



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 8

DOM
2024-03-28
Meddelad i Stockholm

Mål nr
24389-23

SÖKANDE

Konkurrensverket

MOTPART

Naturvårdsverket

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Naturvårdsverket ska betala 6 700 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

YRKANDEN M.M.

Naturvårdsverket ingick den 24 februari 2023 ett avtal om ärende-, dokument- och arkivhanteringssystem inklusive tillhörande tjänster med Ida Infront (leverantören) utan föregående annonsering.

Konkurrensverket ansöker om att Naturvårdsverket ska betala 6 700 000 kr i upphandlingsskadeavgift och för fram att avtalet med leverantören utgör en otillåten direktupphandling. Skälen för ansökan framgår av bilaga 1.

Naturvårdsverket anser att ansökan ska avslås och för fram att det har funnits förutsättningar att upphandla genom ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering på grund av undantaget för ensamrätt enligt 6 kap. 14 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. För det fall att förvaltningsrätten bedömer att upphandlingsavgiften ska utgå yrkar Naturvårdsverket att avgiften ska sättas ned på grund av förmildrande omständigheter.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**Tillämpliga bestämmelser m.m.**

Den 1 januari 2024 trädde nya regler om upphandlingsskadeavgift i kraft. Enligt övergångsbestämmelserna gäller dock de äldre bestämmelserna fortfarande för sådana upphandlingar som har påbörjats före det datumet. Det innebär att LOU i dess lydelse före den 1 januari 2024 ska tillämpas i detta mål.

Upphandlingar ska som regel annonseras. Därigenom ska alla leverantörer få möjlighet att lämna, respektive ansöka om att få lämna, anbud. (10 kap. 1 §). Detta gäller såvida inget av undantagen från annonseringsskyldigheten i 6 kap. 12–19 §§ LOU är tillämpligt.

En allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift), bl.a. om myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1 § LOU (21 kap. 1 § LOU).

Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde. Vid fastställande av avgiftens 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. 4 och 5 §§ LOU).

En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska, i de fall ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet, ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet tecknades (21 kap. 7 § andra stycket LOU).

En upphandlande myndighet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det som ska upphandlas skyddas av ensamrätt och därför endast kan tillhandahållas av en viss leverantör. Ett sådant förfarande får 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 § LOU).

Utgångspunkter för prövningen

Frågan i målet är om Naturvårdsverket har genomfört en otillåten direktupphandling genom att den 24 februari 2023 ingå avtal med leverantören och om det därmed finns skäl för att besluta om upphandlingsskadeavgift.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift kom in till domstolen den 21 december 2023 och att ansökan därmed kommit in i rätt tid.

Parterna är vidare överens om att den aktuella upphandlingens värde uppgår till 90 000 000 kr. Det saknas skäl för förvaltningsrätten att göra en annan bedömning i denna del. Värdet av upphandlingen är därmed så högt att upphandlingen borde ha annonserats om inget undantag är tillämpligt.

Bevisbördans placering

Parterna har under skriftväxlingen i målet tagit upp frågor om bevisbörda i mål om upphandlingsskadeavgift. Det är ostridigt att Naturvårdsverket som upphandlande myndighet har bevisbördan gällande 6 kap 14 § första stycket 3, alltså om det som ska anskaffas skyddas av ensamrätt och därför endast kan tillhandahållas av en viss leverantör. Vad gäller frågan om det finns något rimligt alternativ till det som ska upphandlas, bestämmelsens andra stycke, har Konkurrensverket uppfattningen att det är Naturvårdsverket som ska visa även detta, medan Naturvårdsverket anser att Konkurrensverket ska visa att denna del av bestämmelsen är uppfylld. Naturvårdsverket har till stöd för sin uppfattning fört fram i huvudsak att bevisbördan gällande rimliga alternativ följer av allmänna bevisrättsliga principer, vilket innebär att den upphandlande myndigheten som regel inte har att visa att förutsättningarna är uppfyllda.

Förvaltningsrätten konstaterar att Konkurrensverket som utgångspunkt har bevisbördan för de omständigheter som läggs till grund för att påföra en upphandlingsskadeavgift. En upphandlande myndighet som i ett mål om upphandlingsskadeavgift invänder mot Konkurrensverkets uppgifter genom att hävda att ett visst undantag från annonseringsskyldigheten är tillämpligt, kan dock inte förhålla sig passiv till ansökan utan måste presentera omständigheter som ger stöd för ett sådant påstående. Det kan sedan, beroende på tyngden i

den upphandlande myndighetens invändning, bli aktuellt för Konkurrensverket att motbevisa en sådan invändning (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 15 februari 2021 i mål nr 1304-20).

Av praxis från EU-domstolen framgår att det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering kan tillämpas (se bland annat mål C-385/02 Kommissionen mot Italien och mål C-394/02 Kommissionen mot Grekland). I skäl 50 till direktiv 2014/24/EU (LOU-direktivet) anges vidare att upphandlande myndigheter som åberopar undantag från föregående annonsering bör motivera varför det inte finns några rimliga alternativ eller andra möjliga utvägar, såsom att överväga till sin funktion jämförbara byggentreprenader, varor och tjänster.

Förvaltningsrätten gör mot bakgrund av det som redogjorts för ovan bedömningen att det är den upphandlande myndigheten som, som utgångspunkt, ska visa att samtliga förutsättningar i 6 kap. 14 § LOU är uppfyllda. Det är alltså Naturvårdsverket som ska visa dels att det som anskaffas skyddas av ensamrätt och därför endast kan tillhandahållas av leverantören, dels att det inte finns något rimligt alternativ och att avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen.

Har Naturvårdsverket gjort en otillåten direktupphandling?

Konkurrensverket har fört fram att det undantag från annonseringsplikt vid ensamrätt som stadgas i 6 kap. 14 § första stycket 3 LOU inte varit tillämpligt och att Naturvårdsverket därmed har gjort en otillåten direktupphandling. Till stöd för detta har Konkurrensverket i huvudsak angett att det saknas en marknadsanalys gällande att endast leverantören kan tillhandahålla sådana

tjänster som motsvarar Naturvårdsverkets behov. Konkurrensverket har också fört fram att det har funnits rimliga alternativ till det som upphandlats och att det åligger den upphandlande myndigheten att planera sina upphandlingar på ett sådant sätt att upphandlingslagstiftningen kan följas.

Naturvårdsverket har i denna del fört fram i huvudsak följande.

Naturvårdsverket har tidigare haft ett avtal med leverantören och detta avtal löpte ut i februari 2023. Myndigheten har haft behov av att fortsätta använda de befintliga systemen under 4–6 år, till dess att marknaden tillfrågats i ett annonserat förfarande och ett nytt avtal implementerats. Att byta system under denna begränsade period skulle innebära stora kostnader och mycket arbete som inte kan hämtas igen över tid. Leverantörens produkt är anpassad efter Naturvårdsverkets behov och innehåller bl.a. kundanpassade lösningar och plattformar. För att kunna leverera denna produkt till Naturvårdsverket behöver man ha tillgång till en källkod. Källkoden till plattformarna ägs av leverantören och det är bara leverantören som har tillgång till källkoden. Leverantören har därmed både juridisk som faktisk ensamrätt. Om Naturvårdsverket hade avropat tjänsterna från Kammarkollegiets ramavtal hade ramavtalsleverantörerna inte kunnat utföra tjänsterna själva utan hade behövt anlita leverantören som underleverantör. Ett avrop därifrån skulle därför endast innebära en konkurrens om förmedling av leverantörens tjänster. Detta kan inte anses vara ett rimligt alternativ i den bemärkelse som avses i lagen.

Bevisbördan gällande ensamrätten innebär vidare inte ett krav på att prestera en viss typ av bevisning, så som en dokumenterad marknadsanalys eller undersökning av tjänster med jämförbara eller likvärdig funktion. Det finns endast stöd för att kräva bevisning i form av utförliga förklaringar.

Av praxis från EU-domstolen framgår att för att undantaget om ensamrätt ska vara tillämpligt är det inte tillräckligt att en vara eller tjänst är skyddad av ensamrätt. Det ska i princip inte heller vara möjligt för någon annan att genomföra uppdraget (se C-328/92 Kommissionen mot Spanien, punkt 17).

Enligt förvaltningsrättens bedömning innebär detta att det är funktionen hos det som ska upphandlas som är avgörande för om undantaget för ensamrätt är tillämpligt. Förvaltningsrätten finner ingen anledning att ifrågasätta att leverantören är den enda som har tillgång till källkoden till vissa plattformar i Naturvårdsverkets befintliga datasystem. Detta innebär dock inte att funktionen hos det som ska anskaffas enligt avtalet, alltså ett ärende-, dokument-, och arkivsystem inklusive tillhörande tjänster, skyddas av en sådan ensamrätt som avses i 6 kap. 14 § första stycket 3 LOU.

Förvaltningsrätten konstaterar vidare att det är ostridigt att Naturvårdsverket haft för avsikt att genomföra en annonserad upphandling och på sikt implementera ett nytt avtal för ärende-, dokument- och arkivhanteringssystem. Naturvårdsverket har alltså inte invänt mot att det är möjligt för någon annan leverantör att leverera den produkt och de medföljande tjänster som myndigheten har behov av. Förvaltningsrätten konstaterar också att det avtal som Naturvårdsverket ingick med leverantören år 2009 var tidsbegränsat till och med februari 2023 och att behovet av ett nytt avtal från och med utgången av det tidigare avtalet därmed varit känt för Naturvårdsverket sedan lång tid. Naturvårdsverket har uppgett att det uppskattas ta 4–6 år att upphandla ett nytt system. Myndigheten har inte fört fram något skäl till att någon ny upphandling med annonserat förfarande inte har påbörjats i tid, alltså 4–6 år före utgången av det tidigare avtalet. Förvaltningsrätten anser mot bakgrund av detta att Naturvårdsverket har försatt sig i en tidsbrist som hade kunnat undvikas. Att en upphandlande myndighet råkat i brådskan beroende på egen bristande planering grundar inte rätt till direktupphandling (jfr prop. 2001/02:142 s. 99). Förvaltningsrätten instämmer i Konkurrensverkets bedömning att den tidsbrist som Naturvårdsverket hamnat i inte innebär att det saknas rimliga alternativ i den mening som avses i 6 kap. 14 § andra stycket LOU.

Gällande vilken bevisning som kan anses krävas för att visa att det saknas rimliga alternativ till det som ska upphandlas, anges i skäl 50 i LOU-direktivet

bl.a. att 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 varor och tjänster. Där anges också att undantag från föregående annonsering får tillämpas endast under mycket exceptionella omständigheter när det redan från början står klart att offentliggörandet inte kommer att leda till ökad konkurrens eller bättre upphandlingsresultat. Naturvårdsverket har inte presenterat något utöver påståenden till stöd för att det inte finns rimliga alternativ, alltså till sin funktion jämförbara varor och tjänster, till det upphandlade tjänstekontraktet. Myndigheten har inte heller genomfört någon marknadsanalys eller på annat sätt undersökt marknaden för att ta reda på om det finns andra leverantörer som kan tillhandahålla de tjänster som motsvarar myndighetens behov. Förvaltningsrätten anser mot bakgrund av detta att Naturvårdsverket inte har visat att det inte funnits rimliga alternativ till upphandlingsföremålet.

Förvaltningsrätten anser sammanfattningsvis att undantaget i 6 kap. 14 § första stycket 3 LOU inte varit tillämpligt. Naturvårdsverket har inte gjort gällande att något annat undantag har varit tillämpligt. Eftersom det därmed saknats förutsättningar för Naturvårdsverket att ingå det aktuella avtalet utan föregående annonsering har myndigheten i strid med LOU genomfört en otillåten direktupphandling. Det finns därför grund för att besluta om upphandlingsskadeavgift.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek

När det gäller beräkningen av avgiftens storlek anförs i förarbetena till LOU bl.a. följande. En otillåten direktupphandling är en sådan förseelse som anses höra till de allvarligare formerna av överträdelse vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt. Sanktionen ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Ju allvarligare överträdelsen kan

anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till. Vid bedömningen av sanktionsvärdet bör även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Ett oklart rättsläge bör påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Vidare kan avtalstidens längd och värdet på upphandlingen påverka sanktionsvärdet på så sätt att det anses högre om en otillåten direktupphandling gjorts och avtalet i fråga avser en förhållandevis lång tid eller högt värde (prop. 2009/10:180 s. 197–198).

Konkurrensverket har i denna del fört fram bl.a. följande. Naturvårdsverket har gjort en otillåten direktupphandling vilket medför att sanktionsvärdet som utgångspunkt är högt. Rättsläget är klart. Det saknas omständigheter som talar för ringa fall eller att avgiften ska efterges. Det har inte kommit fram några försvårande eller förmildrande omständigheter som kan påverka storleken på avgiften.

Naturvårdsverket har fört fram bl.a. följande. Det finns förmildrande omständigheter som sänker sanktionsvärdet. Rättsläget är oklart.

Konkurrensverket och Naturvårdsverket har olika uppfattningar om bevisbördans placering gällande 6 kap. 14 § andra stycket LOU och Naturvårdsverket delar inte Konkurrensverkets bedömning att den EU-rättsliga praxis om marknadsundersökning som Konkurrensverket hänvisar till ska tillämpas i detta fall.

Förvaltningsrätten konstaterar att det rör sig om en otillåten direktupphandling, vilket talar för att sanktionsvärdet är högt. Förvaltningsrätten delar vidare Konkurrensverkets bedömning att det är en klar överträdelse då det är tydligt att något undantag från annonseringsskyldigheten inte var tillämpligt. Det är därmed inte fråga om ett ringa fall och sanktionsvärdet är relativt högt. Det är vidare ostridigt att upphandlingens värde uppgår till 90 000 000 kr. En avgift om 6 700 000 kr är enligt förvaltningsrättens bedömning en lämplig sanktion i förhållande till överträdelsens allvar. Det finns inte skäl att efterge avgiften.

Konkurrensverkets ansökan ska därför bifallas och Naturvårdsverket ska betala en upphandlingsskadeavgift om 6 700 000 kr.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 2 (FR-05).

Sofi Nyström

Rådman

Förvaltningsrättsfiskalen Agnes Hammarlund har varit föredragande.