfarande och konsumentpriserna för att det ska kunna konstateras att det har ett konkurrensbegränsande syfte. Bestämmelsen i 2 kap. 1 § konkurrenslagen är inte enbart avsedd att skydda konkurrenternas eller konsumenternas direkta intressen, utan den ska skydda marknadens struktur och därmed konkurrensen som sådan (se *Beef Industry Development* och *Barry Brothers*, referens ovan, punkterna 22 ff, *T-Mobile Netherlands* m fl, punkterna 36 och 39, se även *Dole*, punkterna 123-125). Istället har EU-domstolen tillämpat en analys som bl.a. bygger på det kontrafaktiska scenariot, d v s vad som skulle hända utan förfarandet (*Beef Industry Development* och *Barry Brothers*, punkt 35).

Rättsliga utgångspunkter för bedömningen; särskilt om informationsutbyte

Bedömningen av huruvida ett samordnat förfarande är konkurrensbegränsande är i allt väsentligt samma som för ett avtal (*T-Mobile Netherlands*, punkterna 28-31).

Vad gäller utbyte av information mellan konkurrenter har EU-domstolen erinrat om att kriterierna koordination och samarbete, som avgör vad som är ett samordnat förfarande, ska uppfattas mot bakgrund av den grundläggande idén bakom fördragets konkurrensregler, nämligen att varje ekonomisk aktör självständigt ska bestämma den politik som den avser att följa på den gemensamma marknaden (*ibid*, punkt 32). Även om

detta krav på självständighet inte utesluter att de ekonomiska aktörerna har rätt att rationellt anpassa sig till det konstaterade eller förutsedda uppträdandet hos konkurrenterna, hindrar det emellertid strikt att det förekommer direkta eller indirekta kontakter mellan sådana aktörer, kontakter som är ägnade att antingen påverka en faktisk eller potentiell konkurrents beteende på marknaden eller för en sådan konkurrent avslöja det beteende man har beslutat om eller överväger att själv tillämpa på marknaden, när dessa kontakter har till syfte eller resultat att utmynna i konkurrensvillkor som inte motsvarar de normala villkoren på den relevanta marknaden, med beaktande av de tillhandahållna produkternas eller tjänsternas beskaffenhet, hur betydelsefulla och hur många företagen var och nämnda marknads volym (ibid, punkt 33).

Utbyte av information mellan konkurrenter kan strida mot konkurrensbestämmelserna när detta utbyte mildrar eller undanröjer graden av osäkerhet om den relevanta marknadens funktion och följaktligen begränsar konkurrensen mellan företagen (ibid, punkt 35). Ett informationsutbyte mellan konkurrenter ska anses ha ett konkurrensbegränsande syfte om det är ägnat att undanröja osäkerhet om hur de berörda företagen har för avsikt att agera (ibid, punkt 43).

Vid bedömningen om ett informationsutbyte är konkurrensskadligt har beaktats om utbytet avser färskta uppgifter som är exakta och av känslig natur (mål T-16/98 *Wirtschaftsvereinigung Stahl m.fl. mot kommissionen*, EU:T:2001:117, punkt 44).

Bedömning: Är förfarandet av sådant slag att det vid första påseende utgör en överträdelse med konkurrensbegränsande syfte?

I enlighet med den analysmodell som framgår av praxis och som redovisats ovan ska domstolen som ett första led ta ställning till hur förfaranden av aktuellt slag typiskt sett skulle påverka konkurrensen på vilken marknad som helst. Förfarandets förmåga att typiskt sett medföra betydande verkningar på marknaden ska analyseras mot bakgrund av de omständigheter som var kända när det ägde rum. Omständigheter som konstaterats efteråt kan inte i detta led av analysen beaktas för att fastställa om det är fråga om

syftesöverträdelser (se generaladvokaten Nils Wahls förslag till avgörande i mål C-172/14 ING Pensii, punkt 60).

Patent- och marknadsdomstolen konstaterar att det här var fråga om dagsaktuell information av företagshemlig natur som förmedlades till en konkurrent. Informationen gjordes bara tillgänglig för GothNet och riktades inte till marknaden i stort. Dock kan konstateras att även information om framtida marknadsbeteende som riktas till marknaden i stort i något fall har ansetts ge upphov till konkurrensproblem (se Europeiska kommissionens pressrelease i ärendet 39850 Container Shipping av den 7 juli 2016, IP/16/2446).

Genom att informera GothNet om sina avsikter undanröjde TeliaSonera GothNets osäkerhet om hur TeliaSonera hade för avsikt att agera i upphandlingen. Typiskt sett tjänar konkurrenter på att agera på aktuellt sätt, alltså att det ena företaget informerar det andra om sin avsikt att inte delta i en upphandling, samtidigt som förhandlingar om ett underleverantörsavtal inleds företagen emellan. Det företag som får information om att en konkurrent inte avser att lägga anbud kan nämligen räkna med lägre konkurrens och får därmed ett minskat incitament att lämna ett konkurrenskraftigt bud. Ju färre anbudsgivare desto högre blir incitamentet för anbudsgivaren att försöka tillgodogöra sig en hög vinst eftersom risken att inte erhålla objektet blir lägre med färre anbudsgivare. Vidare uppstår typiskt sett en informationsasymmetri på marknaden när en marknadsaktör bilateralt kommunicerar till en konkurrent sin avsikt att inte lägga anbud. Den som är ensam om att ha tillgång till informationen får försteg i informationshänseende jämfört med konkurrenterna. De som överväger att lämna anbud i upphandlingen får därigenom olika förutsättningar att bedöma vilket konkurrenstryck de kan förvänta sig.

Vid bedömningen måste beaktas att det knappast var fråga om att informationen förmedlades till följd av en felsägning eller något annat misstag. Tvärtom har TeliaSonera lämnat informationen för att vinna GothNets förtroende och därmed skaffa sig en fördel i förhandlingarna om ett underleverantörsavtal.

Ett företag som i en situation som den aktuella lämnar information om att det inte avser att lämna anbud får för egen del bättre möjligheter att teckna underleverantörsavtal om den konkurrent till vilken informationen förmedlas vinner upphandlingen. Dels har företaget visat ”god vilja” och vunnit konkurrentens förtroende genom att förmedla informationen. Dels kan det vinnande anbudet i upphandlingen komma att hamna på ett högre pris till följd av samordningen. Om det blir ett högre pris kan även en underleverantör gynnas genom att det ökar dess eget utrymme att få bättre avtalsvillkor.

Förfarandet har syftat till att reducera riskerna med anbudskonkurrens inför upphandlingen. Det måste typiskt sett vid första påseende anses vara konkurrensbegränsande.

TeliaSoneras argument att bolaget i vilket fall redan hade bestämt sig för att inte delta måste underkännas. Informationsutbyte avseende sådana åtgärder som ett företag redan har bestämt sig för att vidta kan nämligen undanröja osäkerhet om företagets framtida marknadsbeteende, och därmed ha ett konkurrensbegränsande syfte. Så är fallet här (se T-Mobile Netherlands m fl, punkterna 40-41).

Mot bakgrund av vad TeliaSonera har anfört om upphandlingens utformning vill Patent- och marknadsdomstolen framhålla följande. Det sätt på vilket upphandlingen har utformats, med krav på leverans av fiberbaserade tjänster till över 500 specifika adresser i Göteborg, där GothNet redan hade fiber utbyggt till flertalet, och lägsta pris som tilldelningskriterium, har sannolikt bidragit till det samordnade förfarandet. Det befriar dock inte GothNet och TeliaSonera från ansvar. TeliaSonera hade också kunnat angripa upphandlingen med rättsliga medel om den inte framstod som affärsmässig.

Kan en bedömning av förfarandet i dess rättsliga och ekonomiska sammanhang vända bedömningen att det är fråga om ett förfarande med ett konkurrensbegränsande syfte?

Om bedömningen av förfarandet leder till slutsatsen att förfarandet har ett konkurrensbegränsande syfte, prövas i nästa led det ekonomiska och rättsliga sammanhang som förfarandet ingår i. Bedömningen av det ekonomiska och rättsliga sammanhanget kan,

vid fastställandet av huruvida det föreligger ett konkurrensbegränsande syfte, endast stärka eller neutralisera bedömningen av om det typiskt sett är fråga om ett konkurrensbegränsande syfte (se generaladvokaten Nils Wahls förslag till avgörande i mål C-172/14 ING Pensii, EU:C:2015:272, punkterna 41-43). Med andra ord kan det, när det rättsliga och ekonomiska sammanhanget beaktas, finnas förklaringar som gör att det konkreta förfarandet inte ska anses ha ett konkurrensbegränsande syfte. Bedömningen ska däremot inte innefatta en slags effektanalys. En sådan analys görs först om det inte är fråga om ett konkurrensbegränsande syfte (se mer om det nedan).

Vid bedömningen av det rättsliga och ekonomiska sammanhanget ska hänsyn även tas till de aktuella produkternas eller tjänsternas beskaffenhet samt till strukturen och de faktiska villkoren på den eller de relevanta marknaderna (CB mot kommissionen, punkt 53).

Om analysen så långt leder till slutsatsen att avtalet inte uppvisar en tillräcklig grad av skadlighet för konkurrensen, ska avtalets verkningar prövas. I så fall krävs att det föreligger omständigheter som visar att konkurrensen faktiskt på ett märkbart sätt har hindrats, begränsats eller snedvridits (CB mot kommissionen, punkt 52). För att kunna fastställa ett konkurrensbegränsande resultat krävs då en omfattande analys med avseende på samtliga relevanta omständigheter (se t.ex. mål C-136/12 Consiglio nazionale dei geologi och Autorità garante della concorrenza e del mercato, EU:C:2013:489, punkt 56, mål C-1/12 Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, EU:C:2013:127, punkt 69 ff).

De aktuella tjänsterna har vissa särdrag. Det är dyrt och tidskrävande att anlägga nya koppar- eller fiberförbindelser vilket innebär att företag som kontrollerar nätinfrastruktur har ett försteg. Vidare är det vanligt att ingen leverantör har fullständig tillgång till den infrastruktur som krävs, varför det ofta är nödvändigt för dem att köpa kapacitet av varandra. Risken för samordning ökar när företagen har regelbundna kontakter med varandra för att förhandla om kapacitet m.m. Det är då särskilt viktigt hur dessa kontakter sköts, i synnerhet inför en upphandling.

GothNet hade ett försteg på marknaden i och med sin fiberinfrastruktur i Göteborg och sitt vid tidpunkten för upphandlingen gällande leveransavtal med Göteborgs Stad.

TeliaSonera har gjort gällande att det var Skanova som ägde alla TeliaSonera-koncernens förbindelser (både koppar och fiber), och att TeliaSonera köpte tillträde till fiber och kopparinfrastruktur från Skanova på samma villkor som andra aktörer. Det är dock enligt Patent- och marknadsdomstolen svårt att bortse från att Skanova och TeliaSonera ingick i samma koncern. TeliaSoneras invändning går närmast ut på att Skanova tillämpade en så hög internprissättning att TeliaSonera inte kunde vara med och konkurrera.

Som tidigare konstaterats hade TeliaSonera kapacitet att lämna anbud i upphandlingen. GothNet och TeliaSonera var konkurrenter och hade tillsammans närmare 38 procent av den svenska marknaden. GothNet ägde fiberinfrastruktur på orten och hade haft kontraktet med Göteborgs Stad för motsvarande tjänster sedan år 2004. TeliaSonera var den största aktören på marknaden och hade varit GothNets underleverantör efter 2004 års upphandling.

Samordningen mellan TeliaSonera och GothNet har tenderat att tillse att dessa förhållanden blev permanenta.

GothNets och TeliaSoneras invändning om att priserna sänktes med 15 procent jämfört med 2004 års upphandling provas inte här. De saknar relevans eftersom det inte krävs några effekter när det är fråga om en syftesöverträdelse (förenade målen 56/64 och 58/64 Consten och Grundig mot kommissionen, EU:C:1966:41, s. 496; svensk specialutgåva I, s. 289). Istället provas invändningen inom ramen för undantagsprövningen och vid prövningen av konkurrensskadeavgifter.

Sammanfattningsvis anser Patent- och marknadsdomstolen således att beaktandet av det rättsliga och ekonomiska sammanhanget inte föranleder någon annan slutsats än att förfarandet har haft ett konkurrensbegränsande syfte.

Relevant marknad och märkbarhet

Enligt Konkurrensverket ska marknaden definieras som fasta datakommunikationstjänster till slutkund. Geografiskt är det enligt Konkurrensverket fråga om en nationell marknad.

GothNet har instämt i Konkurrensverkets marknadsdefinition.

TeliaSonera har å sin sida gjort gällande att den relevanta marknaden utgjordes av kundanpassade datakommunikationstjänster på nivå 2 och nivå 3 i Göteborgs Stad. Vad gäller den geografiska marknaden menar TeliaSonera att förhållandena var olika för koppar- respektive fiberförbindelser. Det fanns ett nationellt utbyggt kopparaccess-nät som alla operatörer har tillgång till på lika och icke-diskriminerande villkor, men i Göteborg Stads upphandling år 2009 förelåg ingen utbytbarhet mellan fiber- och kopparförbindelser. De var inte konkurrerande utan kompletterande tekniker i den upphandlingen och ingick därför inte på samma marknad.

Att definiera den relevanta marknaden när det är fråga om en syftesöverträdelse

I ett mål där det är fråga om avtal mellan konkurrenter med konkurrensbegränsande syfte kan märkbarhetsfrågan avgöras mer summariskt eftersom sådana avtal nästan alltid begränsar konkurrensen. Det är överflödigt att ta hänsyn till de konkreta verkningarna av ett avtal när det framgår att syftet med detta är att begränsa, hindra eller snedvrider konkurrensen (se Consten och Grundig). Mycket summariska marknadsdefinitioner har därför godtagits i praxis (mål C-440/11 P kommissionen mot Stichting Administratiekantoer Portielje, EU:C:2013:514, punkterna 101-106, se även mål C-439/11 P Ziegler mot kommissionen, EU:C:2013:513, punkterna 71-73).

Som EU-domstolen bl. a. angav i domen Expedia (mål C-226/11, EU:C:2012:795) ska

ett avtal som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har ett konkurrensbegränsande syfte, till sin natur och oavsett om det har något faktiskt resultat, anses utgöra en märkbar begränsning av konkurrensen (punkt 37 i domen). Motsvarande överväganden har gjorts av Utredningen om en översyn av konkurrenslagen (SOU 2006:99 s. 500).

Nu är det inte fråga om ett avtal, utan ett samordnat förfarande. EU-domstolens avgörande i Expedia får anses omfatta även samordnade förfaranden (se framför allt kommissionen mot Stichting Administratiekantoor Portielje, punkterna 97-105). En förutsättning för tillämpning av denna praxis är emellertid att handeln mellan medlemsstater kan påverkas. En marknadsdefinition framstår i det här fallet som ändamålsenlig för att bedöma om samhandelseffekt föreligger (ibid, punkt 101). Vidare kan en marknadsanalys i det aktuella fallet ha någon betydelse för bedömningen av marknadsstruktur när förfarandet prövas i sitt rättsliga och ekonomiska sammanhang (se ovan). Patent- och marknadsdomstolen tar därför ställning till hur den relevanta marknaden ska definieras. Analysen av den relevanta marknaden kan vara mer summarisk än i exempelvis ett koncentrationsmål eller ett mål om missbruk av dominerande ställning.

Metodfrågor

Marknadsdefinition är ett verktyg som används för att finna och fastställa gränserna för konkurrensen mellan företag. En relevant marknad består dels av en relevant produktmarknad, dels av en relevant geografisk marknad. Syftet med att definiera dessa marknader är att identifiera de faktiska konkurrenterna till de berörda företagen som är i stånd att begränsa deras beteende och hindra dem från att agera oberoende av ett effektivt konkurrenstryck.

En relevant produktmarknad omfattar alla varor eller tjänster som på grund av sina egenskaper, sitt pris och den tilltänkta användningen av konsumenterna betraktas som utbytbara. Kommissionen har framhållit i sitt tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning (OT C 372/5, 9.12.1997) att

företagen utsätts för tre huvudtyper av konkurrens: utbytbarhet på efterfrågesidan, utbytbarhet på utbudssidan och potentiell konkurrens. Ur ekonomisk synvinkel och i samband med definitionen av den relevanta marknaden utgör utbytbarheten på efterfrågesidan den mest omedelbara och effektiva begränsningen för leverantörer av en viss produkt, särskilt i fråga om prissättning. Ett företag eller en företagsgrupp kan inte ha väsentligt inflytande på de rådande försäljningsvillkoren, såsom priser, om det är lätt för dess kunder att gå över till tillgängliga substitutvaror eller till leverantörer någon annanstans.

Att definiera marknaden består huvudsakligen i att identifiera vilka alternativa leverantörer de berörda företagens kunder har i praktiken, både vad gäller produkter eller tjänster och leverantörernas geografiska belägenhet (se tillkännagivandet, punkt 13). Av praxis framgår att den geografiska marknaden utgörs av det område inom vilket produkten saluförs och där konkurrensförhållandena är tillräckligt enhetliga för att man ska kunna bedöma verkan av det berörda företags ekonomiska styrka (mål 27/76 *United Brands mot kommissionen*, EU:C:1978:22, punkt 11).

Värdet av tidigare marknadsdefinitioner i rättstillämpningen på området

Marknadsdefinitioner från tidigare konkurrensrättsliga analyser anses generellt kunna utgöra hållfasta utgångspunkter för senare konkurrensrättsliga bedömningar. Den tekniska utvecklingen, liksom annan utveckling, kan innebära att marknadsdefinitioner förändras över tiden. Sådana förändringar är emellertid inte så frekventa att de undergräver utgångspunkten att marknadsdefinitioner som tidigare gjorts kan vara vägledande (OECD, *Market Definition*, DAF/COMP(2012)19, s. 87). Europeiska kommissionens konkurrensdirektorat har vid sin prövning av koncentrationer inom sektorn utgått från de marknadsdefinitioner som gjorts inom ramen för telekomregleringen (se t.ex. COMP/M.7307 – *Electricity Supply Board / Vodafone Ireland / JV*, punkterna 20-21).

Bevisvärdering och bedömning

Konkurrensverket har som skriftlig bevisning åberopat beslut, utkast till beslut m.m. från PTS.

PTS har år 2009 redogjort för intäkter från nationella datakommunikationstjänster till slutkund, varvid försäljning till slutanvändare såsom företag och statlig, kommunal och annan offentlig verksamhet har tagits med, däremot inte grossistförsäljning.

PTS har i maj 2010 fastställt att marknaden för nätinfrastrukturtillträde har sådana särdrag att det kan vara motiverat att införa förhandsreglering. TeliaSonera AB med berörda dotterbolag identifierades i beslutet som ett företag med betydande inflytande och ålades skyldigheter på den relevanta marknaden. Av beslutet framgår att det som reglerats är en grossistmarknad. I det här målet är det däremot fråga om försäljning av tjänster till slutkunder. För att analysera grossistmarknaden har PTS dock gjort vissa analyser av slutkundsmarknaden för bredbandstjänster. De bedömningar som gjorts är därför av intresse i målet. PTS har gjort mätningar hösten 2009. Enligt PTS präglades den svenska slutkundsmarknaden för bredband av höga och stigande krav på kapacitet och kvalitet och ett stort mått av koppling mellan olika typer av slutkundstjänster, t.ex. i form av paketerbjudanden. PTS bedömde att på grossistmarknaden ingick endast kopparbaserad respektive fiberbaserad infrastruktur. Dessa alternativ utgjorde generellt substitut till varandra på grossistmarknaden. Även om det fanns vissa variationer i framför allt utbud av tillträde till fiberinfrastruktur bedömde PTS att marknaden för nätinfrastrukturtillträde var nationell.

Enligt TeliaSonera bestod marknaden av kundanpassade datakommunikationstjänster på nivå 2 och nivå 3 i Göteborgs Stad och det förelåg i upphandlingen ingen utbytbarhet mellan fiber- och kopparförbindelser.

Av den av Konkurrensverket åberopade muntliga bevisningen har emellertid framgått att ett mycket stort antal upphandlingar av datakommunikationstjänster sker årligen i

landet. Patent- och marknadsdomstolen konstaterar att även om det i vissa fall kan finnas anledning att se en upphandling som en egen marknad, t.ex. när upphandlaren är mycket stor och varorna eller tjänsterna måste produceras lokalt, består en marknad normalt av en serie transaktioner. Förhören med J.B., O.S. och D.G. har gett vid handen att det år 2009 förekom en lång rad upphandling-ar av datakommunikationstjänster (offentliga och privata) kontinuerligt och att det kunde vara aktuellt att lämna anbud veckovis. Det var inte heller nödvändigt att vara etablerad lokalt med t.ex. kontor och personal för att med trovärdighet kunna lämna anbud. Det har också framgått att marknadsaktörerna i normalfallet köpte kapacitet av varandra för att kunna erbjuda sådana förbindelser som de själva inte kontrollerade.

Den bevisning som lagts fram om den relevanta marknaden ger sammantaget stöd för Konkurrensverkets marknadsavgränsning. Konkurrensverket har därmed styrkt att marknaden ska definieras som fasta datakommunikationstjänster till slutkund i Sverige.

Vilka marknadsandelar hade GothNet och TeliaSonera vid denna marknadsavgränsning?

TeliaSonera hade vid denna bedömning en marknadsandel om ca 36 procent. GothNet hade en marknadsandel om ca 1,7 procent. Sammanlagt hade företagen således en marknadsandel om närmare 38 procent.

Det framgår av praxis att det är avtalet eller förfarandet som ska bedömas, inte de individuella företagens förmåga att med sin egen marknadsandel åstadkomma en konkurrensbegränsning eller påverka handeln (mål T-13/89 ICI mot kommissionen, EU:T:1992:35, punkt 305, mål T-17/99 KE KELIT mot kommissionen, EU:T:2002:73, punkt 58, mål T-259/02 Raiffeisen Zentralbank Österreich mot kommissionen, EU:T:2006:396, punkt 196).

Är övriga kriterier för samordnat förfarande uppfyllda?

GothNet har invänt att om man skulle fått information om TeliaSoneras planer för upphandlingen så kan GothNet ändå inte vitsorda att den skulle ha varit värdefull för GothNets strategiska överväganden inför anbudslämnandet. Skälet till det är att GothNet räknade med ytterligare konkurrerande anbud samtidigt som GothNet var angeläget om att lämna ett konkurrenskraftigt anbud i upphandlingen för att behålla Göteborgs Stad som kund. GothNet hade därför inte haft något incitament att anpassa sitt anbud efter sådan information.

GothNet anser också att man saknade praktiska möjligheter att förändra sitt anbud om GothNet skulle ha fått ett sådant besked av TeliaSonera i samband med diskussionerna om ett samarbetsavtal i augusti 2009 eftersom det då endast återstod några enstaka dagar tills anbudstiden löpte ut, och anbudet var ett komplext dokument med en mängd delpriser. Det hade därför inte varit praktiskt möjligt för GothNet att anpassa sitt anbud i detta sena skede.

TeliaSonera har för egen del gjort gällande att TeliaSonera inte var kvar på marknaden efter informationslämnandet.

Rättsliga utgångspunkter för bedömningen

Det är etablerad praxis att begreppet samordnat förfarande – förutom samordning mellan de berörda företagen – även förutsätter ett beteende på marknaden som följer på denna samordning och ett orsakssamband mellan dessa båda rekvisit (T-Mobile Netherlands, punkt 51).

EU-domstolen har uppställt en presumtionsregel, som är tvingande för nationella domstolar, om att det såvida motsatsen inte bevisas, vilket det åvilar de berörda aktörerna att göra, måste antas att de företag som deltar i samordningen och som fortsätter att vara aktiva på marknaden tar hänsyn till informationsutbytet med sina konkurrenter när

de bestämmer sitt beteende på denna marknad (ibid, punkt 53).

Presumtionen om orsakssamband är tillämplig även om det bara rör sig om ett enda fall av informationsutbyte mellan konkurrenter (ibid, punkterna 54-62).

Bevisvärdering och bedömning

TeliaSoneras invändning om att företaget inte var kvar på marknaden bygger på förutsättningar som Patent- och marknadsdomstolen har underkänt, nämligen att TeliaSonera inte hade kapacitet samt att Konkurrensverkets marknadsdefinition skulle vara felaktig. TeliaSonera var alltså kvar på marknaden, liksom GothNet.

Även ensidigt röjande av information för en konkurrent kan utgöra ett samordnat förfarande. Spridning av känsliga uppgifter undanröjer osäkerheten angående en konkurrents framtida handlande och påverkar därmed, direkt eller indirekt, informationsmottagarens strategier (Comap, referens ovan).

Det är alltså GothNet och TeliaSonera som ska lägga fram utredning om att de inte har agerat utifrån den information som förmedlats.

Till att börja med måste invändningen om att informationen kom i ett så sent skede att den saknade värde underkännas. GothNets argument i den delen bygger på förutsättningen att informationen förmedlades i slutet av augusti 2009, men domstolen har funnit att den i själva verket förmedlades i slutet av juni 2009 och därefter bekräftades gång efter annan. Från slutet av juni till sista dag för anbud, den 25 augusti 2009, var det nästan två månader. GothNet hade därför gott om tid att agera utifrån informationen.

För att omkullkasta presumtionen om att man har tagit hänsyn till informationen när man bestämt sitt marknadsbeteende behöver GothNet förklara på ett trovärdigt sätt varför informationen saknat betydelse för dess agerande. Att GothNet räknade med

ytterligare konkurrerande anbud samtidigt som GothNet var angeläget om att lämna ett konkurrenskraftigt anbud i upphandlingen för att behålla Göteborgs Stad som kund, är inget som domstolen ifrågasätter. Vad som utgör ett konkurrenskraftigt anbud beror emellertid på hur många som deltar i en upphandling och vilken marknadsställning dessa konkurrenter har. GothNet visste till följd av samordningen att den starkaste konkurrenten TeliaSonera inte skulle delta, utan istället hade som ambition att fungera som GothNets underleverantör. GothNet hade incitament att anpassa sitt anbud efter informationen.

Till detta kommer att GothNet har begärt att informationen skulle bekräftas, vilket TeliaSonera också har gjort inom ramen för de utkast till avsiktsförklaring och samarbetsavtal som utväxlats under sommaren 2009. Som redan konstaterats har TeliaSonera använt informationen som valuta för att få en bättre position vid förhandlingarna med Gothnet om ett underleverantörsavtal.

Presumtionen om ett efterföljande marknadsbeteende har därför inte omkullkastats.

Samhandelseffekt

Patent- och marknadsdomstolen delar Konkurrensverkets synsätt att förfarandet har haft samhandelseffekt. Den relevanta geografiska marknaden är nationell, upphandlingen översteg tröskelvärdet och annonserades även inom EU:s databas TED vilket möjliggjorde för utländska aktörer att delta. Upphandlingen avsåg ett betydande värde. Företag som är verksamma på marknaden för fasta datakommunikationstjänster till slutkund är ofta internationella.

Förfarandet har mot denna bakgrund kunnat påverka handeln mellan medlemsstater vilket innebär att artikel 101 FEUF är tillämplig.

Slutsats om märkbarhet

Det samordnade förfarandet har haft ett konkurrensbegränsande syfte och har haft samhandelseffekt. Det har därför varit märkbart.

Till detta kan läggas att märkbarhetskriteriet vid en kvantitativ bedömning normalt anses vara uppfyllt vid sammanlagda marknadsandelar överstigande fem procent (se domarna i målen kommissionen mot Stichting Administratiekantoor Portielje och Ziegler mot kommissionen). GothNets och TeliaSoneras sammanlagda marknadsandelar uppgick till knappt 38 procent. Till skillnad från vad GothNet har gjort gällande är det inte fråga om att se till varje företags individuella marknadsandel vid en sådan bedömning, vilket framgår av den praxis som redovisats ovan under rubriken ”Vilka marknadsandelar hade GothNet och TeliaSonera vid denna marknadsavgränsning?”.

Frågan om undantag enligt 2 kap. 2 § konkurrenslagen och artikel 101.3 FEUF

Förbudet i 2 kap. 1 § konkurrenslagen gäller inte avtal som

1. bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen eller främjande av tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande
2. tillförsäkrar konsumenterna en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås
3. bara ålägger de berörda företagen begränsningar som är nödvändiga för att uppnå målet i det första villkoret och
4. inte ger de berörda företagen möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av nyttigheterna i fråga.

Motsvarande gäller enligt artikel 101.3 FEUF.

GothNet har gjort gällande att kontakterna mellan GothNet och TeliaSonera var en nödvändig förutsättning för att GothNet skulle kunna lämna anbud i upphandlingen och sedermera leverera i enlighet med upphandlingskontraktet. Kontakterna möjliggjorde GothNets anbud vilket stärkte konkurrensen i upphandlingen. Göteborgs Stad

fick del av dessa fördelar genom ett lägre anbudspris till följd av att konkurrensen i upphandlingen var tillräckligt stark.

TeliaSonera har under målets handläggning gjort gällande att det finns förutsättningar för undantag. Under huvudförhandlingen har TeliaSonera inte argumenterat kring förutsättningarna för undantag, men har däremot åberopat samma omständigheter som tidigare anförts till stöd för att undantagskriterierna är uppfyllda. Dessa är i korthet följande. Eftersom TeliaSonera hade beslutat sig för att inte delta i upphandlingen innan några kontakter togs med GothNet skulle TeliaSonera inte ha lagt något anbud, oavsett om det blev fråga om att få en underleverantörsroll eller inte. TeliaSonera var inte någon faktiskt konkurrent i upphandlingen. Inför anbudet pågick intensiva diskussioner mellan Gothnet och TeliaSonera om teknik, pris och kommersiella villkor för ett eventuellt underleverantörsavtal. GothNet kunde inte utan en underleverantör för koppar leverera allt som Göteborgs Stad efterfrågade i upphandlingen eftersom GothNet i princip enbart hade fiberaccesser. TeliaSonera erbjöd GothNet mycket låga priser. GothNets anbud var billigast och innebar en kostnadssänkning för Göteborgs Stad om 15 procent jämfört med tidigare avtal.

Konkurrensverket har anfört att det saknas förutsättningar för undantag.

GothNet och TeliaSonera har bevisbördan för att det föreligger förutsättningar för undantag (artikel 2 i förordning 1/2003), och har därmed även åberopsbördan. Såvitt gäller beviskraven kan noteras att EU-domstolen har lagt fast att den som åberopar motsvarande undantagsbestämmelse i artikel 101.3 FEUF genom övertygande argument och bevisning måste styrka att villkoren för att beviljas undantag är uppfyllda (Slovenská sporiteľňa, punkt 32). Motsvarande beviskrav bör i enlighet med den praxis från Patent- och marknadsöverdomstolen som redovisats tidigare gälla i svensk rätt.

Att det blev en kostnadssänkning med 15 procent jämfört med 2004 års upphandling är visat genom den skriftliga bevisningen. Men en prissänkning till en viss kund säger inte i sig något, och är inte oförenlig med att det förekommer en konkurrensbegräns-

ning. Priset eller servicenivån hade i avsaknad av konkurrensbegränsningen kunnat vara fördelaktigare för kunden eller på marknaden i stort. Det är den fördelaktiga effekten för samtliga konsumenter på de relevanta marknaderna som ska beaktas inom ramen för det första villkoret i undantagsprövningen (mål C-382/12 P MasterCard m.fl. mot kommissionen, EU:C:2014:2201, punkterna 237-243). Att det blev en pris-sänkning är därför otillräckligt för att det första villkoret ska vara uppfyllt.

Det råder inga oklarheter om att GothNet i och för sig hade behov av att anlita en underleverantör för de förbindelser som man inte själv hade. Vad som ska undantagsprövas är dock inte det underleverantörsavtal som kom att träffas mellan GothNet och TeliaSonera i slutet av år 2009, och som inte heller påstås vara konkurrensbegränsande. Vad som ska undantagsprövas är det samordnade förfarandet genom informationsöverföring. Här har knappast någon utredning lagts fram, utan det är fråga om argumentation.

Patent- och marknadsdomstolen bedömer att informationsöverföringen inte har bidragit till någon förbättrad produktion eller distribution eller främjande av tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande. I den mån några fördelar har uppstått har de varit en följd av underleverantörsavtalet, men inte av informationsöverföringen (jmf punkten 2 ovan). GothNet och TeliaSonera hade kunnat förhandla ett underleverantörsavtal utan att TeliaSonera hade behövt röja för GothNet att TeliaSonera inte avsåg att delta i upphandlingen. Informationsöverföringen har därför inte heller varit nödvändig. Undantagskriterierna enligt punkterna 1-4 ovan är kumulativa och måste alla vara uppfyllda för att undantag ska föreligga. Eftersom det saknas förutsättningar för undantag enligt punkterna 1 och 3 omfattas det samordnade förfarandet inte av undantag.

Överträdelsens varaktighet

Rättsliga utgångspunkter för bedömningen

Vid tillämpning av artikel 101 och 102 FEUF är det de ekonomiska verkningarna av avtal eller annan slags samordning eller koordination, och inte avtalens rättsliga form,

som är avgörande. När det är fråga om konkurrensbegränsande överenskommelser som inte längre är i kraft är det tillräckligt för tillämpning av artikel 101 FEUF att överenskommelserna fortsätter att ha verkan även efter den tidpunkt då de formellt har upphört att gälla. Det innebär t.ex. att en överträdelse kan föreligga under hela den tid då priser som tillkommit på sådant sätt tillämpas (se bl.a. mål C-70/12 P Quinn Barlo m.fl. mot kommissionen, EU:C:2013:351, punkt 40 med hänvisningar, och Montecatini, punkt 39).

EU-domstolens avgörande i Quinn Barlo utgör en tolkning av artiklarna 101 och 102 FEUF (se domen punkt 40). Det är alltså fråga om materiell rätt.

Bevisvärdering och bedömning

Det samordnade förfarandet har förekommit inför upphandlingen av ett treårigt avtal med möjlighet till två års förlängning. Varaktigheten ska räknas från månadsskiftet juni/juli 2009 och till slutet av löptiden för det avtal som GothNet kom att träffa med Göteborgs Stad.

Uppsåt/oaktsamhet

Rättsliga utgångspunkter för bedömningen

Enligt 3 kap. 5 § konkurrenslagen får domstolen besluta att ett företag ska betala konkurrensskadeavgift om företaget eller någon som handlar på dess vägnar uppsåtligen eller av oaktsamhet har överträtt förbuden i 2 kap. 1 eller 7 §§ eller i artikel 101 eller 102 FEUF.

Marknadsdomstolen har slagit fast att kravet på uppsåt är uppfyllt, om ett företag eller någon som handlar på dess vägnar inte kunnat vara omedvetet om att det påtalade förfarandet begränsade konkurrensen (MD 2005:7). Det är inte nödvändigt att uppsåt eller oaktsamhet kan konstateras hos en person som intar en ledande ställning i ett företag

utan det är tillräckligt att uppsåt eller oaktsamhet kan konstateras hos en person som handlat på företagets vägnar. Det krävs inte uppsåt för varje led i förfarandet (MD 2009:11). En överträdelse anses vara begången av oaktsamhet om företaget eller den som handlar på dess vägnar rimligen borde ha förutsett att handlandet skulle ha negativa verkningar på konkurrensen av det slag som är förbjudet. Bristande kännedom om förbudsbestämmelsernas innehåll eller missförstånd om reglernas innebörd befriar inte från skyldighet att betala konkurrensskadeavgift (prop. 92/93:56 s. 92).

Det kan noteras att EU-domstolen har uppställt en slags minimistandard för bedömningen av uppsåt och oaktsamhet i mål om överträdelser av artiklarna 101 och 102 FEUF (mål C-681/11 *Schenker & Co. m fl*, EU:C:2013:404, punkterna 34-37). EU-domstolen tog avstamp i att enligt artikel 23.2 i förordning nr 1/2003 får kommissionen ålägga företag och företagssammanslutningar böter, om ”de uppsåtligt eller av oaktsamhet” överträder artiklarna 101 FEUF eller 102 FEUF. Något motsvarande krav på subjektiva villkor när medlemsstaternas myndigheter ålägger böter och andra påföljder framgår dock inte av artikel 5 i förordning 1/2003. För det fall medlemsstaterna uppställer subjektiva villkor i samband med tillämpningen av artikel 5 i förordning nr 1/2003 bör dessa villkor dock, för att inte äventyra unionsrättens effektivitet, åtminstone vara lika stränga som de som uppställs i artikel 23 i förordning nr 1/2003. Kravet på uppsåt eller oaktsamhet är enligt EU-domstolens praxis uppfyllt när företaget inte kan ha varit omedvetet om att dess agerande var konkurrensbegränsande, oberoende av huruvida det var medvetet om att det åsidosatte fördragets konkurrensbestämmelser. Den omständigheten att det berörda företaget gjort en felaktig rättslig kvalificering av det agerande som ligger till grund för den fastställda överträdelsen får inte leda till att företaget undgår att åläggas böter om företaget inte kunde ha varit omedvetet om att nämnda agerande var konkurrensbegränsande.

Bevisvärdering och bedömning

Företag som normalt sett är att betrakta som konkurrenter får förväntas noga informera sig om de rättsliga förutsättningarna för att samverka. Alla former av direktkontakter

där konkurrenter för diskussioner med varandra inför anbudsgivning innebär ett risktagande i förhållande till konkurrenslagstiftningen.

Enligt vad som framgått har TeliaSonera informerat GothNet om sitt beslut att inte lämna anbud i upphandlingen, detta för att underlätta förhandlingarna om att istället få fungera som GothNets underleverantör. GothNet har i sin tur begärt att få bekräftelser på beslutet i form av en skriftlig avsiktsförklaring och ett samarbetsavtal. TeliaSonera har, när sådana utkast har utväxlats, bekräftat sitt ställningstagande. Det har alltså varit fråga om ett medvetet agerande från både GothNets och TeliaSoneras sida. Som framgår av praxis från EU-domstolen krävs det inte att företagen har gjort en korrekt rättslig kvalifikation av sitt agerande, men mot bakgrund av den invändning som TeliaSonera gjort om att det skulle vara fråga om en ny rättstillämpning kan det ändå vara värt att påpeka att EU-domstolen i juni 2009 klargjorde att en s.k. syftesöverträdelse kan föreligga vid enstaka informationsutbyte och även när förfarandet inte har direkt samband med konsumentpriset (T-Mobile Netherlands, punkterna 36 och 39).

Patent- och marknadsdomstolen bedömer att det samordnade förfarandet har skett uppsåtligen.

Konkurrensskadeavgift

Nästa fråga är om svarandebolagen ska påföras konkurrensskadeavgift.

Ringa överträdelse?

Eftersom det är fråga om syftesöverträdelser ska överträdelserna inte betraktas som ringa, vilket får till konsekvens att konkurrensskadeavgift får påföras (3 kap. 7 § konkurrenslagen).

Metodfrågor

Enligt 3 kap. 8 § konkurrenslagen ska konkurrensskadeavgiften bestämmas efter överträdelsens sanktionsvärde. Vid bedömningen av sanktionsvärdet ska det beaktas hur allvarlig överträdelsen är och hur länge den har pågått. Vid bedömningen av överträdelsens allvar ska särskilt beaktas överträdelsens art, marknads omfattning och betydelse, och överträdelsens konkreta eller potentiella påverkan på konkurrensen på marknaden. Bestämmelsen, som delvis motsvarar 28 § första stycket i 1993 års konkurrenslag, tillkom genom 2008 års konkurrenslag. Avsikten är att den tillsammans med bestämmelserna i 9–11 §§, som behandlar försvårande och förmildrande omständigheter, ska anvisa en metod för hur konkurrensskadeavgiften ska bestämmas och vilka omständigheter som därvid särskilt ska beaktas vid fastställandet av avgiftens storlek. Bestämmelserna utgör i huvudsak en kodifiering av vad som redan vid antagandet av 2008 års konkurrenslag ansågs följa av praxis och motivuttalanden. Konkurrensskadeavgiften får enligt 3 kap. 6 § konkurrenslagen inte överstiga tio procent av företagets totala omsättning föregående räkenskapsår.

Av förarbetena (prop. 2007/08:135 s. 118 ff) framgår att en anpassning till EU-rätten avsågs med de nya sanktionsbestämmelserna. Regeringen framhöll att en anpassning till det EU-rättsliga systemet har den fördelen att det skapas förutsättningar för att i påföljdshänseende behandla överträdelserna lika, och att man i den svenska rättstillämpningen kan dra nytta av EU:s rättspraxis (a.a. s 120). Med anledning av detta förarbetsuttalande finns det anledning att tillägga att det saknas skyldighet att i nationell rättstillämpning följa unionens konkurrensrätt såvitt gäller sanktioner. Lagstiftningen om sanktioner vid överträdelse av konkurrensreglerna har inte harmoniserats. Bestämmelserna om böter i förordning 1/2003 gäller endast Kommissionen. Medlemsstaterna ska istället tillämpa sin nationella rätt, vilket framgår av artikel 5 i förordningen.

Utgångspunkten för att bestämma konkurrensskadeavgiftens storlek är att den ska vara så ingripande att företag inte överträder förbudsreglerna. Det ska vara möjligt att döma ut avhållande och avskräckande avgifter för överträdelser som är särskilt skadliga från

konkurrenssynpunkt (prop. 2007/08:135 s. 119-120).

Det finns mot denna bakgrund anledning att betrakta hur överträdelser bötfälls av Europeiska kommissionen. Enligt de riktlinjer som för närvarande är gällande fastställs böterna på grundval av försäljningsvärdet av de varor eller tjänster som överträdelsen avser. Böterna ska också återspegla hur många år företaget har deltagit i överträdelsen (Riktlinjer för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 23.2 a i förordning nr 1/2003, OT C 210, 01.09.2006 s 2-5). Regelmässigt uppgår den andel av försäljningsvärdet som beaktas till högst 30 procent.

I förarbetena till 3 kap. 8 § konkurrenslagen (prop. 2007/08:135 s. 124 och s. 255) förs visst resonemang kring vad som menas med att marknads omfattning och betydelse ska beaktas vid bedömningen av överträdelsens allvar. En överträdelse som omfattar t.ex. hela Sverige bör bedömas som allvarligare än en överträdelse som gäller ett mindre geografiskt område. Andra omständigheter som rör marknaden är betydelsen av den vara eller tjänst som konkurrensbegränsningen avsett. Vad som i första hand avses är marknads betydelse ur ett samhällsekonomiskt perspektiv. Härvid kan bl.a. vägas in vilka varor och tjänster som det är fråga om liksom om det finns substitut eller ej.

Utredningen om en översyn av konkurrenslagen framhöll (SOU 2006:99 s. 500):

I vissa fall kan det fordras betydande utredning och ingående överväganden för att marknaden skall kunna avgränsas, t.ex. vad gäller överträdelser av förbudet mot missbruk av en dominerande ställning. Avgränsningen kan också ibland vara helt avgörande för ett måls utgång. Om konkurrensmyndigheten inte påstår annat än att ett horisontellt samarbete om exempelvis priser har haft ett konkurrensbegränsande syfte, torde marknaden inte behöva avgränsas så noga. Den marknadsavgränsning som gjorts vid bedömningen av överträdelsen bör användas även vid bestämmandet av konkurrensskadeavgiftens storlek.

Förarbetena ger alltså stöd för att i ett fall som det aktuella krävs endast en mer översiktlig bild av marknaden. Komparativt kan iakttas att det inte heller i unionsrätten finns någon allmängiltig princip att sanktioner ska stå i proportion till företagets storlek på den produktmarknad som är föremål för överträdelsen (mål C-397/03 P Archer Daniels Midland och Archer Daniels Midland Ingredients mot kommissionen, EU:C:2006:328, punkt 101, mål C-534/07 P Prym och Prym Consumer mot kommissionen, EU:C:2009:505, punkt 64).

Den definition av den relevanta marknaden som redovisats tidigare behöver alltså inte fördjupas i syfte att fastställa konkurrensskadeavgifterna.

Hur ska konkurrensskadeavgifterna bestämmas i det här målet?

De belopp som har yrkats innebär inte att konkurrensskadeavgiften kommer att överstiga 10 procent av företagets årsomsättning under föregående räkenskapsår, d v s år 2015.

Konkurrensskadeavgiften bör bestämmas på ett sätt som uppfyller de allmänna kraven på att den ska vara så ingripande att företag inte överträder förbudsreglerna.

Omsättning på relevant marknad kan ofta utgöra en god approximation för fastställande av konkurrensskadeavgift. Vid större överträdelser kan det ofta med fog förutsättas att hela marknadens funktion har påverkats negativt. I det aktuella fallet har det däremot varit fråga om ett samordnat förfarande inför ett enda anbud, således en punktviss överträdelse.

Det framstår då som lämpligt att med ledning av de principer som tillämpas av Kommissionen i vissa fall, se till värdet av de varor och tjänster som omfattas av överträdelsen, dvs i aktuellt fall kontraktsvärdet. Vid denna bedömning är det uteslutet att göra som förespråkats av GothNet och beräkna utifrån vilken faktisk omsättning företagen haft på de avtal som blivit resultatet av anbudssamverkan. I så fall skulle ett

konkurrensbegränsande avtal, beslut av en företagssammanslutning eller samordnat förfarande som inte leder till något vinnande anbud alltid vara fritt från påföljd. Utfallet av anbud som tillkommit på ett konkurrensbegränsande sätt kan dessutom bero på en rad faktorer som är fristående från själva överträdelsen. Till exempel kan en upphandling överprövas och behöva göras om. Vidare kan ett anbud som tillkommit på ett konkurrensbegränsande sätt ha en prishöjande effekt även om inte anbudsgivarna vinner upphandlingen. Priset hade i avsaknad av det konkurrensbegränsande förfarandet kunnat vara lägre, i och med att företagen då hade kunnat lämna konkurrenskraftigare erbjudanden.

I det aktuella fallet påstås inget mer konkret om prishöjande effekter, varför bedömningen får göras utifrån preventiva överväganden.

För att uppnå avskräckning bör beräkningen göras utifrån möjligheten att de företag som överväger att göra något konkurrensbegränsande vinner hela upphandlingen. Det är med andra ord det optimala totala kontraktsvärdet som bör användas som bas. En sådan beräkning påverkar företagens riskkalkyl på avsett sätt. Med detta värde som bas bör konkurrensskadeavgiften bestämmas till en procentsats som med hänsyn till omständigheterna kan anses avskräckande. En omständighet som kan få genomslag är överträdelsens varaktighet. Om anbudet leder till kontrakt finns mindre skäl att justera ned beloppet, och vice versa. En beräkning av aktuellt slag innebär i allmänhet att varaktigheten kommer att beaktas när kontraktsvärdet beräknas, eftersom den är avhängig kontraktets löptid.

Patent- och marknadsdomstolen bedömer att Konkurrensverkets sätt att beräkna konkurrensskadeavgiften i huvudsak är korrekt. Det innebär att domstolen beräknar konkurrensskadeavgiften utifrån tre års kontraktstid med två års förlängning. I en del leder emellertid Konkurrensverkets beräkning till extrema resultat. Vid beräkningen av det optimala totala kontraktsvärdet har Konkurrensverket utgått från att konvertering från koppar till fiber skulle ske till maximal hastighet (dvs. till 1 000 Mbit) från första dagen, med en månadskostnad om 4 900 kr. Konkurrensverket har inte närmare förklarat

varför det skulle vara en realistisk eller ens tänkbar utveckling. En mer konservativ beräkning kan baseras på ett antagande om att huvuddelen av förbindelserna konverteras till 100 Mbit, med en månadskostnad om 2 350 kr. Det leder till att de 233 730 000 kr som Konkurrensverket har baserat sin beräkning på i aktuell del måste räknas ned med i vart fall 100 miljoner kr.

Summan av befintliga- och tillkommande förbindelser kan då uppskattas till 300 miljoner kr, alltså drygt 100 miljoner kr lägre än det optimala kontraktsvärde om ca 403 miljoner kr som Konkurrensverket har baserat sin beräkning på. Med tillämpning av den nedsättning till ca två tredjedelar som Konkurrensverket har gjort blir det optimala kontraktsvärdet 200 miljoner kr.

Sanktionsvärdet bör enligt Patent- och marknadsdomstolen bestämmas till 4 procent.

Det saknas skäl att sätta ned konkurrensskadeavgifterna.

Konkurrensskadeavgifterna ska då bestämmas till 8 miljoner kr vardera för GothNet och TeliaSonera.

Rättegångskostnader

I mål om konkurrensskadeavgift tillämpas reglerna i 31 kap. rättegångsbalken om rättegångskostnader i brottmål. Av detta följer att rätten, för det fall Konkurrensverket helt eller delvis förlorar målet, kan besluta att motparten ska få ersättning av allmänna medel för sina rättegångskostnader om dessa skäligen varit motiverade för att motparten skulle kunna ta tillvara sin rätt (se 31 kap. 2 § rättegångsbalken).

TeliaSonera och GothNet har överträtt 2 kap. 1 § konkurrenslagen, dock i mindre utsträckning än vad som påståtts av Konkurrensverket. Patent- och marknadsdomstolen har underkänt den bevisning som Konkurrensverket har lagts fram om att företagen ingått ett konkurrensbegränsande avtal. Däremot har domstolen funnit att företagen har

gjort sig skyldiga till ett konkurrensbegränsande samordnat förfarande genom att TeliaSonera i slutet av juni 2009 informerade GothNet om sin avsikt att inte lämna anbud i upphandlingen, en uppgift som legat till grund för deras fortsatta marknadsbeteende. Konkurrensskadeavgifterna bestäms till ungefär hälften av vad Konkurrensverket har yrkat.

I och med att reglerna om rättegångskostnader i brottmål tillämpas framstår det som uteslutet att bedöma vem som är vinnande och förlorande i rättegången utifrån nivån på de konkurrensskadeavgifter som döms ut. Det är ansvarsfrågan som står för den helt övervägande delen av utredningen. I det aktuella fallet framstår parterna som ömsom vinnande och ömsom förlorande. Vid denna utgång bör GothNet och TeliaSonera stå sina egna rättegångskostnader.

HUR MAN ÖVERKLAGAR se bilaga 1 (DV 401 PMD).

Ett överklagande, ställt till Patent- och marknadsöverdomstolen, ska ha kommit in till Patent- och marknadsdomstolen senast den 11 januari 2017. Det krävs prövningstillstånd.

Ingeborg Simonsson

Ylva Averstén

I avgörandet har deltagit ekonomiska experterna fil.dr. Matilda Gjirja och docenten Anders Liljenberg. Avgörandet är enhälligt.



SVERIGES DOMSTOLAR

ANVISNING FÖR ÖVERKLAGANDE - DOM I TVISTEMÅL

Den som vill överklaga Patent- och marknadsdomstolens dom, eller ett i domen intaget beslut, ska göra detta skriftligen. **Skrivelsen ska skickas eller lämnas till Patent- och marknadsdomstolen.** Överklagandet prövas av Patent- och marknadsöverdomstolen.

Överklagandet ska ha kommit in till Patent- och marknadsdomstolen **inom tre veckor** från domens datum. Sista dagen för överklagande finns angiven på sista sidan i domen.

Har ena parten överklagat domen i rätt tid, får också motparten överklaga domen (s.k. **anslutningsöverklagande**) även om den vanliga tiden för överklagande har gått ut. Överklagandet ska också i detta fall skickas eller lämnas till Patent- och marknadsdomstolen och det måste ha kommit in till Patent- och marknadsdomstolen **inom en vecka** från den i domen angivna sista dagen för överklagande. **Om det första överklagandet återkallas eller förfaller kan inte heller anslutningsöverklagandet prövas.**

Samma regler som för part gäller för den som inte är part eller intervenient och som vill överklaga ett **i domen intaget beslut** som angår honom eller henne. I fråga om sådant beslut finns dock inte någon möjlighet till anslutningsöverklagande.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Patent- och marknadsöverdomstolen fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Patent- och marknadsöverdomstolen lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som Patent- och marknadsdomstolen har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som Patent- och marknadsdomstolen har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står Patent- och marknadsdomstolens avgörande fast. Det är

därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Patent- och marknadsöverdomstolen varför klaganden anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla uppgifter om

1. den dom som överklagas med angivande av Patent- och marknadsdomstolen samt dag och nummer för domen,
2. parternas namn och hemvist och om möjligt deras postadresser, yrken, personnummer och telefonnummer, varvid parterna benämns klagande respektive motpart,
3. den ändring av Patent- och marknadsdomstolens dom som klaganden vill få till stånd,
4. grunderna (skälen) för överklagandet och i vilket avseende Patent- och marknadsdomstolens domskäl enligt klagandens mening är oriktiga,
5. de omständigheter som åberopas till stöd för att prövningstillstånd ska meddelas, samt
6. de bevis som åberopas och vad som ska styrkas med varje bevis.

Har en omständighet eller ett bevis som åberopas i Patent- och marknadsöverdomstolen inte lagts fram tidigare, ska klaganden förklara anledningen till varför omständigheten eller beviset inte åberopats i tingsrätten. Skriftliga bevis som inte lagts fram tidigare ska ges in samtidigt med överklagandet. Vill klaganden att det ska hållas ett förnyat förhör eller en förnyad syn på stället, ska han eller hon ange det och skälen till detta. Klaganden ska också ange om han eller hon vill att motparten ska infinna sig personligen vid huvudförhandling i Patent- och marknadsöverdomstolen.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans/hennes ombud.

Ytterligare upplysningar lämnas av Patent- och marknadsdomstolen. Adress och telefonnummer finns på första sidan av domen.

Om ni tidigare informerats om att förenklad delgivning kan komma att användas med er i målet/ärendet, kan sådant delgivningssätt också komma att användas med er i högre instanser om någon överklagar avgörandet dit.