

Förvaltningsrätten i Stockholm
forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Naturvårdsverket, 106 48 Stockholm

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 3 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 3 LOU beslutar att Naturvårdsverket ska betala 6 700 000 (sexmiljonersjuhundratusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Naturvårdsverket har brutit mot 10 kap. 1 § LOU genom att den 24 februari 2023 ingå avtal om ärende-, dokument- och arkivhanteringssystem inklusive tillhörande tjänster med Ida Infront (leverantören) utan föregående annonsering, trots att förutsättningarna för detta saknades. Det ingångna avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

2. Naturvårdsverket ingick 2009 ett avtal med leverantören för att tillgodose sitt behov av ärende-, dokument- och arkivhantering. Avtalet löpte ut den 28 februari 2023. Vid denna tidpunkt hade Naturvårdsverket inte påbörjat någon ny upphandling för att tillgodose sitt fortsatta behov av ärende-, dokument- och arkivhantering. Att genomföra en ny upphandling uppskattades ta fyra till sex år. Naturvårdsverket hade för avsikt att genomföra en annonserad upphandling av ett sådant system, men bedömde sig ha behov av att fortsätta använda de befintliga systemen till dess att en mer bestående lösning hade upphandlats och implementerats. Det bedömdes inte möjligt att implementera ett nytt och tillfälligt system för mellanperioden utan den effektivaste lösningen var att fortsätta använda de system som myndigheten hade nyttjanderätt till.
3. Den 13 februari 2023 meddelade Naturvårdsverket en förhandsinsyn¹ angående sin avsikt att ingå avtal om förvaltning, support och utveckling av systemlösning för ärende- dokument- och arkivhantering utan föregående annonsering. Som skäl åberopades undantaget för ensamrätt i 6 kap. 14 § första stycket 3 LOU.
4. Naturvårdsverket ingick därefter avtal med leverantören den 24 februari 2023 (Avtalet), se [bilaga 1](#). Leverantören ska tillhandahålla en komplett och integrerad systemlösning för ärende-, dokument- och arkivhantering (ärendehanteringssystemen Modena och iipax case, arkivsystemet iipax archive samt system för säkert informationsutbyte iipax com inklusive tillhörande programvara, utrustning, kundspecifika konfigurationer, integrationer och dokumentation). Leverantören ska också tillhandahålla systemutveckling, migrering, testtjänster, projektledning, lösningsarkitektjänster, supporttjänster samt utbildningstjänster och övriga aktiviteter och åtaganden som anges i Avtalet. Kunden erhåller genom Avtalet nyttjanderättslicens till samtliga programvaror som ingår i lösningen. Avtalet innehåller optioner om vidareutveckling, tredjepartstjänster och

¹ Annonsering om tilldelning av kontrakt utan föregående annonsering enligt 10 kap. 5 § LOU.



utbildning och gäller för en period om fyra år med möjlighet till förlängning om maximalt två år.

Avtalet mellan Naturvårdsverket och leverantören utgör en otillåten direktupphandling

5. Avtalet utgör ett tjänstekontrakt (1 kap. 21 § LOU). Det framgår av utredningen att Avtalet inte har föregåtts av någon annonsering.
6. Enligt huvudregeln ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer ska därigenom få möjlighet att lämna, respektive ansöka om att få lämna, anbud. Upphandlingar med ett värde som understiger en viss procent av det tröskelvärde som är aktuellt (den så kallade direktupphandlingsgränsen) behöver inte annonseras. För att avtal med ett värde som överstiger direktupphandlingsgränsen ska få ingås utan föregående annonsering krävs att något av de särskilt angivna undantagen i LOU är tillämpliga.

Upphandlingens värde

7. Värdet av en upphandling är det totala belopp som, enligt den upphandlande myndighetens uppskattning, ska betalas enligt de varukontrakt, tjänstekontrakt eller byggentreprenadkontrakt som ingår i upphandlingen (5 kap. 2 § LOU). Värdet på options- och förlängningsklausuler ska inbegripas som om de utnyttjats. Värdet ska bestämmas exklusive mervärdesskatt. Värdet av ett ramavtal ska uppskattas till det högsta sammanlagda värdet av samtliga kontrakt som planeras inom ramen för ramavtalet under löptiden (5 kap. 13 § LOU).
8. Uppskattningen av en upphandlings värde ska avse värdet vid den tidpunkt då anbudsinfordran skickas ut eller, om en sådan inte krävs, vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten påbörjar upphandlingsförfarandet (5 kap. 4 § LOU). Metoden för att uppskatta en upphandlings värde får inte väljas i avsikt att undvika att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena blir tillämpliga (5 kap. 5 § LOU).
9. Naturvårdsverket har uppskattat Avtalets värde till 90 000 000 kronor exklusive mervärdesskatt. Konkurrensverket finner inte skäl att ifrågasätta uppskattningen.
10. Värdet överstiger såväl direktupphandlingsgränsen som tröskelvärdet.²

² Tröskelvärdet vid relevant tidpunkt uppgick till 1 456 476 kr och direktupphandlingsgränsen till 700 000 kr.



Det föreligger inget undantag från annonseringsskyldigheten

11. Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar enligt LOU ska tolkas restriktivt.³
12. Naturvårdsverket har under Konkurrensverkets utredning gjort gällande att undantaget för ensamrätt i 6 kap. 14 § första stycket 3 LOU är tillämpligt. Till stöd för detta har Naturvårdsverket anfört bland annat följande.
13. Avtalet avser leverans av en produkt för dokument- och ärendehandläggning som är anpassad för Naturvårdsverkets behov. Produkten består av basprodukter och kundanpassade lösningar. Basprodukterna eller plattformarna, består av iipax-produkter i sina basutföranden, det vill säga iipax permission, case, archive och com utan särskilda anpassningar. Utöver plattformarna köper Naturvårdsverket även särskilt kundanpassade lösningar mot plattformarna. Tjänsterna som Naturvårdsverket köper av leverantören består förenklat i att se till att de kundanpassade lösningarna och plattformarna fungerar samt att utveckla dem vid behov. För att kunna förvalta, utveckla, underhålla och supportera Naturvårdsverkets dokument- och ärendehanteringssystem behöver man tillgång till källkoden till de kundanpassade lösningarna och plattformarna. Naturvårdsverket har äganderätt till de kundanpassade lösningarna inklusive deras källkod. Källkoden till plattformarna har dock endast leverantören. Denne är ensam om att ha tillräcklig kompetens för att utföra tjänsterna och erbjuder inte heller partnerprogram till andra aktörer så att även dessa kan utveckla kundanpassade lösningar. Det föreligger därmed faktisk ensamrätt.
14. Det är inte möjligt att använda något annat system de kommande åren eftersom Naturvårdsverket inte haft tid att upphandla tjänster av någon annan leverantör. Således saknas det rimliga alternativ och de skäl som gör att endast leverantören kan uppfylla myndighetens behov får anses objektiva. Möjligtvis kan de utbildningstjänster som är kopplade till dokument- och ärendehanteringssystemen tillhandahållas av någon annan, men tjänsterna är så tätt förknippade med övriga tjänster och kan antas vara av sådan liten volym att det saknas anledning att skilja dem från övriga tjänster.
15. Naturvårdsverket har övervägt att i stället anskaffa tjänsterna genom avrop från ett av Kammarkollegiets ramavtal. Leverantören är underleverantör

³ Se bland annat EU-domstolens dom i mål C-199/85, *Kommissionen mot Italien*, p. 14, de förenade målen C-20/01 och C-28/01, *Kommissionen mot Tyskland*, p. 58, mål C-385/02, *Kommissionen mot Italien*, p. 19, mål C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, p. 33 och mål C-26/03 *Stadt Halle*, p. 46. Se även prop. 2006/07:128 s. 291 samt RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79, RÅ 2009 not 134 och HFD 2019 ref. 65.



inom ramen för det ramavtalet, vilket skulle medföra ett prispåslag i förhållande till om tjänsterna köps direkt av leverantören.

Undantaget för ensamrätt

16. När en upphandlande myndighet närmare bestämmer föremålet för en upphandling har den en stor frihet, under förutsättning att kraven har en koppling till det som upphandlas och inte strider mot de grundläggande principerna.⁴ En upphandling får exempelvis inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och den får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt (4 kap. 2 § LOU).⁵
17. Av 6 kap. 14 § första stycket 3 LOU framgår att ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering får användas om det som ska upphandlas endast kan tillhandahållas av en viss leverantör därför att det som ska anskaffas skyddas av ensamrätt. Som en förutsättning för ett sådant förfarande ska det vidare inte finnas något rimligt alternativ och avsaknaden av konkurrens får inte bero på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen.
18. Bestämmelsen genomför artikel 32.2(b)(iii) i direktiv 2014/24/EU.
19. Undantaget om ensamrätt kan inte tillämpas generellt. Det krävs mer än att bara produkten i fråga är skyddad av upphovsrätt eller andra exklusiva rättigheter, produkten ska även enbart kunna tillverkas eller tillhandahållas av en enda leverantör. Undantaget omfattar således bara produkter där det inte finns någon konkurrens på marknaden.⁶
20. Av skäl 50 i direktivet framgår bland annat att med hänsyn till de skadliga effekterna på konkurrensen bör förhandlade förfaranden utan föregående annonsering endast användas under mycket exceptionella omständigheter. Enbart objektivt exklusiva situationer kan motivera användningen av ett icke annonserat förfarande. Om den exklusiva situationen har uppstått av tekniska skäl bör de definieras och motiveras ytterst noggrant från fall till fall. Upphandlande myndigheter som återoppar undantaget bör motivera varför det inte finns några rimliga alternativ eller andra möjliga utvägar, såsom att använda alternativa distributionskanaler, inklusive utanför den medlemsstat där den upphandlande myndigheten finns, eller överväga till sin funktion jämförbara byggentreprenader, varor och tjänster.

⁴ RÅ 2010 ref. 78.

⁵ Jfr art. 18.1 andra stycket LOU-direktivet.

⁶ C-328/92 *Kommissionen mot Spanien*, p. 17.



21. Det är den upphandlande myndigheten som måste visa att alla villkor i en undantagsbestämmelse är uppfyllda.⁷ Detta innebär att den upphandlande myndigheten måste kunna presentera bevis för att berättiga tillämpningen av undantaget.⁸ Generella uttalanden är inte tillräckliga, utan det krävs utförliga förklaringar för att uppfylla bevisbördan.⁹ Den upphandlande myndigheten ska visa dels att det föreligger ensamrätt i den meningen som avses i undantagsbestämmelsen, dels att ensamrätten gjorde det absolut nödvändigt att upphandla viss leverantör.¹⁰ För att kunna tillämpa undantaget om ensamrätt, måste således den upphandlande myndigheten visa att leverantören har såväl en juridisk ensamrätt som en faktisk ensamrätt.¹¹
22. Eftersom ett av syftena med upphandlingslagstiftningen är att öppna upp den inre marknaden för konkurrens så blir undantagen inte tillämpliga bara för att det saknas konkurrens på marknaden i Sverige. Det krävs att det saknas alternativa leverantörer på marknaden även i andra länder inom den inre marknaden. En betydande undersökning av marknaden på i vart fall EU-nivå bör genomföras.¹² Det räcker inte att göra egna bedömningar om att en viss leverantör kan komma i fråga med hänsyn till de krav som ställs i en viss upphandling.¹³ Upphandlingsreglernas syfte är att dra nytta av de möjligheter som finns på den europeiska marknaden. Detta syfte motverkas om upphandlande myndigheter underlåter att annonsera anskaffningar för att se om det finns andra leverantörer på marknaden.¹⁴

Undantaget för ensamrätt är inte tillämpligt

23. LOU är en förfarandelagstiftning för upphandling som bygger på EU-direktiv. Av denna reglering följer att förekomsten av ensamrätt är något som ska baseras på objektivt fastställda bedömningar om att det endast finns en leverantör som kan tillverka och leverera viss vara eller tjänst för att tillgodose det specificerade behovet. Det krävs positiva bevis avseende detta för att berättiga tillämpningen av undantaget.

⁷ Mål 199/85 *Kommissionen mot Italien*, p. 14.

⁸ Se bl.a. mål C-318/94 *Kommissionen mot Tyskland*, p. 13; mål C-328/92 *Kommissionen mot Spanien*, p. 16; och mål C-57/94 *Kommissionen mot Italien*, p. 23. Jfr även p. 64 i generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-337/98 *Kommissionen mot Frankrike*.

⁹ Mål C-385/02 *Kommissionen mot Italien*, p. 21–22. Italien hade åberopat tekniska skäl och innehållet i ett utlåtande från myndigheten för bygg- och anläggningsarbeten om att arbetena i fråga var komplicerade och vanskliga. EU-domstolen fann dock inte att detta visade att arbetet uteslutande kunde anförtros endast en leverantör.

¹⁰ Se mål C-57/94 *Kommissionen mot Italien*, p. 24. Detta mål rörde undantaget för tekniska skäl, vilket – i likhet med undantaget för ensamrätt – avser en situation där endast en viss leverantör kan komma i fråga.

¹¹ Se Rosén Andersson m.fl., *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*, 2 uppl., 2015, s. 258, där det anges att det som avses med ensamrätt inte endast är juridisk ensamrätt, utan även faktisk ensamrätt.

¹² Se mål C-275/08 *Kommissionen mot Tyskland*, p. 63.

¹³ Se mål C-275/08 *Kommissionen mot Tyskland*, p. 61–62. Jfr även mål C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, p. 35–36 samt däri hänvisade punkter i generaladvokatens förslag till avgörande.

¹⁴ Förslag till avgörande av generaladvokat Jacobs i mål C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, p. 44.



24. Utifrån vad som framkommit under utredningen saknas det stöd för att endast leverantören kunde tillhandahålla sådana tjänster som motsvarar behovet. Det saknas en marknadsanalys avseende detta. Naturvårdsverket synes inte heller ha undersökt några till sin funktion jämförbara eller likvärdiga tjänster.
25. Därutöver har Naturvårdsverket inte preciserat vilken typ av ensamrätt det skulle vara fråga om.
26. Enbart det faktum att en leverantör har juridisk ensamrätt till en vara eller tjänst är inte tillräckligt för att motivera undantaget för ensamrätt. Det krävs även att det föreligger en faktisk ensamrätt i bemärkelsen att det inte finns andra leverantörer som kan tillhandahålla det som efterfrågas. Andra leverantörer kan ha rättigheter att producera och sälja dessa varor och tjänster.
27. Det faktum att tjänsterna ifråga hade kunnat anskaffas från ett av Kammarkollegiets ramavtal visar att det finns andra leverantörer som kan tillhandahålla tjänsterna. Det föreligger därmed ingen faktisk ensamrätt för leverantören och det har även funnits rimliga alternativ.¹⁵ Att Naturvårdsverket genom avrop på ramavtalet hade kunnat erhålla det önskade systemet från leverantören i egenskap av underleverantör saknar betydelse för frågan om undantaget för ensamrätt varit tillämpligt.
28. Det ställs höga krav på en upphandlande myndighets planering och organisation.¹⁶ Det åligger upphandlande myndigheter att organisera och planera sina upphandlingar på ett sådant sätt att upphandlingslagstiftningen kan följas. I detta ingår att ta höjd för en rimlig tid för annonsering och för leverantörens uppstart av tillhandahållande av en tjänst. Att Naturvårdsverket inte haft tid att upphandla en annan leverantör innan det tidigare befintliga avtalet löpte ut innebär inte att det saknats alternativ. Genom att annonsera anskaffningen och låta anbudsutvärderingen avgöra vilket eller vilka av anbuden som bäst uppfyller enhetens fastställda behov, hade marknaden kunnat prövas och LOU:s krav på likvärdiga eller rimliga alternativ kunnat beaktas.¹⁷
29. Konkurrensverket bedömer sammanfattningsvis att det inte är fråga om en sådan situation där det som skulle upphandlas endast kunde tillhandahållas av viss leverantör i den mening som avses i 6 kap. 14 § första stycket 3 LOU. Undantaget för ensamrätt var alltså inte tillämpligt vid Avtalets ingående.

¹⁵ 6 kap. 14 § andra stycket LOU.

¹⁶ HFD 2017 ref. 66.

¹⁷ Jfr 9 kap. 6 § och 6 kap. 14 § andra stycket LOU.



30. Eftersom det inte heller föreligger omständigheter som talar för att något annat undantag från kravet på annonsering har varit tillämpligt utgör Avtalet en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

31. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift (21 kap. 1 § 3 LOU). Det krävs inte att den upphandlande myndigheten har agerat med uppsåt eller av oaktsamhet för att en avgift ska kunna dömas ut. Bristande kännedom om gällande rätt eller missförstånd om lagstiftningens innehåll utgör inte heller någon ursäkt för en överträdelse.¹⁸
32. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Syftet med avgiften är bland annat att säkerställa att upphandlingsreglerna följs och att skattemedlen används på ett korrekt sätt.¹⁹

Tidsfristen för Konkurrensverkets ansökan

33. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts. En ansökan får dock inte göras innan tidsfristen för ansökan om överprövning av ett avtals giltighet har löpt ut (21 kap. 7 § LOU).
34. Avtalet ingicks den 24 februari 2023 och en ansökan om upphandlingsskadeavgift måste ha lämnats in till förvaltningsrätten inom ett år från det datumet.

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

35. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde. Beräkningen av värdet ska ske enligt 5 kap. (21 kap. 4 § LOU). Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.²⁰ Konkurrensverket har beräknat upphandlingens värde till 90 000 000 kronor (se punkt 9 ovan). Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst 9 000 000 kronor (90 000 000 x 0,1).
36. Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl (21 kap. 5 § LOU).

¹⁸ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 193 och s. 368.

¹⁹ A prop. s. 196–197.

²⁰ Se HFD 2014 ref. 69.



37. Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte. Utgångspunkten är att avgiften ska bestämmas så att myndigheten, och även andra myndigheter, följer LOU. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.²¹
38. Vid bedömningen av sanktionsvärdet ska hänsyn tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Det ska även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Omständigheten att till exempel rättsläget är oklart kan påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Däremot kan sanktionsvärdet anses högre om ett avtal löper under en förhållandevis lång tid eller avser ett högt värde. Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten som exempelvis ett upprepat beteende att göra otillåtna direktupphandlingar kan ses som en försvårande omständighet. Att en upphandlande myndighet har drabbats av andra negativa ekonomiska konsekvenser till följd av överträdelsen kan dock i vissa fall ses som en förmildrande omständighet.²² Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.²³
39. Det är fråga om en otillåten direktupphandling och sanktionsvärdet är därför som utgångspunkt högt. Rättsläget är klart. Det saknas omständigheter som talar för ringa fall eller att avgiften ska efterges. Det har inte framkommit några omständigheter som enligt Konkurrensverket är försvårande eller förmildrande och som kan påverka storleken på upphandlingsskadeavgiften.
40. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 6 700 000 kronor är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

²¹ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och 369–370.

²² Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197–198 och 369–370.

²³ Se prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och jfr exempelvis HFD 2014 ref. 69 och Kammarrätten i Göteborgs domar den 20 november 2014 i mål nr 4402-14 och den 2 december 2014 i mål nr 4915-13.

Ansökan i original undertecknas inte egenhändigt.

Marie Östman
Chefsjurist

Maria Andersson Müller
Processråd

Bifogas

Bilaga 1 Avtal den 24 februari 2023 om ärende-, dokument- och arkivhanteringssystem inklusive tillhörande tjänster med Ida Infront