



SÖKANDE

Joliv AB, 556571-8656

MOTPARTER

1. Sölvesborgs kommun
2. Karlshamns kommun
3. Olofströms kommun
4. Ronneby kommun

KONKURRENSVERKET	
2019-02-06	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Sölvesborgs kommun genomförde tillsammans med Karlshamns, Olofströms och Ronneby kommuner (kommunerna) en upphandling avseende drift, underhåll, support och vidareutveckling av IT-systemet Procacita/Lifecare genom ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering i enlighet med 6 kap. 14 § tredje punkten LOU. Meddelande om frivillig förhandsinsyn enligt 10 kap. 5 § LOU publicerades den 26 oktober 2018 och kommunerna meddelade att avtal tilldelats Tieto Sweden Healthcare & Welfare AB (Tieto).

Joliv AB (Joliv) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att den ska göras om.

Kommunerna bestrider bifall till ansökan.

VAD PARTERNA ANFÖR

Joliv

Kommunerna har angivit att endast Tieto kan leverera tjänsten, vilket inte stämmer. Det finns rimliga alternativ och det saknas inte konkurrens på marknaden. Det är vanligt förekommande att man integrerar verksamhetssystem som exempelvis Procapita med andra system för genomförandet. Det innebär att kommuner kan få en lösning, såväl vad gäller funktioner, användarvänlighet som pris, om kommunen väljer att upphandla lösningen från flera leverantörer. Det finns flera leverantörer som erbjuder ett komplett verksamhetssystem för genomförandet och samverkar med många andra system. Det är vanligt att upphandla dels alternativa verksamhetssystem och dels att skilja på system för myndighetsutövande och för genomförande av verksamheten. Kommunerna måste visa på vilket sätt ett byte av leverantör skulle leda till inkompatibilitet eller oproportionerliga tekniska svårigheter. Då det är vanligt att kommuner kombinerar verksamhetssystem med olika andra system skulle inte detta vara fallet. Många liknande affärsmodeller finns i landets kommuner. Den affärsmodell som tillämpas är ägnad att utestänga konkurrenter och undvika tillämpning av LOU. Genom att offentliga verksamheter införskaffar sig livslånga licenser sätts konkurrensen helt ur spel. Som leverantör av ett system som konkurrerar med Lifecare får de inte ens visa sitt system eller erbjuda eventuellt bättre affär. Det är ett allvarligt hot mot deras verksamhet då kommuner svarar för den absoluta huvuddelen av marknaden för digitala lösningar för vård och omsorg. Värdet överstiger även gränsen för direktupphandling.

Kommunerna

De förvärvade år 2010, med en i tiden obegränsad nyttjanderätt, en licens av Tieto till det aktuella IT-systemet Procapita/Lifecare till en engångskostnad.

Kommunerna tecknade ett gemensamt avtal. Systemet används inom vård- och omsorg dygnet runt, årets alla dagar, bl.a. lagstadgad dokumentation inom respektive verksamhet. Ständig tillgång till systemet är helt nödvändig vilket förutsätter fungerande drift, underhåll, support m.fl. för systemet nödvändiga åtgärder. Möjlighet att implementera konkurrerande funktioner i det befintliga systemet är orealistiskt. Det är inte aktuellt att upphandla ett nytt verksamhetssystem utan endast för systemet nödvändiga funktioner för drift, underhåll, support m.m. Funktionerna som upphandlas är skyddat av ensamrätt och kan endast tillhandahållas av Tieto.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (20 kap. 6 § LOU).

Enligt 6 kap. 14 § 3 punkten LOU får en upphandlande myndighet använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det som ska upphandlas kan tillhandahållas endast av en viss leverantör därför att det som ska anskaffas 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Det åligger den part som gör gällande att en upphandlande myndighet brutit mot bestämmelserna i LOU att visa vilka omständigheter som ligger till grund för talan. Domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat. (Jfr RÅ 2009 ref. 69.)

Frågan i målet är om kommunerna har haft rätt att direktupphandla drift, underhåll, support och vidareutveckling av IT-systemet Procapita/Lifecare med hänvisning till att det som upphandlats är skyddat av ensamrätt och därför endast kan tillhandahållas av Tieto. Kommunen har anfört att inget annat företag kan tillhandahålla drift och support etc. av det tidigare upphandlade verksamhetssystemet. Joliv har i första hand anfört att det finns andra verksamhetssystem som kan integreras med det aktuella verksamhetssystemet och att man i det avseendet kan konkurrera om drift, underhåll och support. Det som är föremål för prövning i målet är inte upphandlingen av ett IT-system utan förvaltningsrättens prövning är begränsad till upphandling av drift, underhåll, support och vidareutveckling av det sedan tidigare upphandlade IT-systemet.

Joliv har inte ifrågasatt att Tieto har ensamrätt på att tillhandahålla drift, underhåll, support och vidareutveckling av IT-systemet. Det har i målet inte heller framkommit något som visar att en annan leverantör än Tieto har möjlighet att tillhandahålla drift, underhåll, support och vidareutveckling av detta IT-system. Joliv har således inte gjort sannolikt att kommunerna har agerat i strid med LOU genom att använda sig av ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid den upphandling som är föremål för prövning i målet.

Vid en upphandling enligt 6 kap. 14 § tredje punkten saknas betydelse att beloppet överskrider tröskelvärdet för direktupphandling. Kommunerna har inte med anledning av det agerat i strid med LOU.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att Joliv inte har gjort sannolikt att kommunerna har agerat i strid med de gemenskapsrättsliga principerna eller någon bestämmelse i LOU. Joliv har därmed inte lidit skada av kommunernas agerande. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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

Malin Toivainen
rådman

Föredragande: Sofie Bäckström



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

