



KLAGANDE

Karlskrona kommun

MOTPART

Konkurrensverket

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Växjö:s dom den 18 mars 2026 i mål nr 4525-25,
se bilaga A

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift enligt lagen (2016:1145) om offentlig
upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten upphäver underinstansernas avgöranden.

Avgörandet är elektroniskt undertecknat

Dok.Id 405804

Postadress
Box 2203
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 11

Telefon
036-15 68 00 (vx)

E-post: kammarrattenijonkoping@dom.se
www.kammarrattenijonkoping.domstol.se

Telefax

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00–16:00

YRKANDEN M.M.

Karlskrona kommun yrkar i första hand att kammarrätten ska upphäva förvaltningsrättens dom och Konkurrensverkets beslut.

I andra hand yrkar kommunen att kammarrätten ska sätta ner upphandlingsskadeavgiften till 10 000 kr eller till den summa som domstolen finner lämplig.

Konkurrensverket vidhåller sitt beslut.

VAD PARTERNA ANFÖR I HUVUDSAK

Karlskrona kommun

Kommunen har inte haft behov av ett nytt verksamhetssystem och upphandlingen har därför endast omfattat fortsatt underhåll och support av befintligt system. Om förvaltningsrättens dom står fast innebär det i praktiken att myndigheter inte kan säkerställa fortsatt funktionalitet i verksamhetssystem som kommunen lagligen köpt licenser och nyttjanderätt till.

Som standard har alla leverantörer inom marknaden för IT-system till socialtjänst ensamrätt till sin källkod, vilket bekräftas av leverantören. Det är inget som kunder kan påverka för att motverka en inlåsningsseffekt. Vid tidpunkten för upphandlingen av verksamhetssystemet fanns på marknaden inte några leverantörer inom området 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 heller inte med i avtalet som tecknades efter genomförd upphandling.

Kommunen anser att förutsättningarna för att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering med anledning av ensamrätt och tekniska skäl i enlighet med vad som anges i 6 kap. 14 § första stycket 2-3 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) är uppfyllda.

Leverantören som utvecklat systemet äger systemets källkod med ensamrätt och den utgör en affärshemlighet. Det är även tekniskt omöjligt för en annan leverantör att utföra de aktuella tjänsterna. 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.

Kommunen har inte heller förutsättningar för att driva utveckling av komplexa system av denna typ själv eller tillsammans med leverantörer som arbetar med öppen källkod.

Kommunen har under lång tid haft ett nära samarbete med andra kommuner i regionen. Detta består bland annat av kunskapsutbyte gällande vilka upphandlingar och leverantörer som finns på marknaden. Inför en upphandling är en del av förfarandet att undersöka vilka upphandlingar och frivilliga förhandsinsyner som gjorts av andra upphandlingsmyndigheter. I förehavande fall har en frivillig förhandsinsyn gjorts av Sölvesborgs kommun som också gjort en marknadsundersökning gällande underhåll och support av samma system. Av denna undersökning framgår att det inte fanns någon annan leverantör som kunde utföra de aktuella tjänsterna än den leverantör som äger systemet. Ytterligare undersökningar utförda av Karlskrona kommun skulle inte ändra situationen. Att ingen leverantör valt att överpröva tilldelningsbeslutet är en omständighet som ytterligare ger stöd för bedömningen att det saknas konkurrens på området. Den omständigheten att det saknas skriftlig

dokumentation från tiden före avtalets ingående förändrar inte bedömningen att konkurrens faktiskt saknas.

Kommunen kan inte anses ha skapat den ensamrätt som finns för det befintliga verksamhetssystemet. Kommunen har upphandlat nyttjanderätten till systemet, som leverantören redan hade ensamrätt till. Optionerna som har utnyttjats var en del av upphandlingen och kan därför inte tas till intäkt för att kommunen har skapat eller upprätthållit undantagsbestämmelsen.

Att det under avtalstiden varit nödvändigt att ingå tilläggsavtal för att kunna möta de förändringar som skett i lagstiftningen och samhällets krav på digitalisering, medför inte att kommunen kan tillskrivas ansvar för att det föreligger tekniska skäl och ensamrätt. Ett systembyte är inte ett rimligt alternativ till fortsatt underhåll av det befintliga systemet. Den kostnad som kommunen har uppskattat för att byta det befintliga verksamhetssystemet till ett nytt är dessutom lågt beräknad. Det går heller inte att bortse från den omständigheten att byte av verksamhetssystem ofta är förenat med någon typ av driftsstörningar, som i sig kan få allvarliga konsekvenser.

Att kommunen har en evig nyttjanderätt till systemet innebär att kommunen, utan ny upphandling, kan fortsätta använda systemet som sådant. Det som behöver anskaffas är tjänster för drift, underhåll och support av detta system. Ett alternativ i den mening som avses i 6 kap. 14 § LOU måste därför vara ett annat sätt att tillgodose samma behov, dvs. att säkerställa funktionalitet och rättssäker drift i det befintliga systemet. 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.

Den föreslagna upphandlingsskadeavgiften uppfattas av kommunen som alltför hög och står inte i proportion till den påstådda överträdelsen.

Konkurrensverket

Undantag från annonseringsskyldigheten ska tolkas restriktivt. Det är den upphandlande myndigheten som åberopar ett undantag som ska visa att samtliga rekvisit för att tillämpa bestämmelsen är uppfyllda. Den upphandlande myndigheten ska vidare göra det som rimligen kan förväntas för att undvika att tillämpa ett undantag från annonseringsskyldigheten.

Kommunen har under lång tid känt till sitt behov avseende ett fungerande verksamhetssystem och har därmed haft goda förutsättningar att göra en behovs- och marknadsinventering. Ändå har kommunen, för att säkerställa att det saknas konkurrens, endast varit i kontakt med dels en närliggande kommun angående konkurrenssituationen, dels kontaktat leverantören för att kontrollera att det saknas konkurrens. Det saknas dokumentation av åtgärder som vidtogs före avtalstecknandet och även dokumentation av genomförd marknadsundersökning. De åtgärder som vidtagits efter avtalets ingående kan inte kompensera för kommunens bristande förarbete.

Kommunen har inte visat att det saknas konkurrens.

Kommunen har under utredningen angett att det inte går att separera kostnaderna från vad som var licenser och vad som var service och support när verksamhetssystemet köptes in. Det framstår dock som att kostnaden avseende service och support överstiger kostnaderna för nyttjanderätten och att eventuella kostnader för implementering av ett nytt system skulle kunna vägas upp av en lägre kostnad för service och support. Kommunen har dock inte gjort någon sådan jämförelse innan avtalet ingicks. Kommunen har inte visat att det saknas rimliga alternativ.

Under det tidigare avtalets löptid har kommunen, genom flera tilläggsavtal, bland annat köpt nya moduler och uppdaterat systemet. Verksamhetssystemet har därmed förändrats över tid och kommunen har fördjupat sin avtalsrelation med leverantören. Kommunen har således inte vidtagit några

åtgärder för att undvika att tillämpa undantag från annonseringsskyldigheten utan snarare gjort sig mer beroende av leverantören. Kommunen kan inte åberopa undantagen avseende tekniska skäl och ensamrätt när kommunen själv kan tillskrivas ansvar för sin situation.

Sammanfattningsvis har kommunen inte genomfört ett tillräckligt förarbete för att kunna visa att det saknas konkurrens och att det saknas rimliga alternativ och dessutom kan den tillskrivas ansvar för den uppkomna situationen. Undantagen avseende tekniska skäl och ensamrätt var därmed inte tillämpliga. Ingåendet av avtalet var därför en otillåten direktupphandling. Rättsläget har inte varit oklart och det har även i övrigt saknats förmildrande omständigheter.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Även om det är Konkurrensverket som har bevisbördan för att det finns skäl att påföra en upphandlingsskadeavgift så åvilar det den upphandlande myndigheten att redovisa underlag till stöd för att ett undantag från annonseringsskyldighet föreligger (se bl.a. RÅ 2005 ref. 10 och HFD 2017 ref. 66 och däri refererad praxis från EU-domstolen). Vad gäller specifikt undantaget från annonseringsskyldighet i 6 kap. 14 § punkt 2 och 3 LOU har EU-domstolen framhållit att det skulle vara oförenligt med skyldigheten att uttömma rimliga alternativ att tillämpa undantaget då den upphandlande myndigheten medverkat till att skapa ensamrätten, eller förfogar över ekonomiskt verkliga och rimliga medel för att få en sådan situation att upphöra (jfr EU-domstolens dom av den 9 januari 2025 i mål nr C-578/23 (EU:C:2025:4), punkt 31-34).

Kammarrätten bedömer att Karlskrona kommun har visat att endast den tilldelade leverantören har rättslig och faktisk möjlighet att tillhandahålla underhåll och support på det befintliga verksamhetssystemet. I denna del har bland annat beaktats att kommunen har gjort en förhandsinsyn utan att det framkommit att någon annan leverantör har förmåga att utföra

upphandlade tjänster. Den marknadsundersökning som kommunen hänvisar till stödjer också att någon sådan alternativ leverantör inte finns att tillgå på marknaden. Något ytterligare krav för kommunen att i den aktuella situationen undersöka marknadsförutsättningarna för konkurrensutsättning av kontraktet kan inte uppställas.

När det så gäller frågan om kommunen har medverkat till att skapa och bibehålla de inlåsnings effekter som gör att kontraktet ifråga endast kan tilldelas befintlig leverantör kan det konstateras att kommunen har upphandlat verksamhetssystemet genom ett annonserat och konkurrensutsatt förfarande (jfr därvid EU-domstolens dom i mål C-578/23 punkt 34). I målet har inte annat framkommit än att inköpet av detta system även i övrigt vilade på en marknadsmässig grund. Att kommunen sedan förvaltar det upphandlade verksamhetssystemet genom inköp av nödvändigt underhåll och support under dess livslängd kan enligt kammarrätten inte likställas med att kommunen medverkat till att skapa eller upprätthålla en ensamrätt på ett sätt som står i strid med LOU. Inte heller kan det under nu rådande förhållanden krävas att kommunen, utifrån kostnad och annan olägenhet, ersätter ett fungerande verksamhetssystem endast i syfte att åstadkomma en konkurrensutsättning av tillhörande underhåll och support.

Sammanfattningsvis anser kammarrätten inte att Konkurrensverket förmått visa att det finns skäl att påföra Karlskrona kommun upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 7 § LOU. Underinstansernas avgöranden ska därför upphävas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (KR-09).

I avgörandet har deltagit kammarrättslagmannen Tomas Kjellgren (ordförande), kammarrättsrådet Hans-Olof Hallbäck (referent) och kammarrättsrådet Erik Hannus.

Föredragande har varit föredragande juristen Mikaela Andersson.