



**KAMMARRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Avdelning 04

DOM
2017-06-26
Meddelad i Stockholm

Mål nr 5993-16

KLAGANDE
Åklagarmyndigheten
Box 5553
114 85 Stockholm

MOTPART
Karnov Group Sweden AB, 556192-8614
Box 6430
113 82 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2017-07-03	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE
Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 24 augusti 2016
i mål nr 15451-16, se bilaga A

SAKEN
Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

Dok.Id 397829

Postadress
Box 2302
103 17 Stockholm

Besöksadress
Birger Jarls Torg 5

Telefon
08-561 690 00
E-post: kammarrattenistockholm@dom.se
www.kammarrattenistockholm.domstol.se

Telefax
08-14 98 89

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Åklagarmyndigheten yrkar att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, ska lämna yrkandet om att upphandlingen ska göras om utan bifall. Till stöd för sin talan anför myndigheten bl.a. följande.

Åklagarmyndighetens uppdrag är mycket specifikt och avgränsat. Uppdraget rör inte juridiska frågor i allmänhet, utan straffrätt och därmed sammanhängande straffprocessrätt. Samtliga åklagare inom Åklagarmyndigheten och Ekobrottsmyndigheten har behov av fördjupade och aktuella lagkommentarer, där lagstiftningen kommenteras paragraf för paragraf. Behovet är särskilt stort när det gäller kommentarer till brottsbalken och rättegångsbalken. Lagkommentaren till brottsbalken av Nils-Olof Berggren m.fl. och Lagkommentaren till rättegångsbalken av Peter Fitger m.fl. har sedan länge betraktats och betraktas alljämt som standardverk inom straff- och straffprocessrätten och är oumbärliga verktyg för alla landets åklagare i deras dagliga arbete. För Åklagarmyndighetens personal är det helt nödvändigt att ha tillgång till samma litteratur som domstolarna använder sig av och hänvisar till för att förklara varför de dömt på ett visst sätt i ett brottmål.

Det avgörande för valet av upphandlingsform har varit behovet av de angivna referensverken. Dessa referensverk omfattas av ensamrätt (upphovsrätt) och tillhandahålls endast av Wolters Kluwer. Varken Karnov Group Sweden AB (Karnov Group) eller något annat företag har därför möjlighet att erbjuda dessa tjänster.

Åklagarväsendet strävar efter en digital handläggning av sina ärenden och anser att det enda rimliga sättet att distribuera rättsinformation till sina anställda är att göra det i digital form via en webbaserad tjänst.

Åklagarmyndighetens primära behov av ett antal specifika lagkommentarer i digital form kan inte tillgodoses genom ett inköp av enbart dessa kommentarer. De tillhandahålls nämligen endast som en del av en så kallad rättsdatabastjänst. Den som önskar köpa viss litteratur eller kommentarer till en särskild lagstiftning är därför hänvisad till att upphandla ett mer omfattande paket rättsdatabastjänster och kan inte begränsa upphandlingen till vissa specifika produkter. Det faktum att branschen har valt att tillhandahålla sina tjänster i form av olika paketlösningar, inkluderande rättsdatabastjänster, medför inte att åklagarväsendets primära behov förändras till rättsdatabastjänster i allmänhet. Eftersom det inte går att köpa endast de aktuella lagkommentarerna digitalt har det varit nödvändigt att utforma förfrågningsunderlaget och tilldelningsbeslutet på det sätt som skett.

De fördjupade lagkommentarer som tillhandahålls av Karnov Group eller andra bolag kan inte anses likvärdiga med de fördjupade lagkommentarer som Wolters Kluwer erbjuder. Denna uppfattning baseras inte på en subjektiv bedömning, utan på en mer instrumentell analys av hur ofta de domstolar som har att pröva åklagarväsendets ärenden hänvisar till de olika kommentarerna. Landets allmänna domstolar hänvisar inte sällan till de åsyftade verken. Vid en slagning i brottmålsdomar i rättsdatabasen Rättsbanken (Bisnode InfoTorg Juridik) under åren 2012 – 2016 påträffas ett stort antal hänvisningar till Wolters Kluwers kommentar i Zeteo. Antalet träffar med hänvisningar till Karnovs kommentar (Lexino) är mer begränsat. Redan denna omständighet visar att Karnov Groups lagkommentarer till brottsbalken och rättegångsbalken, oberoende av kvaliteten och omfattningen, för närvarande inte utgör något rimligt alternativ för att tillgodose det behov som Åklagarmyndigheten har.

Karnov Group bestrider bifall till överklagandet och anför bl.a. följande.

Möjligheten att använda direktupphandling är reserverad för ett fåtal extrema undantagssituationer som inte föreligger i förevarande fall. Genom att använda undantagsförfarandet har Åklagarmyndigheten inte bara köpt de angivna lagkommentarerna utan också en stor mängd andra tjänster vilka Karnov Group och andra leverantörer erbjuder på marknaden. Den aktuella upphandlingen är benämnd ”Webbaserad rättsdatabastjänst med lagkommentarer samt litteratur online”. Vad Åklagarmyndigheten anført om att upphandlingen inte primärt avser rättsdatabastjänster med kommentarer går inte att utläsa ur förfrågningsunderlaget. Karnov Groups rättsdatabastjänst med författningskommentar skulle ha uppfyllt samtliga krav som anges i Åklagarmyndighetens förfrågningsunderlag. Påståendet att Karnov Groups rättsdatabastjänst med författningskommentar på något sätt skulle vara sämre än Wolters Kluwers motsvarighet saknar grund. Vid en upphandling genom öppet förfarande står det Åklagarmyndigheten fritt att ställa de krav som myndigheten anser vara relevanta.

En genomgång av de upphandlingar av rättsdatabastjänster som gjorts de senaste åren på den svenska marknaden visar att det finns verklig konkurrens mellan Karnov Groups rättsdatabastjänst med författningskommentar och Wolters Kluwers motsvarighet. Vid Finansinspektionens upphandling av webbaserade rättsdatabastjänster tilldelades exempelvis Karnov Group avtal framför Wolters Kluwer. Vid Polismyndighetens upphandling av rättsdatabastjänster med författningskommentarer, där kommentaren till brottsbalken är av särskilt intresse, tilldelades såväl Karnov Group som Wolters Kluwer kontrakt. Det är därför uppenbart att Karnov Groups rättsdatabastjänst med författningskommentar utgör ett rimligt alternativ till Wolters Kluwers rättsdatabastjänst. Det finns därmed en konkurrens på marknaden varför undantag på grund av ensamrätt inte kan göras gällande.

SKÅLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Rättslig reglering

Den 1 januari 2017 trädde lagen (2016:1145) om offentlig upphandling i kraft. Den nya lagen ska enligt övergångsbestämmelserna tillämpas på upphandlingar som påbörjats efter ikraftträdandet. Eftersom nu aktuell upphandling påbörjats före den 1 januari 2017 är det inte den nya lagen utan den tidigare lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) som är tillämplig.

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas (1 kap. 9 § LOU).

Enligt 4 kap. 1 § och 7 kap. 1 § LOU är huvudregeln att upphandling ska göras med ett öppet eller selektivt förfarande och efter föregående annonsering. En upphandlande myndighet får dock använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggtreprenader, varor och tjänster bl.a. om det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan fullgöras av endast en viss leverantör (4 kap. 5 § 2 LOU).

Enligt 16 kap. 6 § första stycket LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Kammarrättens bedömning

Möjligheten att använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5 § 2 LOU utgör ett undantag från huvudregeln om att offentlig upphandling ska ske genom öppet eller selektivt förfarande med föregående annonsering. Bestämmelsen ska därför tillämpas restriktivt. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det föreligger sådana särskilda omständigheter som verkligen motiverar att undantag görs (se EU-domstolens domar den 14 september 2004 i mål C-85/02, p. 19 och den 10 mars 1987 i mål C-199/85, p. 14).

Åklagarmyndigheten menar att det är lagkommentarerna till rättegångsbalken och brottsbalken som har varit det centrala för myndigheten och som utgör grunden för tillämpningen av undantaget från annonseringsplikten. I det förfrågningsunderlag som ligger till grund för den aktuella upphandlingen anges dock att upphandlingen avser en webbaserad rättsdatabastjänst med litteratur online inklusive lagkommentarer. Den upphandlade tjänsten ska innehålla författningar och förarbeten, lagkommentarer, vägledande domar (praxis), nyhetsbevakning och rättsfallsdatabas. Syftet med upphandlingen anges vara att upphandla en allmän rättsdatabastjänst och att alla åklagare, och även annan personal, ska ha tillgång till tjänsten. Kammarrätten anser därför att det som är föremål för upphandling är en generell rättsdatabastjänst.


Även om en mindre del av det som upphandlas eventuellt skulle kunna omfattas av undantag från annonseringsskyldighet kan den omständigheten enligt kammarrättens mening inte medföra att hela upphandlingen kan undantas från annonsering. Som framgår av förvaltningsrättens dom krävs dessutom för en tillämpning av undantagsbestämmelsen i 4 kap. 5 § 2 LOU att det är fråga om en situation där bara en viss leverantör faktiskt kan leverera det som ska upphandlas, dvs. att det i princip inte föreligger någon

konkurrens på marknaden för den vara eller tjänst som ska upphandlas. Kammarrätten konstaterar att det av utredningen i målet framgår att det finns en marknad med konkurrens såväl beträffande webbaserade rättsdata-tjänster som beträffande lagkommentarer online. Annat har inte framkommit än att detta också gäller lagkommentarer online till brottsbalken och rättegångsbalken.


Mot denna bakgrund anser kammarrätten att Åklagarmyndigheten inte har visat att förutsättningarna för en tillämpning av undantagsbestämmelsen i 4 kap. 5 § LOU är uppfyllda.


Då upphandlingen har gjorts i strid med LOU och då den medfört att Karnov Group har lidit skada eller riskerat att lida skada har det funnits skäl att ingripa mot upphandlingen på det sätt förvaltningsrätten gjort. Överklagandet ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).


Thomas Norling
lagman
ordförande


Mona Aldestam
kammarrättsråd


Pia Cedermark
kammarrättsråd
referent


Mona Ansari Shad
föredragande



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

DOM
2016-08-24
Meddelad i Stockholm

Mål nr
15451-16

Avdelning 33

KLAGANDE

Karnov Group Sweden AB, 556192-8614
Box 6430
113 82 Stockholm

MOTPART

Åklagarmyndigheten
Box 5553
114 85 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 761863

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se
www.domstol.se/forvaltningsraft

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag–fredag

08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Åklagarmyndigheten genomför tillsammans med Ekobrottsmyndigheten en upphandling avseende "Webbaserade rättsdatabastjänster". Upphandlingen genomförs som ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Som motivering till valet av ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering angavs att ett stort antal referensverk, vilka är nödvändiga för åklagarnas verksamhet, av upphovsrättsliga skäl endast är tillgängliga via tjänsten Zeteo (från Wolters Kluwer Sverige AB). Av meddelande om frivillig förhandsinsyn framgår att Åklagarmyndigheten beslutat att anta anbudet från Wolters Kluwer Sverige AB.

Karnov Group Sweden AB yrkar att den aktuella upphandlingen inte ska avslutas utan i stället avbrytas och göras om.

Åklagarmyndigheten bestrider yrkandet om att upphandlingen ska göras om.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) innehåller förfaranderegler som ska tillämpas när upphandlande myndigheter tilldelar kontrakt med ekonomiska villkor till fristående aktörer. Dessa förfaranderegler kännetecknas av att offentliga upphandlingar som huvudregel ska annonseras (7 kap. 1 § LOU) och att alla leverantörer ska ha rätt att lämna anbud eller att ansöka om att lämna anbud. Likaså ska de grundläggande EU-rättsliga principerna om likabehandling och icke-diskriminering, proportionalitet, transparens samt ömsesidigt erkännande iakttas vid offentlig upphandling (1 kap. 9 § LOU).

Av 4 kap. 5 § första stycket andra punkten LOU framgår att en upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggentreprenader, varor och tjänster om det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan fullgöras av endast en viss leverantör.

Undantagsregeln ska tillämpas restriktivt och det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att undantaget är tillämpligt.

Den aktuella upphandlingen avser webbaserade rättsdatabastjänster. Enligt förfrågningsunderlaget ska tjänsten vara webbaserade och innehålla författningar och förarbeten, lagkommentar, vägledande domar (praxis), nyhetsbevakning och rättsfallsdatabas (option). Vad gäller lagkommentarer anges att dessa ska innehålla kommentarer till för myndighetens centrala rättsområden men särskilt till Brottsbalken och Rättegångsbalken och innehåll i form av Gula biblioteket och Blå biblioteket.

Enligt Åklagarmyndigheten föreligger skäl för undantag från annonseringsskyldigheten eftersom ett stort antal referensverk, vilka är nödvändiga för åklagarnas verksamhet, av upphovsrättsliga skäl endast är tillgängliga via tjänsten Zeteo.

Åklagarmyndigheten anför att myndighetens huvudbehov utgörs av lagkommentarer till Rättegångsbalken och Brottsbalken på grund av lagarnas direkta koppling till åklagarverksamheten. Inom detta rättsområde finns, enligt Åklagarmyndigheten, vissa viktiga titlar som är att betrakta som standard-/referensverk inom området och i vart fall vissa av kommentarerna har, av gammal hävd, status som självständig rättskälla. Det handlar framförallt om följande verk:

- Brottsbalken. En kommentar. Av Nils-Olof Berggren m.fl. Norstedts Juridik.

- Rättegångsbalken. En kommentar. Av Peter Fitger m.fl. Norstedts Juridik.

Dessa verk är enligt Åklagarmyndigheten oundgängliga för myndighetens verksamhet och för alla på myndigheten verksamma jurister. Det är därför nödvändigt att Åklagarmyndighetens webbaserade rättsdatabastjänster inkluderar dessa titlar.

Karnov Group å andra sidan anför att de tillhandahåller motsvarande tjänster som den leverantör som tilldelats avtalet. Vidare anför Karnov Group att Åklagarmyndighetens felaktiga tillämpande av LOU och förhandlat förfarande utan föregående annonsering har medfört att Karnov Group i egenskap av leverantör på den aktuella marknaden inte beretts möjlighet att lämna anbud i upphandlingen och bolaget har därigenom lidit skada.

Förvaltningsrättens bedömning

När det gäller undantaget om ensamrätt framgår av EU-domstolens praxis att det inte är tillräckligt att varan eller tjänsten är skyddad av ensamrätt för att undantaget ska vara tillämpligt (EU-domstolens dom den 3 maj 1994 i mål C-328/92). Utan det ska vara frågan om en faktisk ensamrätt, det vill säga att bara en viss leverantör ska kunna tillverka och leverera varan eller tjänsten, för att undantag från upphandling ska kunna ske.

Det är således inte tillräckligt att som upphandlande myndighet visa att man önskar köpa en viss produkt som skyddas av sådana rättigheter. Det som i stället måste visas är att det inte finns någon likvärdig produkt på marknaden. Det ska således röra sig om en produkt för vilken det i princip inte föreligger någon konkurrens på marknaden.

Vidare framgår av artikel 32.2.b Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling att undantaget om skydd av ensamrätt endast ska gälla när inget rimligt alternativ eller substitut finns och om avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstgjord begränsning av upphandlingsparametrarna.

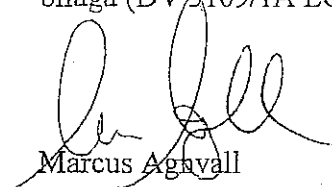
Direktivet skulle ha införlivats i nationell lagstiftning senaste den 18 april 2016. Sverige har dock ännu inte införlivat direktivet. Vid tillämpningen av gällande rätt måste emellertid domstolen förhålla sig till de nya direktivbestämmelserna och tolka in dess syfte och resultat. I skäl 50 till direktivet anges att med hänsyn till de skadliga effekterna på konkurrensen bör förhandlade förfaranden utan föregående offentliggörande av meddelande om upphandling (annonsering) endast användas under mycket exceptionella omständigheter.

Karnov Group levererar en tjänst motsvarande den som Wolters Kluwer tillhandahåller. Som Åklagarmyndigheten anför har dock de olika leverantörerna ensamrätt till sitt respektive material och den som har ett behov av vissa titlar, kan endast köpa dessa via rättsdatabastjänster från den leverantör som tillhandahåller verken i fråga.

Åklagarmyndighetens uppfattning är att framförallt kommentarerna till Brottsbalken och Rättegångsbalken, som tillhandahålls via tjänsten Zeteo, är oundgängliga för myndighetens verksamhet. Enligt förvaltningsrättens mening kan emellertid inte de kommentarer som Karnov Group erbjuder anses vara orimliga alternativ eller substitut. Produkterna får, i det nu aktuella hänseendet, anses vara likvärdiga även om Åklagarmyndigheten föredrar den ena framför den andra. Förvaltningsrätten finner därför att Åklagarmyndigheten inte visat att undantaget från skyldighet att annonsera är tillämpligt. Upphandlingen ska därmed göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1A LOU).



Marcus Agnvall

Rådman

Tobias Fredriksson har handlagt målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. **I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet.** Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen.
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet.
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd.
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta.
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.