

Förvaltningsrätten i Stockholm
forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, Ringvägen 100, 118 60 Stockholm

Motpart

Inspektionen för vård och omsorg, Box 45184, 104 30 Stockholm

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 3 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, i lydelsen innan den 1 januari 2024 (LOU)

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 3 LOU beslutar att Inspektionen för vård och omsorg ska betala 1 100 000 (enmiljonetthundratusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.



Grunder

1. Inspektionen för vård och omsorg (IVO) har den 28 november 2023 ingått avtal om verksamhetssystem med tillhörande tjänster (Avtalet) med Tietoevry AB (Leverantören) utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1 § LOU. Det saknades förutsättningar för att ingå Avtalet utan sådan annonsering. IVO har därmed gjort en otillåten direktupphandling av Avtalet.

Bakgrund och omständigheter

2. IVO ingick 2019 ett avtal med Leverantören som omfattade it-system, bland annat ett verksamhetssystem (Ursprungsavtalet). Ursprungsavtalet gällde från den 15 februari 2019 till den 14 februari 2024 med en option om förlängning i två år. Optionen nyttjades dock inte utan avtalet löpte ut.
3. IVO publicerade den 7 november 2023 en annons om frivillig förhandsinsyn där det framgick att IVO avsåg att ingå avtal med Leverantören om ett verksamhetssystem, se bilaga 1.
4. Avtalet, som avser ett verksamhetssystem, ingicks skriftligen den 28 november 2023, se bilaga 2. Löptiden för Avtalet är två år med start den 15 februari 2024. Vidare innehåller Avtalet två förlängningsoptioner om ett år vardera. Längsta möjliga avtalstid är således totalt fyra år.
5. Avtalet har inte föregåtts av en annonserad upphandling. Ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet.

IVO:s inställning under utredningen

6. IVO har sammanfattningsvis anfört följande under utredningen.
7. Ursprungsavtalet omfattade totalt sju olika it-system, varav verksamhetssystemet var ett.
8. IVO ansåg under våren 2023 att Ursprungsavtalet var för omfattande och för kostsamt att förlänga. It-systemen skulle istället anskaffas separat.
9. Det var inte heller möjligt att omförhandla delar av Ursprungsavtalet. IVO utnyttjade av den anledningen inte förlängningsoptionen i Ursprungsavtalet. Ursprungsavtalet löpte därmed ut den 14 februari 2024.
10. IVO genomförde en marknadsanalys för att undersöka hur IVO kunde upphandla och förvalta Leverantörens verksamhetssystem. Utvärderingen var begränsad till Leverantörens verksamhetssystem. Anledningen till detta var att det, vid tidpunkten då Ursprungsavtalet närmade sig sitt slut, inte fanns tid för att införa ett nytt verksamhetssystem. IVO genomförde



sökningar på marknaden som tydliggjorde att det inte fanns alternativa leverantörer.

11. I kommunikation med IVO uppgav Leverantören att det inte finns andra bolag som har möjlighet att förvalta Leverantörens verksamhetssystem eftersom källkoden ägs av Leverantören och ingen annan leverantör ges åtkomst till källkoden.
12. Vid ingåendet av Avtalet bedömde IVO att det saknades faktisk konkurrens avseende Leverantörens verksamhetssystem.
13. IVO genomförde anskaffningen med stöd av undantaget för ensamrätt i 6 kap. 14 § första stycket 3 LOU. Avtalet ingicks den 28 november 2023.

IVO har gjort en otillåten direktupphandling av Avtalet

Upphandlingens värde

14. Upphandlingen avser ett kontrakt avseende i huvudsak it-tjänster (1 kap. 21 § LOU).
15. En upphandlings värde är det totala belopp som enligt den upphandlande myndighetens uppskattning ska betalas enligt de tjänstekontrakt som ingår i upphandlingen, inklusive optionsklausuler och förlängningsklausuler (5 kap. 3 § LOU).
16. Uppskattningen av en upphandlings värde ska avse tidpunkten när anbudsfordran skickas ut eller, om sådan inte krävs, tidpunkten när den upphandlande myndigheten påbörjar upphandlingen (5 kap. 5 § LOU).
17. IVO har uppgett att upphandlingens värde är 10 965 600 kronor exklusive mervärdesskatt baserat på en månadskostnad om 304 600 kronor i 36 månader. IVO:s uppskattning grundas på en avtalstid om två år och en option om ett år.
18. Konkurrensverket konstaterar dock att det framgår av Avtalet att Avtalet omfattar två förlängningsoptioner om ett år vardera. Längsta möjliga avtalstid är således totalt fyra år. Med en månadskostnad på 304 600 kronor och en avtalstid om fyra år blir den totala kostnaden 14 620 800 kronor exklusive mervärdesskatt.
19. Upphandlingens värde var därmed 14 620 800 kronor.



Åberopat undantag från annonseringskravet

20. Upphandlingen avser i huvudsak köp av tjänster. Upphandlingens värde översteg det aktuella tröskelvärdet (5 kap. 1 § LOU).¹ Upphandlingen skulle därför ha annonserats om inte något undantag från annonseringskravet var tillämpligt (10 kap. 1 § LOU).
21. IVO har uppgett att undantaget avseende ensamrätt i 14 kap. 6 § första stycket 3 LOU var tillämpligt.

Om undantaget avseende ensamrätt

22. 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. Det är funktionen hos det som ska anskaffas som är avgörande för om undantaget för ensamrätt är tillämpligt.²
23. Av skäl 50 i LOU-direktivet framgår bland annat följande avseende undantagen i artikel 32.2 i LOU-direktivet.³ 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 åberopar undantaget bör motivera varför det inte finns några rimliga alternativ eller andra möjliga utvägar, såsom att överväga till sin funktion jämförbara byggtreprenader, varor och tjänster.
24. Det är den upphandlande myndigheten som måste visa att alla villkor i en undantagsbestämmelse är uppfyllda.⁴ Detta innebär att den upphandlande myndigheten måste kunna presentera bevis för att berättiga tillämpningen av undantaget.⁵ Generella uttalanden är inte tillräckliga, utan det krävs utförliga

¹ Tröskelvärdet för tjänstekontrakt för centralt upphandlande myndigheter var 1 456 476 kronor när Avtalet upphandlades, se tillkännagivande (2022:190) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

² Se skäl 50 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (LOU-direktivet). Jfr även Konkurrensverkets Analys i korthet 2024:1 – Tillämpning av undantaget för ensamrätt vid offentlig upphandling, s. 6 f. och där hänvisad praxis.

³ Undantaget avseende ensamrätt i 6 kap. 14 § första stycket 3 LOU är ett genomförande av artikel 32.2 (b)(iii) i LOU-direktivet.

⁴ Se bl.a. EU-domstolens dom av den 10 mars 1987, kommissionen mot Italien, C-199/85, EU:C:1987:115, p. 14.

⁵ Jfr bl.a. EU-domstolens domar av den 3 maj 1994, kommissionen mot Spanien, C-328/92, EU:C:1994:178, p. 16–17; och av den 18 maj 1995, kommissionen mot Italien, C-57/94, EU:C:1995:150, p. 23–24. 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.



förklaringar för att uppfylla bevisbördan.⁶ 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.⁷

25. Det ställs höga krav på en upphandlande myndighets planering och organisation.⁸ 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.

Undantaget avseende ensamrätt är inte tillämpligt

26. IVO har anfört att eftersom Leverantören är den enda som har tillgång till källkoden till verksamhetssystemet så saknas det konkurrens gällande Leverantörens verksamhetssystem. IVO:s marknadsanalys är begränsad till Leverantörens verksamhetssystem. Enligt IVO saknades möjlighet att genomföra en annonserad upphandling av ett verksamhetssystem vid tidpunkten då Ursprungsavtalet löpte ut.
27. Konkurrensverket anser inledningsvis att IVO:s marknadsanalys inte är tillräcklig för att fastställa att det saknats konkurrens avseende Leverantörens verksamhetssystem. Att enbart fråga Leverantören och göra "sökningar på marknaden" uppfyller inte kraven i LOU på att en marknadsanalys ska visa att konkurrens saknas avseende upphandlingsföremålet.⁹ IVO har inte heller under utredningen presenterat någon dokumentation avseende marknadsanalysen. Det är oklart vad IVO:s "sökningar på marknaden" faktiskt tog sikte på och hur sökningarna genomfördes i praktiken.
28. Utifrån vad som framkommit under utredningen saknas det vidare stöd för att endast Leverantören kunde tillhandahålla ett verksamhetssystem som motsvarade IVO:s behov. Att IVO under Avtalets löptid planerade att göra en utvärdering av vad andra myndigheter har för verksamhetssystem talar för att det skulle kunna finnas andra verksamhetssystem som täcker IVO:s behov. IVO har inför ingåendet av Avtalet inte undersökt några till sin funktion jämförbara eller likvärdiga tjänster. IVO har därmed inte visat att det saknas rimliga alternativ till Leverantörens verksamhetssystem.

⁶ Se EU-domstolens dom av den 14 september 2004, kommissionen mot Italien, C-385/02, EU:C:2004:522, 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.

⁷ Se EU-domstolens dom av den 18 maj 1995, kommissionen mot Italien, C-57/94, EU:C:1995:150, p. 24–25.

⁸ Se HFD 2017 ref. 66.

⁹ Jfr Tribunalens dom av den 15 januari 2013, Spanien mot kommissionen, T-54/11, EU:T:2013:10, p. 53–54. Domen gällde tekniska skäl. Jfr även Konkurrensverkets Analys i korthet 2024:1 – Tillämpning av undantaget för ensamrätt vid offentlig upphandling, s. 7 f.



29. Under dessa förutsättningar innebär begränsningen av upphandlingsföremålet till Leverantörens verksamhetssystem även att avsaknaden av konkurrens beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen i strid med 6 kap. 14 § andra stycket LOU.¹⁰ Upphandlingen avser ett helt verksamhetssystem med tillhörande tjänster. IVO upphandlar alltså inte delar av ett verksamhetssystem utan upphandlingen omfattar licenser, support och underhåll samt förvaltning. Det saknas således grund för att begränsa upphandlingsföremålet till Leverantörens verksamhetssystem.
30. Omständigheten att IVO skulle behöva upphandla verksamhetssystemet kan inte ha varit en oförutsebar omständighet för IVO. Att Ursprungsavtalet inte skulle förlängas och att IVO hade behövt upphandla verksamhetssystemet har rimligen kunnat förutses av IVO. IVO:s bristande planering medger inte möjlighet att vare sig att avgränsa upphandlingsföremålet, eller tillämpa undantaget avseende ensamrätt på det sätt IVO gjort.¹¹
31. Konkurrensverket bedömer sammanfattningsvis att IVO inte visat att det är fråga om en sådan situation där det som skulle upphandlas endast kunde tillhandahållas av en viss leverantör i den mening som avses i 6 kap. 14 § första stycket 3 LOU. Det har inte heller framkommit stöd för detta. Undantaget avseende ensamrätt var alltså inte tillämpligt vid Avtalets ingående.
32. Konkurrensverket noterar även att andra upphandlade myndigheter anskaffat verksamhetssystem vars funktionalitet är likvärdig med Leverantörens verksamhetssystem, se bilaga 3. Detta visar att det finns konkurrens om att tillhandahålla verksamhetssystem.
33. Konkurrensverket anser, mot bakgrund av ovan och vad som i övrigt framkommit under utredningen, att det saknats förutsättningar för att ingå Avtalet utan föregående annonsering. Upphandlingen av Avtalet är således en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

34. Vid en otillåten direktupphandling får förvaltningsrätten efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift (21 kap. 1 § 3 LOU).

¹⁰ Se även 4 kap. 2 § LOU.

¹¹ Jfr prop. 2001/02:142 s. 99, HFD 2017 ref. 66 och Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 28 mars 2024 i mål nr 24389-23.



35. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande.¹² Avgiften syftar till att säkerställa att upphandlingsreglerna följs och att skattemedlen används på ett korrekt sätt.¹³
36. Den upphandlande myndigheten måste inte ha agerat uppsåtligt eller oaktsamt för att en avgift ska dömas ut.¹⁴ Bristande kännedom om rättsläget eller misstag om lagstiftningens innehåll ursäktar inte en överträdelse.¹⁵
37. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst tio tusen kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde (21 kap. 4 § LOU).
38. Avgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte.¹⁶ Särskild hänsyn ska tas till hur allvarlig överträdelsen är, det vill säga överträdelsens sanktionsvärde.¹⁷ Ju allvarligare överträdelsen är, desto högre belopp bör avgiften fastställas till. Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.¹⁸ Någon avgift ska inte beslutas i ringa fall och avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl (21 kap. 5 § LOU).
39. Av förarbetena framgår följande om sanktionsvärdet.¹⁹ Både försvårande och förmildrande omständigheter ska beaktas. Det bör vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Ett oklart rättsläge bör till exempel påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Sanktionsvärdet kan anses vara högre om ett avtal löper under en förhållandevis lång tid eller avser ett högt värde. Förhållanden hos den upphandlande myndigheten bör också beaktas. Upprepade otillåtna direktupphandlingar bör till exempel ses som försvårande. Om den upphandlande myndigheten har drabbats av andra negativa ekonomiska konsekvenser till följd av överträdelsen kan det i vissa fall ses som förmildrande.
40. Värdet på upphandlingen av Avtalet var 14 620 800 kronor. Avgiften kan därför bestämmas till högst 1 462 080 kronor (14 620 800 kronor x 0,1).

¹² Se skäl 13 och artikel 2e.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (Ändringsdirektivet) samt prop. 2009/10:180 s. 197 och prop. 2023/24:3 s. 49.

¹³ Se prop. 2009/10:180 s. 196 och prop. 2023/24:3 s. 45.

¹⁴ Se prop. 2009/10:180 s. 192 och 368 samt prop. 2023/24:3 s. 36.

¹⁵ Se prop. 2009/10:180 s. 368.

¹⁶ Se prop. 2009/10:180 s. 369 och prop. 2023/24:3 s. 49 f. Se även HFD 2014 ref. 69.

¹⁷ Se prop. 2009/10:180 s. 196 och 370 samt prop. 2023/24:3 s. 50.

¹⁸ Se HFD 2014 ref. 69 och prop. 2023/24:3 s. 29 och 74.

¹⁹ Se prop. 2009/10:180 s. 197 f. och 369 f.



41. En otillåten direktupphandling är en av de allvarligaste överträdelserna av upphandlingslagstiftningen.²⁰ Sanktionsvärdet för IVO:s överträdelse är därför som utgångspunkt högt.²¹
42. Det har under utredningen inte framkommit några förmildrande eller försvårande omständigheter.
43. Vid en sammantagen bedömning, där upphandlingens värde och alla övriga omständigheter beaktas, anser Konkurrensverket att en avgift på 1 100 000 kronor är en effektiv, avskräckande och proportionerlig sanktion för överträdelserna.

Ansökan i original undertecknas inte egenhändigt.

Marie Östman
Chefsjurist

Hampus Stefansson
Sakkunnig jurist

Bilagor

- | | |
|----------|--|
| Bilaga 1 | Förhandsannons |
| Bilaga 2 | Avtalet |
| Bilaga 3 | Tilldelningsbeslut avseende verksamhetssystem för andra upphandlande myndigheter |

²⁰ Se skäl 13 till Ändringsdirektivet, prop. 2009/10:180 s. 197 och prop. 2023/24:3 s. 52 f.

²¹ Se prop. 2009/10:180 s. 197. Jfr även HFD 2014 ref. 69 samt Kammarrätten i Göteborgs domar den 20 november 2014 i mål nr 4402-14 och den 2 december 2014 i mål nr 4915-13.