

PM 2 2013-03-14 SLUTLIG BEDÖMNING

**Fråga om snedvridning av konkurrensen genom köp av IT-tjänster och varor direkt från ett anknutet företag (otillåten direkttilldelning).**

*Det av Helsingborgs stad indirekt helägda bolaget Helsingborg hamn AB köper utan annonserad upphandling tjänster och varor för i genomsnitt c:a 2,6 miljoner kronor per år direkt från ett anknutet dataföretag, som samtidigt bedriver betydande verksamhet på den allmänna marknaden.*

Helsingborg hamn AB (nedan Helsingborgs hamn)<sup>1</sup> har under perioden 2000 till och med 2012 ingått ett stort antal avtal med InPORT Intelligent PORT Systems AB (nedan InPORT)<sup>2</sup> om köp och beställning av varor och tjänster, huvudsakligen inom IT-området.

Vad som hittills gjorts tillgängligt<sup>3</sup> är ett s.k. huvudavtal<sup>4</sup> och ytterligare 69 avtal och orderbekräftelser avseende köp av varor och tjänster mellan Helsingborgs hamn och InPORT. Huvudavtalet ingicks den 13 april och 16 maj 2000 och löper till och med den 31 december 2000 med, såvitt får förstås, möjlighet till förlängning<sup>5</sup> utan begränsning i tiden. Övriga tillgängliga gjorda avtal har in gått under perioden den 5 april 2000 till och med den 10 oktober 2012, varav 53 avtal har ingåtts före den 1 oktober 2010. Avtalen avser löpande köp och beställningar av IT-tjänster och varor.

Inget av dessa totalt 70 anskaffningar har föregåtts av något annonserat förfarande enligt vid varje tidpunkt gällande bestämmelser för upphandling inom försörjningssektorerna eller den klassiska sektorn.<sup>6</sup>

Under 2010 förvärvade Helsingborgs hamn aktiemajoriteten i InPORT, vilket sedan den 1 oktober 2010 ägs av hamnbolaget med 94,5 procent. Till återstående delar ägs InPORT av privata ägare.<sup>7</sup>

Enligt utdrag ur leverantörsreskontra för Helsingborgs hamn har under 2012 utbetalningar skett från hamnbolaget till InPORT med totalt c:a 2,571 miljoner kronor.<sup>8</sup> Motsvarande betalningar uppgick under 2010 till 2,905 miljoner kronor och under 2011 till 2,490 miljoner kronor.<sup>9</sup>

<sup>1</sup> Helsingborg hamn AB (Helsingborgs hamn), med organisationsnummer 556024-0979, bildades den 22 juni 1925 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 24 juli 1925. Nuvarande firma registrerades den 11 april 1988. Tidigare firma har varit Hälsingborgs stuveri AB och Skåneterminalen AB. Bolaget verkar även under den registrerade bifirman Helsingborgs Bogser. Nu Gällande bolagsordning godkändes av kommunfullmäktige i Helsingborg den 14 december 2006 och registrerades den 8 januari 2007. Bolaget har till föremål för sin verksamhet att "... idka hamn- och stuverirörelse samt bedriva bogserings- och bärgningsverksamhet och annan därmed förenlig verksamhet". Helsingborgs hamn ägs och kontrolleras genom holdingbolaget Helsingborgs Stads Förvaltning AB (556007-4634) indirekt av Helsingborgs stad.

<sup>2</sup> InPORT Intelligent PORT Systems AB (InPORT), med organisationsnummer 556270-4451, bildades den 20 december 1985 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 20 januari 1986. Nuvarande firma registrerades den 7 augusti 2004. Tidigare firma har varit AB Grundstenen 27796 och Svensk Hamndata AB. Nu Gällande bolagsordning registrerades den 19 maj 2004. Bolaget har till föremål för sin verksamhet att "... bedriva utveckling och försäljning av datorbaserade program för transportbranschen". InPORT, som har sitt säte i Karlstads kommun, ägs med aktiemajoriteten av Helsingborgs hamn AB (556024-0979), och indirekt genom holdingbolaget Helsingborgs Stads Förvaltning AB (556007-4634) av Helsingborgs stad.

<sup>3</sup> Tillgänglighöret avser delar av aktuella avtal, vilka med avseende på priser och innehållet i tekniska lösningar och funktioner genom beslut av Helsingborgs hamn den 18 januari 2013 sekretessbelagts med återopande av 19 kap. 1 § och 31 kap. 16 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) - OSL.

<sup>4</sup> Se "Avtal avseende support av applikationer samt övriga konsulttjänster mellan Intelligent Port Systems AB nedan kallat InPORT och Helsingborgs Hamn AB nedan kallat kunden" av den 13 april och 16 maj 2000.

<sup>5</sup> Huvudavtalets förlängningsklausul har i övriga delar av Helsingborgs hamn förklarats hemlig med återopade av 19 kap. 1 § OSL.

<sup>6</sup> Se Helsingborgs hamn, beslut den 18 januari 2013 att avslå begäran om utlämnade av allmän handling. Av beslutet framgår följande: "Vad gäller upphandlingsunderlag i form av annonsunderlag, anbudsöppningsprotokoll, och tilldelningsbeslut existerar inga sådana handlingar och kan således inte lämnas ut".

<sup>7</sup> Se Årsredovisning Helsingborgs hamn AB 2010 av vilken framgår att aktieförvärv och ägarövergång i InPORT skedde per den 1 oktober 2010.

<sup>8</sup> Den aktuella uppgiften avser utdrag ur leverantörsreskontra för Helsingborgs hamn avseende fakturering från och utbetalningar till InPORT under perioden den 24 januari 2012 t.o.m. den 16 januari 2013.

<sup>9</sup> Se InPORT, Årsredovisning för 2010, not 1, s. 7 respektive Årsredovisning för 2011, not 1, s. 7.

InPORTs genomsnittliga omsättning under perioden 2010-2011 uppgick till 10,765 miljoner kronor.<sup>10</sup> För 2012 har någon årsredovisning för InPORT ännu inte gjorts tillgänglig, men det finns anledning att anta att bolagets omsättning inte understiger i vart fall 10 miljoner kronor.

Det genomsnittliga värdet av InPORTs genomförda leveranser med anledning av tilldelning av kontrakt från Helsingborgs hamn under perioden 2010-2012 uppgår således till c:a 25 procent.<sup>11</sup>

Med utgångspunkt i Helsingborgs hamn under 2012 genomförda utbetalningar till InPORT på totalt 2,571 miljoner kronor eller 214.309 kronor per månad,<sup>12</sup> kan, vid en beräkning som ett 48-månaderskontrakt enligt bestämmelserna för tröskelvärdesberäkning vid offentlig upphandling, det totala s.k. kontraktsvärdet av hamnbolagets aktuella anskaffningar uppskattas till c:a 10 miljoner kronor. Förekommande beloppsuppgifter anges exklusive lagstadgad mervärdeskatt (moms).

### Gällande rätt

Upphandling som genomförs av bl.a. företag som bedriver verksamhet inom de s.k. försörjningssektorerna regleras numera, sedan den 1 januari 2007, genom lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster – LUF. Före lagens ikraftträdande fanns motsvarande reglering i 4 kap. lagen (1992:1524) om offentlig upphandling – ÄLOU.

Bestämmelserna avser upphandling av varor, tjänster och byggtreprenader för verksamheter<sup>13</sup> som bl.a. består av utnyttjande av ett geografiskt område i syfte att ge tillgång till flygplatser, hamnar eller andra terminaler för transporter i luften<sup>14</sup> och har kommit till som en följd av bl.a. Europeiska rådets och parlamentets vid varje tidpunkt gällande direktivbestämmelser.<sup>15</sup>

Den – myndighet eller företag<sup>16</sup> – som är skyldig att iakttä LUF utgör en s.k. *upphandlande enhet*.<sup>17</sup> I detta begrepp ingår således även rent privata företag som är verksamma inom försörjningssektorerna.

<sup>10</sup> Enligt uppgift ur tillgängliga årsredovisningshandlingar för InPORT uppgick bolagets omsättning för 2010 till 9,199 Mkr och för 2011 till 12,331 Mkr. Detta ger en total omsättning för dessa båda år på 21,530 Mkr eller en genomsnittlig omsättning (21,530/.2=) på 10,765 miljoner kronor.

<sup>11</sup> Beräkningen har utförts som ett genomsnitt av värdet av aktuella leveranser (2,571+2,905+2,490/. 3=) på 2,655 Mkr dividerat med InPORTs genomsnittligt uppskattade omsättning (9,199+12,331+10 /. 3=) på 10,510 Mkr. Detta ger en genomsnittlig omsättningsandel under de tre åren 2010 -- 2012 på (2,655 /. 10,510=) 0,2526 eller c:a 25 procent. Om InPORTs omsättning 2012 skulle motsvara enbart försäljningen till Helsingborgs hamn uppgår genomsnittliga omsättningen till (9,199+12,331+2,571 /. 3=) på 8,033 Mkr och den genomsnittliga omsättningsandelen till (2,655 /. 8,033=) 0,3305 eller c:a 33 procent.

<sup>12</sup> Aktuella utbetalningar uppgår på årsbasis 2012 till 2,571.710 kronor exklusive moms (3.214.638 kronor inklusive moms), vilket motsvarar månadsvärdet 214.309 kronor eller (214.309 x 48=) kontraktsvärdet 10.286.832 kronor som ett 48-månaderskontrakt.

<sup>13</sup> Enligt unionsrättslig praxis ska bestämmelserna för upphandling inom försörjningssektorerna tolkas restriktivt, så att där reglerade förfaranden inte vidgas till andra tillämpningsområden. Det är således endast de kontrakt som en upphandlande enhet tilldelar avseende, och för, utövat av verksamheter som anges i försörjningsdirektivet, som omfattas av tillämpningsområdet för de svenska bestämmelserna i LUF – se EU-domstolens dom av den 10 april 2008 i mål C- 393/06, *Ing. Aigner*, REG 2008, s. I- 2339, pp. 25-27.

<sup>14</sup> Se 1 kap. 10 § 2 p. LUF. Bestämmelsen, som motsvaras av artikel 7 b) i försörjningsdirektivet (2004/17/EG), har utformats i överensstämmelse med detta direktiv – se prop. 2006/07:128, s. 455. Bestämmelsen i LUF ska enligt unionsrättslig praxis tolkas i enlighet med direktivet – se EU-domstolens dom av den 10 april 1984 i mål C-14/83, *von Colson och Kamann*, REG 1984, s. 1891, p. 26 jämte dom av den 13 november 1990 i mål C-106/89, *Marleasing*, REG 1990, s. I- 4135, p. 8.

<sup>15</sup> Bestämmelserna i LUF har tillkommit med utgångspunkt i Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/17/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (det s.k. försörjningsdirektivet) medan motsvarande bestämmelser i 4 kap. ÄLOU följer av Europeiska rådets direktiv (93/38/EG) av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport-, och telekommunikationssektorerna (försörjningssektorsupphandlingsdirektivet).

<sup>16</sup> Enligt 2 kap. 20 § LUF omfattar lagens bestämmelser varje företag över vilket en upphandlande myndighet har ett direkt eller indirekt bestämmande inflytande till följd av ägarförhållande, finansiellt deltagande eller gällande regler. Ett bestämmande inflytande över ett företag ska anses föreligga om en upphandlande myndighet, direkt eller indirekt, äger större delen av det tecknade kapitalet, kontrollerar röstmajoriteten eller kan utse mer än hälften av medlemmar i ledningsorgan. Bestämmelsen motsvaras av artikel 2.1 i försörjningsdirektivet (2004/17/EG).

<sup>17</sup> Enligt 2 kap. 20 § 1 st. 1 p. och 2 st. LUF avses med upphandlande enhet sådana företag som en upphandlande myndighet kan utöva ett bestämmande inflytande över genom att direkt eller indirekt inneha mer än hälften av andelarna i företaget eller kontrollera majoriteten av rösttalet på grund av aktieäggande eller motsvarande eller kan utse mer än halva antalet ledamöter i företagets styrelse eller liknande ledningsorgan. Begreppet *upphandlande enhet* enligt LUF omfattar inte bara myndigheter och offentligt ägda företag, utan även privata företag som bedriver verksamhet inom någon av de s.k. försörjningssektorerna omfattas i detta avseende av regleringen i LUF. Motsvarande beteckning på dem som är skyldiga att inom den klassiska sektorn iakttä lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU – är numera *upphandlande myndighet* och *offentligt styrt organ*.

Med *upphandling* avses enligt 2 kap. 23 § LUF (jfr 1 kap. 5 § ÄLOU) sådana åtgärder som vidtas av en upphandlande enhet i syfte att tilldela ett kontrakt<sup>18</sup> eller att ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster eller byggtreprenader. Tillsynen över upphandling enligt LUF utövas numera av Konkurrensverket.<sup>19</sup>

LUF är tillämplig på upphandlingar som har *påbörjats*<sup>20</sup> efter den 1 januari 2008. Upphandling som har påbörjats därförinnan, men efter den 1 januari 1994, regleras istället genom ÄLOU. För upphandling som har påbörjats efter den 15 juli 2010 har vidare i LUF införts vissa ändringar med avseende på bl.a. möjlighet till s.k. direktupphandling samt tillgängliga rättsmedel.

Regelverket för hur en upphandling ska annonseras och genomföras styrs av värdet av det kontrakt som ska upphandlas och av föremålet för upphandlingen. En upphandling som avser tekniska system för ledning, styrning, kommunikation och IT-system (CPV 35710000-7), innefattande lednings-, styrnings- och kommunikationssystem (CPV 35711000-1) samt system för taktisk ledning, styrning och kommunikation (35712000-8) samt IT-programvara (CPV 48517000-5)<sup>21</sup> ska upphandlas enligt bestämmelserna i LUF avseende *varukontrakt* medan IT-tjänster med konsultverksamhet, programvaruutveckling, internet och stöd (CPV 72000000-5) innefattande programmering av mjukvara samt rådgivning (CPV 72200000-7) programmering av programpaket (CPV 72210000-0) och programmering av system- och användarprogram (CPV 72211000-7) ska upphandlas enligt bestämmelserna i samma lag avseende *A-tjänstekontrakt* (kategori 7, databehandlingstjänster och därmed sammanhängande tjänster) enligt bilaga 2 till LUF.

Enligt 3 kap. 2 § LUF (4 kap. 8-13 §§ ÄLOU) ska vid tröskelvärdesberäkning, värdet av förekommande varu- och tjänstekontrakt uppskattas till det totala belopp som skall betalas enligt kontraktet. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats. I fråga om varu- eller tjänstekontrakt som löpande återkommer ska enligt 3 kap. 9 § första stycket punkten 1 LUF, värdet istället beräknas till det verkliga totala värdet av en följd av liknande kontrakt som upphandlats under den föregående tolv månadersperioden eller under det föregående räkenskapsåret.<sup>22</sup>

Om ett varu- eller tjänstekontrakt har upphandlats för att löpa tills vidare och något totalpris inte anges ska enligt 3 kap. 11 § LUF (4 kap. 9 § ÄLOU) kontraktet uppskattas som ett 48-månaderskontrakt.<sup>23</sup> Värdet av ett ramavtal ska beräknas till det högsta sammanlagda värdet av samtliga kontrakt som planeras under ramavtalets löptid. Valet av beräkningsmetod får enligt 3 kap. 9 § andra stycket LUF (4 kap. 9 § ÄLOU) inte göras för att kringgå lagens bestämmelser.

---

<sup>18</sup> Med kontrakt avses enligt 2 kap. 10 § LUF ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som sluts mellan en eller flera upphandlande enheter och en eller flera leverantörer, avser utförande av byggtreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster och undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur.

<sup>19</sup> Se 18 kap. LUF jämte förordningen (2007:1099) om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

<sup>20</sup> I prop. 2009/09:180, s. 374, anges att om ett avtal har slutits utan att upphandlingen har annonserats enligt lagens bestämmelser, får upphandlingen anses *påbörjad* först när avtalet har slutits, såvitt den upphandlande enheten inte kan visa att ett upphandlingsförfarande enligt lagen rent faktiskt har påbörjats vid en tidigare tidpunkt.

<sup>21</sup> CPV, Common Procurement Vocabulary, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom de europeiska gemenskaperna (EU-kommissionen, GD XV/B/4). CPV klassificerar ca 6.000 varor och tjänster i ett åttaställigt kodsysteem. Tanken är att systemet ska ersätta de olika nationella klassifikationerna vid handeln inom såväl som mellan medlemsstaterna. – Se Europeiska parlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), vilken trädde i kraft den 12 december 2003 (numera ändrad genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG respektive 2004/18/EG om förfaranden vid offentlig upphandling, när det gäller revidering av CPV, vilken trädde i kraft den 13 september 2008).

<sup>22</sup> Beräkningen ska om möjligt justeras med hänsyn till förutsebara ändringar i kvantitet eller värde under den tolv månadersperiod som följer efter det första kontraktet. Värdeberäkningen kan enligt samma bestämmelse, punkten 2, alternativt ske till uppskattade totala värdet av en följd av kontrakt som kommer att upphandlas under den tolv månadersperiod som följer på den första leveransen eller, om räkenskapsåret är längre än tolv månader, under räkenskapsåret.

<sup>23</sup> Enligt 3 kap. 16 § LUF ska, om ett tjänstekontrakt upphandlas utan att något totalpris anges, värdet av kontraktet vara det uppskattade totala värdet av tjänsterna under kontraktets löptid, om denna är högst 48 månader och av månadsvärdet multiplicerat med talet 48, om löptiden är längre eller om kontraktet löper på obestämd tid.

Sedan den 1 januari 2012 uppgår tröskelvärdet vid upphandling av varor och tjänster inom de s.k. försörjningssektorerna till 3.795.080 kronor. Under perioden 2010- 2011 uppgick motsvarande tröskelvärde till 3.849.489 kronor.<sup>24</sup>

Vid upphandling inom försörjningssektorerna ska enligt en generalklausul i 1 kap. 24 § LUF (jfr. 1 kap. 4 § ÄLOU) den upphandlande enheten behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra sina upphandlingar på ett öppet sätt. Vidare ska principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttagas.

Enligt 1 kap. 20 § LUF (jfr. 5 kap. 2 § ÄLOU) behöver regelverket dock inte tillämpas vid upphandling av tjänster från en upphandlande myndighet<sup>25</sup> som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt (s.k. rättsligt monopol) på att utföra tjänsten.<sup>26</sup> Den omständigheten att en upphandlande enhet tror sig veta att enbart en viss leverantör rent faktiskt kan komma ifråga för leverans av aktuella tjänster (s.k. faktisk ensamsituation) medför dock inte undantag från huvudregeln att en annonserad upphandling ändå ska genomföras.<sup>27</sup>

Enligt 1 kap. 15 och 16 §§ LUF (4 kap. 4 a § ÄLOU) behöver under vissa förhållanden lagens bestämmelser heller inte tillämpas ifråga om bl.a. kontrakt som en upphandlande enhet tilldelar ett *anknutet företag* med vilket enheten befinner sig i ett konsoliderat koncernförhållande (koncernbolag).<sup>28</sup> En förutsättning för sådant undantag är emellertid att förekommande leveranser med anledning av tilldelningen motsvarar minst 80 procent av det anknutna företagets genomsnittliga omsättning<sup>29</sup> under de föregående tre åren.<sup>30</sup>

---

<sup>24</sup> Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärden* fastställs av EU-kommissionen och tillkännages enligt 3 kap. 1 § LUF, löpande av regeringen i Svensk författningssamling. Tillkännagivande ska ske angivet till exakt belopp i euro och svenska kronor. Tröskelvärdet för upphandling av varor och A-tjänster inom försörjningssektorerna uppgår för närvarande, sedan den 1 januari 2012, till 400.000 euro eller 3.795.080 kronor. Därförinnan, sedan den 1 januari 2010, uppgick motsvarande tröskelvärde till 387.000 euro eller 3.849.489 svenska kronor – se vidare regeringens respektive tillkännagivanden (2010:53, 2011:1357 och 2011:1575) av tröskelvärden vid offentlig upphandling jämte Europeiska kommissionens förordning (1422/2007/EG) av den 4 december 2007 om ändring av europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG avseende de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden.

<sup>25</sup> För definition avseende vad som utgör *upphandlande myndighet*, se 2 kap. 21 § LUF.

<sup>26</sup> Enligt 1 kap. 12 § LUF eller 4 kap. 4 § ÄLOU behöver lagens bestämmelser inte heller iakttagas ifråga om anskaffningar som görs vid återförsäljning eller uthyrning till tredje man, om den upphandlande enheten inte har någon särskild rättighet eller ensamrätt att sälja eller hyra ut föremålet för kontraktet och även andra har rätt att sälja eller hyra ut det på samma villkor som den upphandlande enheten. Den upphandlande enheten är i sådant fall skyldig att till Europeiska gemenskapernas kommission anmäla de varukategorier och verksamheter som den anser vara undantagna enligt lagen.

<sup>27</sup> Jfr. EU-domstolens dom av den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28/01, *kommissionen mot Tyskland*, REG 2003 s. I- 3609. I domen behandlas bl.a. en upphandling av omhändertagande av avfall där en central rättsfråga var huruvida en upphandlande myndighet kan lägga sin uppfattning att inga andra leverantörer rent faktiskt kan komma ifråga till grund för att underlåta infordran av anbud i konkurrens på den allmänna marknaden. Förbundsrepubliken Tyskland medgav att de i EG:s upphandlingsdirektiv stadgade villkoren för att underlåta anbudsinfordran från flera företag inte hade uppfyllts, men hänvisade till att den valda leverantören rent faktiskt var det enda företag som i praktiken kunde tilldelas kontraktet och att en ny upphandling inte skulle ändra detta förhållande (se punkten 57). EU-domstolen, som emellertid inte fann att detta kunde utgöra tillräckligt skäl för att underlåta upphandling i konkurrens på den allmänna marknaden, uttalade bl.a. att ett förfarande som används på grund av att det föreligger skäl för undantag (i målet var det ett tekniskt skäl som åberopades) måste vara förenligt med de grundläggande principerna i gemenskapsrätten, särskilt icke-diskrimineringsprincipen och att ”risken för att denna princip åsidosätts är särskilt hög när en upphandlande myndighet beslutar att en viss upphandling inte ska ske i konkurrens” (se punkterna 62 och 63). Förbundsrepubliken Tyskland fälldes således av EU-domstolen för att ha åsidosatt EU:s upphandlingsdirektiv 92/50/EEG (tjänstepupphandlingsdirektivet). Efter domstolens avgörande har Europeiska kommissionen inlett ett nytt förfarande gentemot Förbundsrepubliken Tyskland i syfte att även tvinga fram omedelbart upphörande av de avtal som tecknats i den kritiserade upphandlingen (se Europeiska kommissionens pressmeddelande av den 25 oktober 2004- IP/04/1294 jfr även pressmeddelandet den 31 mars 2004 – IP/04/428).

<sup>28</sup> Därmed avses företag vars årsräkenskaper konsolideras med den upphandlande enhetens enligt kraven i rådets sjunde direktiv 83/349/EEG av den 13 juni 1983, senast ändrat genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/46/EG. Undantagna enligt den aktuella regleringen är således (1) företag över vilket den upphandlande enheten har ett bestämmande inflytande eller (2) företag som kan utöva ett bestämmande inflytande över den upphandlande enheten (moder <-> dotterbolag) eller (3) företag som tillsammans med den upphandlande enheten står under bestämmande inflytande av ett annat företag på grund av ägande eller finansiellt deltagande eller på grund av de regler företaget lyder under eller som på annat sätt befinner sig i ett konsoliderat koncernförhållande med den upphandlande enheten (koncernsystembolag).

<sup>29</sup> Om det är mer än ett företag som är anknutet till den upphandlande enheten och tillhandahåller samma eller liknande byggtreprenader, varor eller tjänster, skall andelen beräknas med hänsyn till den totala omsättning som härrör från byggtreprenader, varor respektive tjänster från dessa anknutna företag.

<sup>30</sup> Om det anknutna företaget inte kan visa omsättning för de föregående tre åren på grund av tidpunkten för företagets etablering eller verksamhetens påbörjande, får företaget alternativt, genom prognoser för verksamheten eller på något annat sätt göra sannolikt att den andel av omsättningen som krävs kommer att uppnås.

Undantag gäller enligt 1 kap. 15 och 17 §§ LUF (4 kap. 4 a § ÄLOU) även för s.k. *samrisk-företag* i vilket den upphandlande enheten ingår och som har bildats uteslutande av upphandlande enheter för att bedriva verksamhet inom försörjningssektorerna.

Syftet med ÄLOU och LUF jämte bakomliggande EU-direktiv och aktuella fördragsbestämmelser är att säkra att upphandlingar har utformats bl.a. i syfte att försvåra möjligheterna att vid anskaffning gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt. Bestämmelserna medför också att företag och den betalande allmänheten på sikt skyddas mot onödigt höga hamnavgifter samt att korruption motverkas.

Som regel föreligger det en obligatorisk skyldighet för upphandlande enheter att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag samt genom annons offentliggöra sina upphandlingar. En annons om upphandling ska på snabbast lämpliga sätt sändas till Europeiska kommissionen<sup>31</sup> för publicering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED.<sup>32</sup>

I fråga om bl.a. tjänsteupphandling föreligger undantag enligt 4 kap. 2 § jämförd med 15 kap. 3 § LUF (jfr 4 kap. 16 § och 6 kap. 2 andra stycket och 2 b § ÄLOU) från skyldigheten att annonsera under följande förutsättningar:

- upphandlingens värde är lågt<sup>33</sup> eller det föreligger synnerliga skäl såsom synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten,
- det har vid en annonserad upphandling inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud,
- det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras av endast en viss leverantör,
- upphandlingen gäller vissa nödvändiga och brådskande kompletterande tjänster, eller
- upphandlingen gäller nya tjänster som består enbart av en upprepning av tjänster som tidigare varit föremål för öppen eller selektiv upphandling från samma leverantör och värdet av det nya kontraktet ingått i tröskelvärdetsberäkningen av värdet av det ursprungliga projektet.

Undantaget vid synnerlig brådska gäller enbart oförutsedd brådska.<sup>34</sup> Sådan egenförvållad brådska hos den upphandlande enheten som kan ha uppkommit till följd av exempelvis bristande planering, grundar sålunda inte rätt till direktupphandling. Vidare ska enligt EU-domstolens fasta rättspraxis<sup>35</sup> möjlighet till undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som ges i EU- fördraget inom området för offentlig upphandling tolkas restriktivt<sup>36</sup> och att det ankommer på den som avser att åberopa ett undantag att bevisa att de särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt föreligger.<sup>37</sup>

<sup>31</sup> Se 2 § förordningen (2007:1099) om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (jfr. 1 kap. 7-11 §§ ÄLOU).

<sup>32</sup> Tenders Electronic Daily (TED) är Europeiska unionens databas för annonsering av bl.a. offentlig upphandling. Databasen utgör ett tillägg till Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och publicerar annonser som har skickats till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer (OPOCE).

<sup>33</sup> Med *lågt värde* avses enligt LUF ett kontraktvärde uppgående till högst 15 procent av gällande tröskelvärde, vilket ifråga om tjänsteupphandling inom försörjningssektorerna medger direktupphandling av aktuellt tjänsteslag upp till maximalt 577.424 kronor per bokföringsår, se 15 kap. 3 § andra stycket LUF. Vid tillämpningen av ÄLOU var detta värde ännu inte fastställt i författningstexten, men får antas i vart fall inte överstiga den numera fastställda värdegränsen enligt LUF.

<sup>34</sup> Den nu gällande undantagsbestämmelsen i 4 kap. 2 § första stycket 4 LUF har förts över till från den äldre lagen (1992:1528) om offentlig upphandling - ÄLOU. Av lagförarbetsuttalanden (prop. 2001/02:142, s. 99) framgår hänvisning till bestämmelserna i ÄLOU (jfr. 4 kap. 16 § ÄLOU), vilka således fortfarande är aktuella (se prop. 2006/07:128, s. 429). Där anges i fråga om vad som ska anses motivera synnerlig brådska bl.a. följande: ”Regeln är som tidigare avsedd främst för oförutsedda händelser som den upphandlande myndigheten inte själv kunnat råda över. Att den upphandlande enheten råkat i brådska beroende på egen bristande planering grundar inte rätt till direktupphandling”.

<sup>35</sup> Från senare EU-rättspraxis, se EU-domstolens dom av den 2 oktober 2008 i målet C- 157/06, *kommissionen mot Italien*, REG 2008 s. I-7313, p. 23.

<sup>36</sup> Avseende kravet på restriktiv tolkning, se EU-domstolens avgöranden av den 17 november 1993 i mål C-71/92, *kommissionen mot Spanien*, REG 1993, s. I-5923, av den 3 maj 1994 i mål C-328/92, *Kommissionen mot Spanien II*, REG 1994, s. I-1569 samt av den 18 maj 1995 i mål C-57/94, *Kommissionen mot Italien II*, REG 1995, s. I-1249.

<sup>37</sup> Avseende bevisbördans placering, se EU-domstolens dom av den 10 mars 1987 i mål C-199/85, *Kommissionen mot Italien*, REG 1987, s. 1039, av den 3 maj 1994 i mål C-328/92, *Kommissionen mot Spanien II*, REG 1994, s. I-1569 samt av den 18 maj 1995 i mål C-57/94, *Kommissionen mot Italien II*, REG 1995, s. I-1249. Från senare års praxis, se också domstolens dom av den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28-01, *Kommissionen mot Tyskland*, REG 2003 s. I- 3609, p. 58, samt av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, *Stadt Halle*, REG 2005, s. I-1, p. 46.

Med stöd av ändringar som införts i lagen från och med den 15 juli 2010 ska enligt 16 kap. 13 § LUF rätten, på talan av skadelidande leverantör, besluta att ett avtal som har slutits direkt mellan en upphandlande enhet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering och något undantag från kravet på annonsering inte visas föreligga.<sup>38</sup> Talan om sådan avtalsogiltighet måste dock, enligt 16 kap. 17 § LUF, väckas inom sex (6) månader från det att avtalet slöts.

Den upphandlande enheten kan i fall av otillåten direkttilldelning även förpliktas utge s.k. upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § LUF. Även denna sanktion har införts i lagen med verkan från och med den 15 juli 2010, och innebär att allmän förvaltningsdomstol på talan av Konkurrensverket kan besluta om en särskild straffavgift ska betalas av den upphandlande enhet som har slutit avtal med en leverantör utan iakttagande av föreskrifterna om föregående annonsering i LUF. Upphandlingsskadeavgiften ska enligt 17 kap. 4 § LUF uppgå till lägst 10.000 kronor och högst 10 miljoner kronor. Avgiften får dock inte överstiga tio procent av det aktuella kontraktsvärdet. I rättspraxis har upphandlingsskadeavgift, som grundats på en motsvarande bestämmelse i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, som regel kommit att bestämmas till omkring 7 procent av det aktuella kontraktsvärdet.<sup>39</sup>

En upphandlande enhet som inte har följt bestämmelserna i LUF ska också ersätta därigenom uppkommen skada för leverantör. Skadestånd ska bestämmas så att den som kan visa rätt till skadestånd ska försättas i samma läge som om ett anbudsförfarande hade fullgjorts på ett riktigt sätt, d.v.s. full kompensation för utebliven samkostnadstäckning och handelsvinst.<sup>40</sup> I fall där den upphandlande enheten felaktigt underlåtit att infordra anbud, låter det sig emellertid inte lika enkelt fastställas vilken leverantör som skulle ha fått kontraktet, om anbud hade infordrats och kriterierna hade preciserats i beställarens uppfordran (hypotetisk upphandling). Ofta kan det inte beträffande någon leverantör sägas att denne skulle ha fått kontraktet. För att inte skyldigheten att infordra anbud skall urholkas, bör enligt rättspraxis den leverantör som i en sådan situation sannolikt skulle ha lämnat ett anbud, och som därvid skulle ha haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet, kunna få skadestånd. Detta kan enligt vad Högsta domstolen uttalat i NJA 2007 s. 349 behöva uppgå till mer än nerlagda kostnader, varför en skönsmässig bedömning ska kunna ske där skadeståndet fastställs till ett skäligt belopp.<sup>41</sup> Det kan i dylika fall dock inte krävas att det varit sannolikt att leverantören vid en korrekt upphandling hade fått kontraktet, för att leverantören skall kunna få skadestånd med ett högre belopp än som motsvarar de kostnader som denne haft.<sup>42</sup>

### Yttrande

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

---

<sup>38</sup> Rätten får emellertid, enligt 16 kap. 16 § LUF, besluta att avtalet trots allt får bestå om det skulle föreligga någon tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Bevisbördan för sådant undantag åvilar den upphandlande myndigheten.

<sup>39</sup> Se bl.a. Förvaltningsrätten i Malmö, dom av den 9 juli 2012 i mål 4137-12, där Malmö kommun förpliktades att utge upphandlingsskadeavgift på 170.000 kronor motsvarande 7,5 procent av kontraktsvärdet samt Förvaltningsrätten i Umeå, dom av den 30 mars 2012 i mål 3834-11, där Luleå tekniska universitet (LTU) förpliktades att utge upphandlingsskadeavgift med 100.000 kronor, motsvarande c:a 8,5 procent av det aktuella kontraktsvärdet.

<sup>40</sup> Se NJA 1998 s. 873 (*Arkitekttjänst i Uppsala ./. Heby kommun*) samt NJA 2007 s. 349 (*Rederi AB Ishavet ./. Göteborgs kommun*).

<sup>41</sup> Se ovannämnda avgörande NJA 2007 s. 349; jfr. NJA 2000 s. 712 (*Tvättsvamparna ./. Ekerö kommun*).

<sup>42</sup> Se ovannämnda avgörande NJA 2007 s. 349; jfr. även art. 1.3 i det första rättsmedelsdirektivet (89/665/EG) samt ingressen till och art. 2.7 i det andra rättsmedelsdirektivet (2007/66/EG), vari talas om risk för skada respektive realistisk möjlighet att få kontraktet.

### Bedömning

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp som uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att blanda samman myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen.

Av utredningen i ärendet framgår att Helsingborg Hamn är verksamt inom de s.k. försörjningssektorerna och därmed utgör en upphandlande enhet som är skyldig att vid sina anskaffningar tillämpa LUF.

Vidare framgår av utredningen att hamnbolaget under 2010 förvärvade aktiemajoriteten i IT-företaget InPORT, så att dessa båda bolag kommit att ingå i ett konsoliderat koncernförhållande med varandra. InPORT är dock verksamt med att bedriva försäljning av datorbaserade program på den allmänna marknaden i en sådan grad att förekommande leveranser med anledning av tilldelningarna från Helsingborgs hamn motsvarar enbart c:a 25 procent av IT-bolagets genomsnittliga omsättning under de närmast föregående åren 2010-2012.

Totalt har sedan 2000 överenskommits minst 71 avtal eller beställningar mellan Helsingborgs hamn och InPORT. Under 2012 betalade Helsingborgs hamn ut c:a 2,5 miljoner kronor till InPORT för anskaffning av tjänster och varor. Det totala kontraktsvärdet av aktuella anskaffningar kan således, med ledning av beräkningsbestämmelsen i LUF och ÄLOU, uppskattas till c:a 10 miljoner kronor vilket väsentlig överstiger tröskelvärdet för att direktivstyrd upphandling ska genomföras enligt 1-14 kap. LUF.

Ingen av Helsingborgs hamns aktuella anskaffningar har emellertid föregåtts av något annonserat förfarande, utan förekommande kontrakt har tilldelats direkt till InPORT. Det beskrivna förfarandet har förekommit under hela den aktuella perioden 2000-2012; således även innan Helsingborgs hamn under 2010 förvärvade aktiemajoriteten i InPORT.

Även om InPORT genom detta förvärv numera utgör ett s.k. anknutet företag till Helsingborgs hamn kan emellertid undantagsbestämmelsen i 1 kap. 15 och 16 §§ LUF eller 4 kap. 4 a § ÄLOU inte göras tillämplig i fråga om nu aktuella anskaffningar, eftersom InPORT har bedrivit mindre än 80 procent av sin genomsnittliga omsättning gentemot hamnbolaget. InPORT är heller inte något samriskföretag eller har någon ensamrätt med stöd av lag eller annan författning att utföra aktuella tjänster till hamnbolaget.

Som huvudregel skulle förekommande anskaffningar därför ha annonserats och konkurrerande anbud från även andra företag än InPORT ha infordrats på den allmänna marknaden för IT-tjänster och varor.

Några tekniska eller konstnärliga skäl eller någon ensamrätt som gör att endast InPORT kan komma ifråga för att leverera IT-tjänster till Helsingborgs hamn föreligger inte. De anskaffningar som nu är i fråga avser inte något lågt värde och det är heller inte fråga om kompletterande leveranser eller upprepningsleveranser till ett sedan tidigare korrekt upphandlat avtal. Anskaffningarna avser inte någon formgivningstävling. Någon synnerlig brådska inte kunnat förutses har vidare inte ens påståtts, än mindre visats av Helsingborgs hamn till stöd för att genomföra aktuella avskaffningar direkt från InPORT.

Sakliga skäl för undantag från den lagstadgade huvudregeln om upphandling i konkurrens på den allmänna marknaden föreligger sålunda inte, varför aktuella upphandlingar rätteligen skulle ha genomförts genom något av de annonserade förfaranden som föreskrivs enligt LUF.

Konkurrensen på marknaden för aktuella IT-tjänster har härmed snedvridits samtidigt som Helsingborg hamns förtroende som upphandlare kan ifrågasättas. Bolaget riskerar även att dömas att betala böter i form av upphandlingsskadeavgift och/eller eventuella skadestånd till förfördelade leverantörer.