

PM 2 2015-04-23 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom köp av IT-tjänster m.m. utan föregående annonserad upphandling (otillåten direkttilldelning).

Det kommunala bolaget Helsingborgs hamn AB köper utan annonserad upphandling tjänster och varor för uppskattningsvis c:a 3 miljoner kronor per år direkt från ett tidigare anknutet numera helt privatägt dataföretag.

Det av Helsingborgs stad helägda bolaget Helsingborg hamn AB (nedan Helsingborgs hamn)¹ har under lång tid köpt tjänster direkt från InPORT Intelligent PORT Systems AB (nedan InPORT)² i strid med bestämmelserna om offentlig upphandling.³

InPORT var från början privatägt. Under 2010 förvärvade Helsingborgs hamn aktiemajoriteten (94,5 procent) i InPORT, vilket till återstående del ägdes av privata ägare.⁴

Sedan den 26 juni 2014 har Helsingborgs hamn avyttrat hela sitt aktieinnehav i InPORT och lämnat bolaget som ägare. I det pressmeddelande som skickades ut i samband med försäljningen anger Helsingborgs hamn att bolaget avser att ”*fortsätta vårt goda samarbete med InPORT*”.⁵

Efter försäljningen av aktierna i InPORT har Helsingborgs hamn fortsatt med löpande beställningar från bolaget. Enligt vad som har gjorts tillgängligt⁶ upprätthåller parterna ett ”Huvudavtal” avseende bland annat underhåll och utvecklingen av applikationen PORTIT⁷ samt ytterligare två ”underavtal” avseende konsultationer och support. Huvudavtalet ingicks mellan parterna den 1 och 22 augusti 2014 och löper, såvitt får förstås, utan begränsning i tiden.⁸

Inget av de aktuella avtalen har föregåtts av något annonserat förfarande enligt gällande bestämmelser för upphandling.⁹

Enligt utdrag ur leverantörsreskontra för Helsingborgs hamn har under perioden 26 juni 2014 till och med den 14 januari 2015 utbetalningar skett till InPORT med totalt 1,698 miljoner kronor eller 242.667 kronor per månad (exklusive lagstadgad mervärdesskatt moms).¹⁰ Med utgångspunkt i dessa betalningar kan, vid en beräkning som ett 48-månaderskontrakt enligt upphandlingsbestämmelserna för tröskelvärdesberäkning, det totala s.k. kontraktsvärdet av hamnbolagets aktuella anskaffningar uppskattas till c:a 11,6 miljoner kronor.¹¹

¹ Helsingborgs hamn AB (Helsingborgs hamn), med org.nr. 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.

² 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*”.

³ Se Konkurrenskommissionens tidigare utredning KKO 12-037.

⁴ Enligt Årsredovisning 2010 för Helsingborgs hamn AB genomfördes aktieförvärv och ägarövergång motsvarande en andel på 94,5 procent av bolagets kapital per den 1 oktober 2010.

⁵ Se Helsingborgs hamns pressmeddelande ”Helsingborgs hamn säljer bolaget InPORT Intelligent PORT Systems AB”.

⁶ Tillgängliggörandet avser delar av aktuella avtal, vilka med avseende på bland annat genom beslut av Helsingborgs hamn den 17 februari 2015 sekretessbelagts med återopande av 19 kap. 1 § och 31 kap. 16 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) - OSL.

⁷ PORTIT är ett av InPORT utvecklat affärssystem för bland annat hamnar vilket samordnar logistiken kring hamnars fartygsanlöp, godshantering och kundfakturerings.

⁸ Se ”Huvudavtal – Avseende tjänster och leveranser mellan InPORT Intelligent PORT Systems AB, nedan kallad InPORT, och Helsingborgs Hamn AB, nedan kallad Kunden”, p. 7.

⁹ Se Helsingborgs hamns beslut av den 17 februari 2015 om 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*”.

¹⁰ Den aktuella uppgiften avser utdrag ur leverantörsreskontra för Helsingborgs hamn avseende fakturerings från och utbetalningar till InPORT 5,089perioden den 26 juni 2014 t.o.m. den 14 januari 2015.

¹¹ Aktuella utbetalningar uppgår under de sju aktuella månaderna till 1.698.710 kronor exklusive moms (2.123.338 kronor inklusive moms), vilket motsvarar månadsvärdet 242.672 kronor eller (242.672 x 48=) kontraktsvärdet 11.648.299 kronor som ett 48-månaderskontrakt.

Gällande rätt

Upphandling som genomförs inom de s.k. *försörjningssektorerna* för verksamhet¹² som består av bland annat utnyttjande av ett geografiskt område i syfte att ge tillgång till hamnar regleras genom lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster – LUF.¹³ Lagens bestämmelser har kommit till som en följd av bl.a. 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).

Den – myndighet eller företag¹⁴ – som är skyldig att iaktta LUF utgör en s.k. *upphandlande enhet*.¹⁵ I detta begrepp ingår således även rent privata företag som bedriver verksamhet inom försörjningssektorerna.

Med *upphandling* avses enligt 2 kap. 23 § LUF sådana åtgärder som vidtas av en upphandlande enhet i syfte att tilldela ett kontrakt¹⁶ eller att ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster eller byggtreprenader inom lagens tillämpningsområden. Tillsynen över upphandling enligt LUF utövas av Konkurrensverket.¹⁷

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), innefattande IT-system för ledning, styrning och kommunikation (CPV 35711000) samt system för taktisk ledning, styrning och kommunikation (35712000) samt IT-programvara (CPV 48517000)¹⁸ ska upphandlas enligt bestämmelserna i LUF avseende *varukontrakt* medan IT-tjänster med konsultverksamhet, programvaruutveckling, Internet och stöd (CPV 72000000) innefattande programmering av mjukvara samt rådgivning (CPV 72200000) programmering av programpaket (CPV 72210000-0) och programmering av system- och användarprogram (CPV 72211000) ska upphandlas enligt bestämmelserna i samma lag avseende *A-tjänstekontrakt* (kategori 7), databehandlingstjänster och därmed sammanhängande tjänster) enligt bilaga 2 till LUF.

¹² 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.

¹³ 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. Bestämmelserna 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.

¹⁴ 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).

¹⁵ 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 aktieägarande 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 iaktta lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU – är numera *upphandlande myndighet* och *offentligt styrt organ*.

¹⁶ 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.

¹⁷ Se 18 kap. LUF jämte förordningen (2007:1099) om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

¹⁸ 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).

Enligt 3 kap. 2 § LUF 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.¹⁹

Om ett varu- eller tjänstekontrakt upphandlats för att löpa tills vidare och något totalpris inte anges ska enligt 3 kap. 11 § LUF kontraktet uppskattas som ett 48-månaderskontrakt.²⁰ 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 inte göras för att kringgå lagens bestämmelser.

Sedan den 1 januari 2014 uppgår gällande tröskelvärde vid upphandling av varor och tjänster inom försörjningssektorerna till 3.612.854 kronor.²¹

Vid upphandling ska enligt 1 kap. 24 § LUF 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 iakttas.

Enligt 1 kap. 20 § LUF behöver regelverket dock inte tillämpas vid upphandling av tjänster från en upphandlande myndighet²² som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt (s.k. rättsligt monopol) på att utföra tjänsten.²³ 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.²⁴

Enligt 1 kap. 15 och 16 §§ LUF behöver lagens bestämmelser under vissa förhållanden heller inte tillämpas ifråga om bl.a. kontrakt som en upphandlande enhet tilldelar ett *anknutet företag*

¹⁹ Beräkningen ska om möjligt justeras med hänsyn till förutsebara ändringar i kvantitet eller värde under den tolv månadersperiod som följer efter det första kontraktet. Värdet beräknas 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.

²⁰ Enligt 3 kap. 11 § 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.

²¹ 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. Tillkännagivandet ska ske till exakt belopp angivet i euro och svenska kronor. Tröskelvärdet för upphandling av bl.a. tjänster inom försörjningssektorerna uppgår sedan den 1 januari 2014 till 3.612.854 kronor - se vidare regeringens tillkännagivande (2014:5) av tröskelvärden vid offentlig upphandling samt 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.

²² För definition avseende vad som utgör *upphandlande myndighet*, se 2 kap. 21 § LUF.

²³ Enligt 1 kap. 12 § LUF behöver lagens bestämmelser inte heller iakttas 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.

²⁴ 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 anbudsinfördran 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 (tjänsteupphandlingsdirektivet). 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).

med vilket enheten befinner sig i ett konsoliderat koncernförhållande (koncernbolag).²⁵ En förutsättning för sådant undantag är emellertid att förekommande leveranser med anledning av tilldelningen motsvarar minst 80 procent av det anknutna företagens genomsnittliga omsättning²⁶ under de föregående tre åren.²⁷

Undantag gäller enligt 1 kap. 15 och 17 §§ LUF även för s.k. *samriskföretag* i vilket den upphandlande enheten ingår och som har bildats uteslutande av upphandlande enheter för att bedriva verksamhet inom försörjningssektorerna.

Syftet med LUF och det bakomliggande försörjningsdirektivet samt 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 skickas elektroniskt eller på annat sätt till Europeiska kommissionen²⁸ för publicering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED.²⁹

I fråga om bl.a. tjänstepphandling föreligger undantag enligt 4 kap. 2 § jämförd med 15 kap. 3 § LUF från skyldigheten att annonsera under följande förutsättningar:

- upphandlingens värde uppgår till högst 939.342 kronor³⁰ 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 tröskelvärdesberäkningen av värdet av det ursprungliga projektet.

Undantaget vid synnerlig brådska gäller enbart oförutsedd brådska.³¹ Sådan egenförvällad 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 rättspraxis³² möjlighet till undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som

²⁵ Därmed avses företag vars årsräkenskaper konsolideras med den upphandlande enheten 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).

²⁶ 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.

²⁷ 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.

²⁸ Se 2 § upphandlingsförordningen (2011:1040).

²⁹ 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).

³⁰ Med *låg värde* avses enligt LUF ett kontraktvärde uppgående till högst 26 procent av gällande tröskelvärde, vilket ifråga om tjänstepphandling inom försörjningssektorerna f.n. medger direktupphandling av samma slag upp till maximalt 939.342 kronor per bokföringsår, se 15 kap. 3 § andra stycket LUF.

³¹ 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 - ÅLOU. Av lagförarbetsuttalanden (prop. 2001/02:142, s. 99) framgår hänvisning till bestämmelserna i ÅLOU (jfr. 4 kap. 16 § ÅLOU), 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”.

³² Från senare EU-praxis, se EU-domstolens dom av den 2 oktober 2008 i målet C- 157/06, *kommissionen mot Italien*, REG 2008 s. I-7313, p. 23.

ges i EU-fördraget inom området för offentlig upphandling tolkas restriktivt³³ och det ankommer på den som avser att åberopa ett undantag att bevisa att sådana särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt föreligger.³⁴

Allmän förvaltningsdomstol kan på talan av Konkurrensverket, besluta att en särskild *upphandlings-skadeavgift* ska betalas av den upphandlande enhet som utan iakttagande av föreskrifterna om föregående annonsering i LUF har slutit avtal med en leverantör. Den aktuella straffavgiften ska enligt 17 kap. 4 § LUF uppgå till lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor. Avgiften får dock inte överstiga tio procent av det aktuella kontraktets värde. I rättspraxis har upphandlings-skadeavgifter som grundats på en motsvarande bestämmelse i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av kontraktets värde³⁵ men en individuell bedömning ska alltid ske med beaktande av samtliga relevanta omständigheter.³⁶

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 anbuds-förfarande hade fullgjorts på ett riktigt sätt, d.v.s. full kompensation för utebliven samkostnadstäckning och handelsvinst.³⁷ 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 nedlagda kostnader, varför en skönsmässig bedömning ska kunna ske där skadeståndet fastställs till ett skäligt belopp.³⁸ 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.³⁹

Yttrande

Helsingborgs 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.

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.

³³ 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.

³⁴ 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.

³⁵ Se bl.a. Kammarrätten i Stockholm mål nr 5426-12, 5427-12 respektive 5452-12, Kammarrätten i Göteborg mål nr 7009-12, Kammarrätten i Stockholm mål nr 1305-12, Förvaltningsrätten i Linköping mål nr 1785-13, Förvaltningsrätten i Stockholm mål nr 1271-12, 1273-12 och 1281-12, Förvaltningsrätten i Växjö mål nr 286-12, Förvaltningsrätten i Luleå mål nr 2166-11, Förvaltningsrätten i Göteborg mål nr 13115-12, Förvaltningsrätten i Falun mål nr 2643-12, Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr 2916-13, 22373-12, 2922-13 och 2987-13.

³⁶ Se HFD 2014 ref. 69.

³⁷ Se NJA 1998 s. 873 (*Arkitektjänst i Uppsala ./. Heby kommun*) samt NJA 2007 s. 349 (*Rederi AB Ishavet ./. Göteborgs kommun*).

³⁸ Se ovannämnda avgörande NJA 2007 s. 349; jfr. NJA 2000 s. 712 (*Tvättsvamparna ./. Ekerö kommun*).

³⁹ 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.

Helsingborgs hamn är verksamt inom de s.k. försörjningssektorerna och utgör därmed en sådan *upphandlande enhet* som är skyldig att vid sina anskaffningar tillämpa LUF.

Av utredningen framgår att bolaget har tecknat avtal om löpande köp av tjänster från sitt tidigare delägda IT-bolag, InPORT. Det nu gällande Huvudavtalet tecknades mellan parterna i augusti 2014 och har således slutits efter det att Helsingborgs hamn utträtt som delägare av InPORT.

Hittills har Helsingborgs hamn betalat ut omkring 1,7 miljoner kronor till InPORT i löpande ersättningar enligt Huvudavtalet med underavtal. Eftersom avtalsförhållandet löper tills vidare, utan begränsning i tiden, ska enligt beräkningsbestämmelserna i 3 kap. LUF kontraktsvärdet uppskattas till minst 11,6 miljoner kronor. Detta värde överstiger väsentligen tröskelvärdet för att upphandling ska genomföras enligt de direktivstyrda bestämmelserna 1-14 kap. LUF. Av dessa bestämmelser följer bl.a. som huvudregel ett krav på annonserad anbudsinfordran.

Ingen av Helsingborgs hamns aktuella anskaffningar har emellertid föregåtts av något sådant annonserat förfarande, utan förekommande kontrakt har tilldelats direkt till InPORT.

Någon möjlighet till undantag på grund av reglerna om anknutna företag eller samriskföretag föreligger inte och några tekniska eller konstnärliga skäl eller någon ensamrätt som gör att endast InPORT kan komma ifråga för att leverera IT-tjänster och varor till Helsingborgs hamn har varken påståtts eller visats. De anskaffningar som nu är i fråga avser vidare inte något lågt värde och det föreligger inte någon synnerlig brådska som inte kunnat förutses av Helsingborgs hamn. Inte heller är något annat av de kriterier som kan medföra grund för direkttilldelning enligt LUF uppfyllda.

Sakliga skäl för undantag från den lagstadgade huvudregeln om annonserad upphandling i konkurrens på den allmänna marknaden föreligger därmed inte, varför Huvudavtalet och de underavtal som har ingåtts mellan Helsingborgs hamn och InPORT rätteligen skulle ha föregåtts av ett eller flera annonserade förfaranden enligt LUF.

Genom att underlåta ett sådant förfarande har Helsingborgs hamn brutit mot LUF på ett sätt som riskerar att snedvrider konkurrensförutsättningarna på marknaden för aktuella IT-tjänster och varor. Bolaget riskerar även att, på eventuell talan av Konkurrensverket, få betala en upphandlingsskadeavgift med uppskattningsvis 800.000 kronor.