



Rättslig utredning. Förutsättningar för anslutning till SDK – Konkurrensrättsliga frågor

Bilaga till rapporten Uppdrag att tillhandhålla infrastruktur för säker digital kommunikation i offentlig sektor

1 april 2024

Diggs ärendenummer: 2021-2909

Sammanfattning

Denna rättsutredning behandlar de konkurrensrättsliga förutsättningarna för Myndigheten för digital förvaltning (Digg) att tillhandahålla en förvaltningsgemensam infrastruktur för säker digital kommunikation (SDK).

Som underlag för analysen har Digg beställt en promemoria från Setterwalls advokatbyrå; Konkurrensrättslig genomlysning avseende säker digital kommunikation i offentlig sektor och identitetsmatchningstjänst (bilaga 1), i det följande "utredningen".

Innehållsförteckning

1	Bakgrund	4
1.1	Regeringsuppdrag.....	4
1.2	Delrapportering	4
1.3	Rättsliga frågeställningar i samband med övertagandet.....	4
2	Bedömning av rättsliga frågor	6
2.1	Förbud mot konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet.....	6
2.1.1	Steg 1	6
2.1.2	Steg 2	7
2.1.3	Steg 3	8
3	Slutsats	10

1 Bakgrund

1.1 Regeringsuppdrag

Regeringen lämnade genom regeringsbeslut den 16 december 2021 (I2021/03317) i uppdrag till Digg att tillhandahålla infrastruktur för säker digital kommunikation i offentlig sektor.

Uppdraget skulle genomföras genom övertagande av den befintliga tjänsten Säker digital kommunikation (SDK) som utvecklats av Sveriges kommuner och regioner (SKR) och Inera AB. Efter övertagandet ska Digg tillhandahålla SDK så att offentlig sektor, inklusive privata utförare av helt eller delvis offentligt finansierad verksamhet, kan använda ett enhetligt format för informationsutbytet och ansluta till infrastrukturen.

1.2 Delrapportering

I september 2022 lämnade Digg in Delrapportering av uppdrag att tillhandahålla infrastruktur för säker digital kommunikation i offentlig sektor till Regeringskansliet i enlighet med Regeringsbeslut den 16 december 2021 (I2021/03317), Uppdrag att tillhandahålla infrastruktur för säker digital kommunikation i offentlig sektor. I bilaga till delrapporten; Rättslig analys, analyserades bland annat frågor om konkurrens och upphandling. Digg är en statlig myndighet och kan efter övertagandet inte utgå från den rättsliga grund som har gällt för Inera AB:s tillhandahållande av SDK till kommuner och regioner.

1.3 Rättsliga frågeställningar i samband med övertagandet

I delrapporten identifierades att följande rättsliga frågor behövde analyseras inför övertagande av SDK:

- Sekretess
- Personuppgiftsbehandling
- Upphandling
- Konkurrens
- Avtal och ansvarsfrågor

Den utredning som beställdes efter delrapporten behandlar förutsättningarna för tillhandahållande av SDK med beaktande av reglerna om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet i konkurrenslagen (2008:579) ("KL") utifrån följande frågeställningar:

1. Redogöra för och lämna ställningstaganden avseende de konkurrensrättsliga förutsättningarna för att Digg ska tillhandahålla de förvaltningsgemensamma tjänsterna SDK och IM.

2. Beskriva vad Digg har att ta hänsyn till vid utformande och tillhandahållande av tjänsterna och vilket förfarande som rekommenderas beroende på påverkan på den konkurrensrättsliga bedömningen, t.ex. vad gäller myndighetsutövning, utformning av finansieringsmodell, aktörer till vilka tjänsten tillhandahålls (hur förutsättningarna ser ut för de olika potentiella "kundgrupperna") med mera.

Enligt regeringsuppdraget ska Digg tillhandahålla SDK till följande grupper av aktörer:

- A. statliga myndigheter,
- B. kommuner och regioner, och
- C. privata utförare av offentligt finansierad verksamhet.

Av regleringsbrev för budgetåret 2024 avseende Myndigheten för digital förvaltning framgår att Digg fr.o.m. den 1 april 2024 ska ansvara för att tillhandahålla en

förvaltningsgemensam infrastruktur för säker digital kommunikation till verksamheter inom välfärdsområdet som helt eller delvis är offentligt finansierade. Ansvaret omfattar drift, förvaltning och utveckling av infrastrukturen.

SDK ska efter övertagandet fortsatt tillhandahållas som en federation där deltagarorganisationerna genom ett anslutningsavtal förbinder sig till ett gemensamt tillitsramverk med regler om säkerhet, teknisk plattform, adressbok med mera för användningen av SDK. Digg fungerar som federationsägare och tillhandahåller nödvändiga komponenter, tekniska och andra förutsättningar.

2 Bedömning av rättsliga frågor

2.1 Förbud mot konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet

I 3 kap. 27-32 §§ konkurrenslagen (KL) finns regler som avser att hindra konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet (de så kallade KOS-reglerna). Enligt dessa regler kan en statlig myndighet förbjudas att i en säljverksamhet tillämpa ett visst förfarande, om detta snedvrider, eller är ägnat att snedvrída, förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden, eller hämmar, eller är ägnat att hämma, förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens.

Bedömningen av om en myndighets tillhandahållande av en tjänst omfattas av dessa regler sker i tre steg;

1. Förekommer förfarandet inom en säljverksamhet?
2. Medför förfarandet en konkurrensbegränsning, antingen genom snedvridning eller genom hämmande av konkurrensen?
3. Vid en konstaterad konkurrensbegränsning, är förfarandet försvarbart utifrån allmän synpunkt?

2.1.1 Steg 1

Med **säljverksamhet** avses att en offentlig verksamhet bedriver ett **företag** som är av ekonomisk eller kommersiell natur. Något krav på att verksamheten bedrivs i vinstsyfte finns inte. Begreppet säljverksamhet utgår från det EU-gemensamma begreppet företag som används i övrig konkurrenslagstiftning, 1 kap. 5 § KL. Begreppet ska tolkas vidsträckt och omfattar all verksamhet som består i att erbjuda varor eller tjänster på en viss marknad, även när det är myndigheter som bedriver verksamheten. Av utredningen framgår att förfarandet att tillhandahålla SDK kan betraktas som sådan säljverksamhet som är av ekonomisk och kommersiell natur.

Undantag för myndighetsutövning

Konkurrenslagen gäller inte för sådan verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur till den del som består i myndighetsutövning. Om hela eller delar av Diggs tillhandahållande av SDK anses utgöra myndighetsutövning gäller inte förbudet mot konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet för denna del.

När en myndighet utövar sin befogenhet att för enskild bestämma om förmån, rättighet, skyldighet eller annat jämförbart förhållande och befogenheten stödjer sig på lag eller annan

författning betraktas detta som myndighetsutövning. Att för myndighetens egen räkning ingå avtal med vissa avtalsvillkor eller fatta beslut som enbart innebär tillämpning av avtal eller av privaträttsliga lagregler omfattas inte. Om det finns offentligrättsliga regler som reglerar hur eller

när en myndighet får ingå ett avtal kan dock avtalet eller de berörda avtalsvillkoren utgöra myndighetsutövning.

I samband med anslutningen av deltagarorganisationer gör Digg en bedömning av om anslutande organisation uppfyller de formella grunderna som ställs upp i det gemensamma ramverket som gäller för SDK-federationen. Det fattas inget myndighetsbeslut eller genomförs fördjupad granskning av anslutande organisationers kvalificering med möjlighet till besvär över bedömningen. Ramverket för SDK-federationen består av regler för olika aktörer som ingår; deltagarorganisationer, leverantörer och Digg som federationsägare. Genom avtal förbinder sig aktörerna att följa reglerna i ramverket så att SDK kan användas.

Med nuvarande anslutningsprocess utgör sannolikt inte tillhandahållandet av SDK myndighetsutövning och kan därmed inte undantas från KOS-reglernas tillämpningsområde av denna anledning.

2.1.2 Steg 2

Nästa steg i bedömningen är att identifiera om det föreligger något förfarande inom ramen för tillhandahållandet av SDK som är ägnat att **snedvrída eller hämma konkurrensen** på marknaden.

Det finns kommunikationstjänster som liknar SDK, bland annat SGSI (Swedish Government Secure Intranet) som tillhandahålls av Myndigheten för samhällsskydd och beredskap (MSB). Det förekommer även federationer för informationsutbyte inom vissa sektorer, bland annat skola och hälso- och sjukvård. Dessa lösningar avser dock inte att lösa de problemen som kan hanteras med hjälp av SDK, d.v.s. sektorövergripande säker kommunikation.

Beslutet att utveckla SDK inom Sveriges kommuner och regioner (SKR) och Inera AB föregicks av flertalet analyser och tester av lösningar för kommunikation på den öppna marknaden. Slutsatsen var att öppna lösningar inte skulle kunna åstadkomma det ömsesidiga förlitande som SDK som en federationslösning kan åstadkomma. Genom den centrala adressboken i SDK och ett gemensamt ramverk för deltagarorganisationer och federationsägare skapas ett förtroende som inte motsvarar kommunikationstjänster som tillhandahålls på den öppna marknaden. Genom Diggs övertagande av SDK kommer dessutom en myndighet att tillhandahålla den tekniska plattformen och andra komponenter, något som har varit en förutsättning för att flera deltagarorganisationer ska ansluta till SDK.

Utredningen gör i denna del bedömningen att det finns skäl som talar för att Diggs tillhandahållande av SDK är förenligt med KOS-reglerna till följd av att tillhandahållandet är konkurrensneutralt då det sker på marknader med bristande kommersiellt utbud.

Utredningen pekar på att analysen av den relevanta marknaden och bedömningen att det inte finns några konkurrerande privata alternativ samt skälen för denna bedömning behöver dokumenteras och hållas aktuell.

Andra förfaranden som kan snedvrída eller hämma konkurrensen

Även faktiskt handlande och underlåtenhet att vidta viss åtgärd kan betraktas som sådant förfarande som, i samband med tillhandahållandet av SDK, skulle kunna anses snedvrída eller hämma konkurrensen.

En offentlig aktörs vägran att utan sakliga skäl ge tillträde till infrastruktur, strategiska nyttigheter eller liknande kan enligt förarbeten och rättspraxis snedvrída eller hämma effektiv konkurrens.

SDK ska enligt uppdraget tillhandahållas till verksamheter inom välfärdsområdet som helt eller delvis är offentligt finansierade. Som sådana verksamheter avses statliga myndigheter, kommuner, regioner och privata aktörer som utför tjänster inom offentlig sektor, med hel- eller delfinansiering från offentlig sektor. Det grundläggande syftet med SDK är offentlig sektors behov av att kommunicera säkert med offentliga och privata aktörer och en aktör kan endast delta i SDK om detta föräns av ett sådant behov.

Privata aktörers möjlighet att delta i SDK-federationen och kunna skicka säkra meddelanden förutsätter att det dels är frågan om en privat aktör som är helt eller delvis finansierad av offentlig sektor och att behovet av att skicka säkra meddelanden också föräns av ett sådant välfärdsfinansierat uppdrag. En beskrivning av dessa sakliga grunder för vilka aktörer som kan eller inte kan delta i SDK-federationen finns som en del av ramverket.

Om en privat aktör som inte uppfyller dessa krav nekas tillgång till SDK skulle nekandet därför inte anses som ett förfarande på osakliga grunder. Under förutsättning att Digg tillhandahåller SDK på sådana sakliga grunder kan heller inte förfarandet att tillhandahålla SDK förbjudas på denna grund.

Gällande steg 2 gör utredningen sammantaget bedömningen att förfarandet att tillhandahålla SDK inte medför en konkurrensbegränsning, varken genom snedvrídning eller genom hämmande av konkurrensen. Utredningen bedömer tvärtom att det finns skäl som talar för att Diggs tillhandahållande av SDK är konkurrensneutralt då det sker på marknader med bristande kommersiellt utbud. Redan på denna grund kan tillhandahållandet av SDK anses vara tillåtet utan hinder av KOS-reglerna.

2.1.3 Steg 3

Om analysen enligt steg 1 och 2 ändå skulle leda till att förfarandet konstateras utgöra en konkurrensbegränsning skulle förfarandet inte kunna förbjudas enligt KOS-reglerna om det är **försvarbart utifrån allmän synpunkt**. Bedömningen av en myndighets tillhandahållande av en tjänst kan av denna anledning ibland analyseras genom att inleda med steg 3. För tydlighets skull har alla steg analyserats gällande SDK.

Försvarbart på grund av specialreglering

Ett förfarande som är en direkt eller avsedd effekt av en specialreglering eller en ofrånkomlig följd av denna, kan inte förbjudas enligt KOS-reglerna. Detta innebär att förfaranden som följer av en

specialreglering inte kan förbjudas även om det innebär att fri konkurrens därmed inte gäller fullt ut på ett visst område eller förfarandet annars skulle ses som konkurrensskadligt.

Diggs tillhandahållande av SDK följer av regeringsuppdrag om infrastruktur för säker digital kommunikation och av regleringsbrev för myndigheten.

Lagstiftaren har inte gett uttryck för att ett visst författningsslag skulle påverka bedömningen av vilka förfaranden som är försvarbara från allmän synpunkt. Det saknas tydlig vägledning angående vad som avses med begreppet "specialreglering". Enligt 3 kap. 27 § tredje stycket KL får verksamhetsförbud inte meddelas för verksamhet som är förenlig med lag. Härvid bör det anses stå klart att lag inbegrips i begreppet specialreglering. Utredningen noterar vidare att det finns ett visst utrymme för att även andra författningsslag inbegrips. Utredningen bedömer det dock vara mindre sannolikt att det skulle vara tillräckligt med, exempelvis, ett regeringsuppdrag eller en myndighetsinstruktion.

Digg gör i denna del bedömningen att frågan om behov av specialreglering behöver undersökas vidare.

Försvarbart av annat allmänt intresse

Även i avsaknad av specialreglering kan ett konkurrensskadligt förfarande inom ramen för tillhandahållandet av SDK anses som försvarbart från allmän synpunkt och förfarandet kan i så fall inte förbjudas enligt KOS-reglerna. Med begreppet "annat allmänt intresse" avses sådana allmänna intressen som inte är konkurrensintresset. När konkurrensintresset vägs mot ett annat allmänt intresse bör även beaktas om det föreligger någon annan väg att tillgodose det allmänna intresset än just det beteende som skadar konkurrensen. Är det möjligt att tillgodose det allmänna intresset på annat sätt kan det konkurrensskadliga beteendet inte anses försvarbart från allmän synpunkt.

SDK är en digital infrastruktur som gör det möjligt för statliga myndigheter, kommuner, regioner och andra offentligt finansierade aktörer att utbyta känslig och sekretessklassad information digitalt. Målsättningen är att SDK ska kunna användas av hela den offentliga sektorn, samt av privata aktörer som, helt eller delvis, på uppdrag av den offentliga utför offentligt finansierad verksamhet eller som offentlig sektor av annan anledning har behov av att kunna kommunicera med. Uppbyggnaden av SDK-federationen med adressboken och det gemensamma ramverket utgör en väsentlig förutsättning och även att deltagarna kan lita på att federationen uppfyller vissa säkerhetskrav samt att federationsägaren inte drivs av kommersiella intressen utan istället är en myndighet.

När det gäller SDK finns det sammantaget flera skäl som talar för att det endast är Digg eller en annan offentlig aktör som kan tillhandahålla SDK. Det finns ingen alternativ, utbytbar annan tjänst på marknaden som motsvarar behoven.

3 Slutsats

Digg konstaterar sammanfattningsvis att det finns andra allmänna intressen

som kan motivera att förfarandet att tillhandahålla SDK kan anses försvarbart från allmän synpunkt, oavsett om det är en följd av en specialreglering eller inte. Motiven för att tillhandahålla tjänsten är externa och följer av regeringens uppdrag till Digg att tillgodose det allmännas behov av en säker digital kommunikation. Det är inte heller möjligt att tillgodose detta behov på något annat sätt, eftersom det föreligger bristande konkurrens och saknas reella alternativ till SDK-federationen.

Digg anser också att det inte är avgörande för den konkurrensrättsliga bedömningen till vilka aktörer som förfarandet att tillhandahålla SDK sker. Oavsett om tillhandahållandet sker till statliga myndigheter, kommuner, regioner eller privata aktörer är den väsentliga bedömningen när det gäller själva tillhandahållandet den av KOS-reglerna.

Digg kan med detta tillhandahålla SDK till samtliga avsedda aktörer eftersom det är försvarbart från allmän synpunkt och att detta intresse väger tyngre än konkurrensintresset.

Denna rättsutredning har föredragits för rättschef Linn Kempe och enhetschef Helene Thorgren av jurist Jeanna Thorslund.