



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

DOM
2026-03-18
Meddelad i Växjö

Mål nr
4525-25

KLAGANDE

Karlskrona kommun

MOTPART

Konkurrensverket

ÖVERKLAGAT BESLUT

Konkurrensverkets beslut den 5 november 2025, se bilaga 1

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket beslutade att Karlskrona kommun ska betala upphandlings-skadeavgift om 2 300 000 kr. Skälen för beslutet framgår av bilaga 1.

Karlskrona kommun (kommunen) överklagar beslutet och yrkar i första hand att det ska upphävas, i andra hand att upphandlingsskadeavgiften sätts ned till 10 000 kr eller till del summa som domstolen finner lämplig. Kommunen anför i huvudsak följande.

Ensamrätt och tekniska skäl

Kommunen har efter genomförd upphandling och tecknande av avtal 2015 köpt nyttjanderätt till ett verksamhetssystem. Kommunen äger alltjämt nyttjanderätt

Avgörandet är elektroniskt undertecknat

till systemet, oavsett att avtalet från 2015 har löpt ut. Kommunens behov omfattar underhåll och support av ett system som kommunen äger rätt att använda och som uppfyller kommunens behov. Då kommunen inte haft behov av ett nytt system har upphandlingen endast omfattat underhåll och support av befintligt system. Kommunen anser att förutsättningarna för att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering med anledning av ensamrätt och tekniska skäl är uppfyllda. Leverantören som utvecklat systemet har ensamrätt till systemets källkod. En förutsättning för att en annan leverantör ska kunna utföra drift, underhåll och support är att leverantören har tillgång till systemets källkod. Som standard har alla leverantörer inom marknaden för IT-system till socialtjänst ensamrätt till sin källkod. Det är inget som kunder kan påverka för att motverka en inlåsningsseffekt. System för socialtjänsten måste följa lagstiftning inom flera verksamhetsområden som hanterar mycket sekretesskänslig data. Därför är öppen källkod inte praxis eller möjligt inom denna marknad då leverantörerna måste kunna äga, förvalta och utveckla sin produkt på ett rättssäkert, tryggt och stabilt sätt. I EU-domstolens dom C-578/23 framgår endast att det där handlade om ett datainformationssystem medan det i detta fall rör sig om ett system där informationen omfattas av sträng socialtjänstsekretess. Om en annan leverantör skulle få tillgång till källkoden finns en reell risk att systemets säkerhet äventyras. Med hänsyn till komplexiteten i systemet bedöms det inte heller som möjligt för en annan leverantör att med enbart tillgång till källkoden kunna svara för underhåll och support då det även krävs djupgående kunskap om systemets uppbyggnad för att kunna utföra detta.

Utredning av konkurrenssituationen

Att ha tillgång till systemets källkod är en förutsättning för att en annan leverantör ska kunna utföra underhåll och support. Vid tidpunkten (2014/2015) för upphandlingen fanns på marknaden inte några leverantörer som erbjöd system utvecklade i öppen källkod. För att säkerställa konkurrens ställdes inte krav som skulle hindra de flesta leverantörerna från att lämna anbud. På grund

av detta finns villkor om öppen källkod inte heller med i avtalet som tecknades efter genomförd upphandling. Det finns fortfarande inte någon leverantör av system för socialtjänst och kommunal omsorg som kan erbjuda en lösning helt eller delvis utvecklad med öppen källkod, då alla leverantörer på marknaden i dag har ensamrätt till sin källkod.

Innan kommunen publicerade ett meddelande om sin avsikt att tilldela kontrakt till vinnande anbudsgivare hade kommunen genom kunskapsutbyte och bevakning av publicerade upphandlingar och frivilliga förhandsinsyner god kännedom om den aktuella marknaden. Att ingen leverantör valt att överpröva tilldelningsbeslutet ger ytterligare stöd för bedömningen att det saknas konkurrens på området. Kommunen delar mot denna bakgrund inte Konkurrensverkets bedömning att kommunens förarbete inte varit tillräckligt noggrant för att tillämpa undantagen för tekniska skäl och ensamrätt.

Inlåsnings effekter

Offentliga organisationer av kommunens storlek har inte de ekonomiska förutsättningarna att driva utveckling av komplexa system av denna typ själva eller tillsammans med leverantörer som arbetar med öppen källkod.

Kommunen har således inte haft ekonomiskt verkliga och rimliga medel för att motverka eller minimera inlåsnings effekterna. Med hänsyn till att källkoden är en central del i företagens affärsidé skulle samma inlåsnings effekt uppstå även med en ny leverantör. Det bör även beaktas att EU-domstolens dom C-578/23, som Konkurrensverket synes lagt stor vikt vid, inte meddelades förrän det ursprungliga avtalet nära på löpt ut.

Konkurrensverket har även anfört att kommunen genom att ingå tilläggsavtal utökat omfattningen av det ursprungliga avtalet. Mot bakgrund av tempot i den tekniska utvecklingen, de ökade förväntningarna på digital service från kommuninvånarna och krav på effektivisering är det naturligt att under

avtalstiden utöka funktionalitet i takt med omvärlden. Exempel på detta är integrationer mot andra system och e-tjänster som gör kommunens hantering säkrare, effektivare och ökar servicegraden mot kommuninvånarna. Det har således varit nödvändigt för kommunen att ingå de aktuella avtalen för att kommunen ska kunna använda sitt befintliga verksamhetssystem på ett ändamålsenligt sätt. Behovet av framtida tilläggstjänster i ett verksamhetssystem kommer alltid att finnas även om kommunen skulle ha valt att upphandla ett nytt verksamhetssystem.

Sammanfattande slutsatser avseende undantagsbestämmelserna i 6 kap. 14 § LOU

Att det under avtalstiden varit nödvändigt att ingå tilläggsavtal för att kunna möta de förändringar som skett i lagstiftning och samhällets krav på digitalisering, kan inte ses som att kommunen kan tillskrivas ansvar för att det föreligger tekniska skäl och ensamrätt. Tecknandet av tilläggsavtal för att hålla ett lagenligt upphandlat verksamhetssystem uppdaterat och funktionellt är ett uttryck för god förvaltning av en anläggningstillgång och inte ett otillbörligt skapande av ett monopol. Svenska domstolar har godtagit att undantagsbestämmelsen om ensamrätt och tekniska skäl tillämpats när det handlat om avtal om utveckling, underhåll och support av befintliga system vars källkod en viss leverantör varit ägare till. Den aktuella undantagssituationen är alltså inte ett resultat av en ovilja av att undgå konkurrens utan en direkt och naturlig följd av ett lagligt genomfört upphandlingsförfarande. Då endast leverantören har tillgång till källkod och erforderliga kunskaper om systemet har det inte varit möjligt att ingå kontrakt med annan leverantör. Konkurrensverkets resonemang förutsätter att kommunen skulle ha avskaffat ett välfungerande och lagligt införskaffat system som kommunen investerat stora summor i. Byte av verksamhetssystem är ofta förenat med någon typ av driftsstörningar, vilket kan få allvariga konsekvenser för brukare inom äldreförvaltningen samt social- och funktionsstödsförvaltningen. Kommunen anser att den har gjort allt som

rimligen kan förväntas för att undvika tillämpningen av ensamrätt och tekniska skäl, och att det saknas rimliga alternativ till att direktupphandla avtalet.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek

Upphandlingsskadeavgiften är allt för hög och står inte i proportion till den av Konkurrensverket påstådda överträdelsen. EU-domstolens dom C-478/23, som tillsynsmyndigheten lagt stor vikt vid, meddelades endast en kort tid innan det aktuella avtalet tecknades. Det finns inte någon tidigare rättspraxis från EU-domstolen om att den upphandlande myndigheten kan tillskrivas ansvar för att ensamrätt eller tekniska skäl föreligger. Svenska domstolar har godtagit att undantagsbestämmelsen om ensamrätt och tekniska skäl tillämpats när det handlat om avtal om utveckling, underhåll och support av befintliga system vars källkod en viss leverantör varit ägare till. För det fall domstolen anser att kommunen ska betala en upphandlingsskadeavgift bör dessa omständigheter påverka avgiftens storlek, och föranleda att denna sätts ned till 10 000 kr, eller till den summa som domstolen finner lämplig.

Konkurrensverket vidhåller sitt beslut.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering

Enligt 21 kap. 7 § LOU får Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift om den upphandlande myndigheten har slutit ett avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1 § LOU.

I ringa fall ska någon upphandlingsskadeavgift inte påföras. Vidare får eftergift beviljas om det finns synnerliga skäl (21 kap. 8 § LOU).

Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 20 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde enligt 5 kap. Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är (21 kap. 9 § LOU).

Ett beslut om upphandlingsskadeavgift enligt 7 § ska meddelas inom två år från det att avtalet slöts. Beslutet får dock inte meddelas innan tiden för att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet har löpt ut (21 kap. 11 § LOU).

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. När värdet bestäms ska options- och förlängningsklausuler som anges i något av upphandlingsdokumenten inbegripas som om de hade utnyttjats. Vidare ska de premier och ersättningar som den upphandlande myndigheten planerar att betala till anbudssökande eller anbudsgivare räknas in i värdet. Värdet ska bestämmas exklusive mervärdesskatt (5 kap. 3 § LOU).

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. 5 § LOU).

En upphandlande myndighet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det som ska upphandlas kan tillhandahållas endast av en viss leverantör bl.a. därför att det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens eller det som ska anskaffas skyddas av ensamrätt. Ett sådant förfarande får då användas endast om det inte finns något rimligt alternativ och avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen (6 kap. 14 § första stycket 2–3 och sista stycket LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Fråga om kommunen slutit avtal i strid med annonseringskravet

Upphandlingens värde

Kommunen har angett att värdet av avtalet är 30 000 000 kr exkl. mervärdesskatt. Konkurrensverket har inte funnit skäl att ifrågasätta detta. Förvaltningsrätten delar Konkurrensverkets bedömning av upphandlingens värde.

Är undantagen för tekniska skäl och ensamrätt tillämpliga?

Kommunen har åberopat undantagen i 6 kap. 14 § första stycket 2–3 LOU avseende tekniska skäl och ensamrätt. Frågan är om undantaget är tillämpligt vilket skulle innebära det varit tillåtet för upphandlande myndighet att använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

När undantag från annonsering kan bli tillämpliga på grund av bl.a. tekniska skäl utvecklas i skäl 50 till LOU-direktivet. Där anges bl.a. följande. Med hänsyn till de skadliga effekterna på konkurrensen bör förhandlade förfaranden utan föregående offentliggörande av meddelande om upphandling endast användas under mycket exceptionella omständigheter. Undantaget bör begränsas till fall då offentliggörande antingen är omöjligt bl.a. där det redan från början står klart att offentliggörandet inte kommer att leda till ökad konkurrens eller bättre upphandlingsresultat, inte minst därför att det objektivt sett endast finns en ekonomisk aktör som kan fullgöra kontraktet. Upphandlande myndigheter som åberopar detta undantag bör motivera varför det inte finns några rimliga alternativ eller andra möjliga utvägar inklusive utanför den medlemsstat där den upphandlande myndigheten finns. Om den exklusiva situationen har uppstått av tekniska skäl bör de definieras och motiveras ytterst noggrant från fall till fall. Det kan exempelvis röra sig om att det är tekniskt

nära nog omöjligt för en annan ekonomisk aktör att uppnå erforderlig fullgörandenivå eller att det är nödvändigt att använda specifik kunskap eller specifika verktyg eller medel som endast en ekonomisk aktör har.

För att berört undantag ska kunna vara tillämpligt krävs det inte bara att det saknas konkurrens, utan att konkurrens saknas på grund av just tekniska skäl. Upphandlande myndighet ska då, på ett tydligt och konkret sätt, visa att det utifrån tekniska skäl endast funnits en leverantör som kunnat möta kraven i upphandlingen (jfr Kammarrätten i Stockholms domar i mål nr 5426-12 och 4042-21).

Förvaltningsrätten bedömer, i likhet med Konkurrensverket, att kommunen inte har visat att undantagen från annonseringsskyldigheten med anledning av tekniska skäl och ensamrätt varit tillämpliga. Kommunen har inte gjort ett sådant noggrant förarbete som krävs för att tillämpa undantagen för tekniska skäl och ensamrätt. Kommunen hade kännedom om sitt behov av ett verksamhetssystem, liksom sitt behov av ett nytt avtal om underhåll och support, under lång tid innan avtalet ingicks. Tidsramen för när kommunen behövde ha vidtagit åtgärder för att fylla sitt behov stod klar senast när kommunen utlöste den sista förlängningsoptionen i det tidigare avtalet. Vid den tidpunkten hade kommunen tid och möjlighet att genomföra en marknadsundersökning och en annonserad upphandling innan det tidigare avtalet löpte ut. Det kunde därför rimligen krävas att kommunen gjorde detta. Kommunen har dock ej vidtagit sådana åtgärder och kan därmed inte anses ha gjort allt som rimligen kan förväntas för att undvika tillämpningen av undantagen för tekniska skäl och ensamrätt. Annonseringen av meddelandet om frivillig förhandsinsyn ersätter inte en gedigen marknadsundersökning eller en annonserad upphandling. Förvaltningsrätten instämmer därför i Konkurrensverkets bedömning att kommunen inte visat att berörda undantag i form av avsaknad av konkurrens på grund av tekniska skäl och ensamrätt är tillämpliga i upphandlingen.

Sammanfattande bedömning av fråga om annonsering samt om förutsättningar för att påföra upphandlingsskadeavgift föreligger

Förvaltningsrätten har bedömt att upphandlingens värde är sådant att det skulle ha annonserats enligt 10 kap. LOU och att de åberopade undantagen för att underlåta annonsering i 6 kap. 14 § första stycket 2–3 LOU ej varit tillämpliga. Kommunen har således slutit ett avtal med en leverantör utan föregående annonsering som krävs enligt 10 kap. 1 § LOU. Upphandlingen utgör därför en otillåten direktupphandling i strid med LOU. Utifrån detta och att även de formella kraven för påförande av upphandlingsskadeavgift är uppfyllda har det förelegat förutsättningar att besluta om upphandlingsskadeavgift.

Upphandlingsskadeavgift

Konkurrensverket har beslutat om en upphandlingsskadeavgift om 2 300 000 kr, d.v.s. en avgift om 7,67 procent av upphandlingens värde.

Storleken på upphandlingsskadeavgiften ska göras utifrån en helhetsbedömning i det enskilda fallet. Avgiften ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Otillåtna direktupphandlingar anses vara en av de allvarligaste överträdelseerna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet kan anses vara högt (jfr HFD 2014 ref. 69).

Utifrån att kommunen genomfört en otillåten direktupphandling bedömer förvaltningsrätten att utgångspunkten ska vara att upphandlingsskadeavgiften ska ligga i det högre spannet för vad som får beslutas om enligt 21 kap. 9 § LOU. Förvaltningsrätten bedömer, i likhet med Konkurrensverket, att den omständigheten att kommunen under 2022 har ålagts att betala upphandlingsskadeavgift efter att ha genomfört en otillåten direktupphandling bör ses som en försvårande omständighet. Vidare anser inte förvaltningsrätten att rättsläget

varit oklart på ett sådant sätt som ska påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Beslutad upphandlingsskadeavgift om 2 300 000 kr bedöms därför som väl avvägd.

Förvaltningsrätten bedömer vidare att det inte rör sig om ett ringa fall eller sådan situation där det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut beslutad avgift och som därför skulle kunna motivera eftergift (jfr prop. 2009/10:180 s. 198f samt HFD 2014 ref. 49).

Sammanfattande bedömning

Även med beaktande av vad kommunen fört fram instämmer förvaltningsrätten sammantaget i Konkurrensverkets bedömning i det överklagade beslutet. Överklagandet ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 2 (FR-05)

Målet är avgjort av förvaltningsrättsfiskalen Henrik Mertens.

Föredragande juristen Simon Andersson har föredragit målet.